

## Wettbewerbsrecht

Das Bundesgericht hat unlängst eine Beschwerde der Elmex-Herstellerin Gaba abgewiesen, die wegen unzulässiger Beschränkung von Parallelimporten gebüsst worden war. Das höchste Gericht stützte in diesem wegweisenden Entscheid die Wettbewerbskommission (Weko), die vor gut vier Jahren einen Leitentscheid zur Zulässigkeit von Beschränkungen von Parallelimporten gefällt hatte.

## Ein Meilenstein

Gastkommentar  
von WALTER A. STOFFEL

Erstens: Schwere Verletzungen des Wettbewerbsrechtes können von der Wettbewerbskommission (Weko) mit angemessenen Geldbussen bestraft werden. Zweitens: Die Verhinderung von Parallelimporten stellt eine Verletzung des Wettbewerbsrechtes dar. Dies sind die zwei wichtigsten Fakten des höchstrichterlichen Entscheides vom 28. Juni 2016.

Gaba hatte während Jahren verhindert, dass wettbewerbswillige Händler Elmex im Ausland zu den dort geltenden Bedingungen beschaffen und in der Schweiz frei verkaufen konnten. Das ist nicht wegen der Zahnpasta wichtig, sondern weil es ein hierzulande häufiges Verhalten betrifft.

Das Urteil ist ein Meilenstein, der weit über den konkreten Fall hinausragt. Es steht jetzt fest, dass das moderne Wettbewerbsrecht, das wir seit 1996 haben, auch von den Gerichten durchgesetzt wird. Im Gaba-Fall ging es um die Auslegung der sogenannten Erheblichkeit. Das Bundesgericht entschied, dass der Begriff nicht in jedem Fall eine einlässliche Wirkungsanalyse auf dem Markt verlangt.

Die Verhinderung von Parallelimporten ist ein Verhalten, welches das Kartellgesetz – zusammen mit «harten» Kartellen – als besonders schädlich einstuft. Die Weko darf und muss es deswegen als erheblich und damit grundsätzlich als unzulässig betrachten und gegebenenfalls ahnden.

«Grundsätzlich unzulässig» heisst nicht «absolut unzulässig». Das Verhalten kann gerechtfertigt werden, wenn Gründe der wirtschaftlichen Effizienz dafür sprechen, beispielsweise die Öffnung des schweizerischen Marktes für ein neues Produkt. Sowohl das Bundesgericht als auch die Weko haben derartige Rechtfertigungen immer berücksichtigt. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund bestand für Elmex jedoch nicht.

Reine Bagatellsachen, z. B. eine Preisabsprache zwischen zwei Bäckern in einer Stadt, werden nicht erfasst. Eine solche Absprache wird erst erheblich, wenn sich ein Grossteil der zwanzig weiteren Brotverkäufer im Ort auch an ihr beteiligt, dann ist es keine Bagatelle mehr. Marktanteile und Marktauswirkungen spielen immer eine Rolle, bei schwerwiegenden Beschränkungen des Wettbewerbs eine geringere, bei leichteren Beschränkungen eine grössere, aber nie keine.

Beim Verkauf von Importprodukten bedeutet dies, dass der Wettbewerb auch auf der Stufe des

Detailhandels spielen muss. Wenn der schweizerische Markt gegenüber dem Ausland abgeschottet ist und hier ein substanziiell höheres Preisniveau besteht, muss der wettbewerbswillige Detailhändler ausserhalb der offiziellen Kanäle (parallel) importieren und billiger verkaufen können.

Davon gibt es Ausnahmen, wie die Lancierung eines neuen Produktes oder ein innovatives Vertriebssystem, mit dem sich der Hersteller von anderen Marken unterscheidet. Das wäre gerechtfertigt. In der Praxis gehen die Beschränkungen jedoch kaum je vom Hersteller aus, sondern vom Detailhandel. Dieser möchte Ruhe und bittet deshalb den Hersteller, Mindestverkaufspreise durchzusetzen und durch ein Parallelimportverbot zu schützen. Das ist eine ganz andere Sache, denn so wird der Wettbewerb auf der Detailhandelsstufe beeinträchtigt.

Es gibt kein Individualrecht des Konsumenten auf Elmex, aber es gibt einen Anspruch des initiativen Detailhändlers, in einem verkrusteten Markt eine unabhängige Preispolitik zu führen. Das ist Wettbewerb.

Diese Grundsätze mussten von der Wettbewerbsbehörde in einer langen Reihe von Fällen durchgesetzt werden. Bei Felco (2007) ging es um Gartenschere, bei Gaba (2009) um Zahnpasta und bei BMW (2012) um Automobile. Die Produkte haben nicht immer eine grosse wirtschaftliche Bedeutung, aber die Grundsätze müssen einmal festgehalten werden, und das ist jetzt geschehen. Dies ist eine gute Nachricht für Konsumenten und Unternehmen.

Wie soll es nun weitergehen? Der Reformstau im schweizerischen Wettbewerbsrecht ist trotz diesem Erfolg gross. Er betrifft vor allem die Beschleunigung der Verfahren (der Gaba-Fall war mehr als zehn Jahre lang hängig), die Verkleinerung der Weko, die Schaffung einer spezialisierten Kammer beim Verwaltungsgericht sowie die heute so schwierigen Schadenersatzklagen.

Das materielle Wettbewerbsrecht steht jetzt auf solider Grundlage, aber das Verfahrensrecht hat nicht damit Schritt gehalten. Hier ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen, damit die Konsumenten und Unternehmen dieses Landes nicht auf der verfahrensrechtlichen Seite ins Abseits geraten.

Walter A. Stoffel ist Professor für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg. Von 2003 bis 2010 präsierte er die Wettbewerbskommission (Weko).

## Fehler programmiert

Gastkommentar  
von DANIEL EMCH und MARKUS SAURER

Die Öffentlichkeit, die meisten Medien und viele Politiker erwarten von einer Verschärfung des Kartellrechts eine Intensivierung des Wettbewerbs. Selbst-Skeptiker befürchten in der Regel keine spürbaren Schäden – «nützt es nichts, so schadet es nichts». Diese Panglosssche Sicht ist falsch. Wird eine Abrede verboten, die dem Wettbewerb nicht schadet, dann schadet dieses Verbot dem Wettbewerb.

Die Gefahr schädlicher Regulierungsfehler hat das Bundesgericht mit dem Urteil vom 28. Juni 2016 in Sachen Gaba/Gebro (Elmex) erhöht. Es hat dabei nicht nur seine bisherige Praxis umgestossen, sondern zudem eine Meinungsäusserung der Legislative missachtet. Mit diesem Entscheid wird das Kartellgesetz faktisch stärker verschärft, als es in der gescheiterten Gesetzesrevision am Schluss zur Debatte stand. Es ging um die Einführung eines Teilkartellverbots bezüglich horizontaler und vertikaler Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, welches darauf abzielte, die Prüfung der Auswirkungen von solchen Abreden aus dem Gesetz zu streichen.

Der Nationalrat wollte nicht auf die Revision eintreten, weil ihm diese Verschärfung zu stark war und er befürchtete, dass bewährte Kooperationsformen von Unternehmen wie Einkaufs- oder Arbeitsgemeinschaften unnötig gefährdet würden. Entsprechend stellt sich die Frage, weshalb sich das Bundesgericht zwei Jahre nach der gescheiterten Kartellgesetzrevision berufen und kompetent sieht, ohne Not in den Widerspruch zum Gesetzgeber zu treten.

Materiell hat das Bundesgericht entschieden, dass horizontale und vertikale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden ungeachtet ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf dem relevanten Markt immer dann unzulässig sind, wenn die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen können, dass die Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz notwendig ist. Dieser Nachweis ist nicht leicht erbracht, da immer auch geprüft werden muss, ob den Unternehmen nicht auch mildere Mittel zur Verfügung gestanden wären, um dasselbe Ziel zu erreichen.

Der ökonomisch fundierte «quantitative» Nachweis gemäss bisheriger Praxis, nämlich dass die Abrede überhaupt eine Auswirkung auf den relevanten Wettbewerb hat, wurde mit diesem Urteil gestrichen. Selbst-Verträge bzw. Abreden, wel-

che nie umgesetzt wurden, müssen in der Logik des Bundesgerichts gebüsst werden.

Die Bundesrichter, welche den Entscheid zu verantworten haben, wollen der Wettbewerbskommission aber im Sinne des Opportunitätsprinzips die Möglichkeit zugestehen, Bagatellfälle gar nicht erst aufzugreifen. Diese Ausnahme dürfte aber nur für Abreden zwischen Kleinstgewerblern gelten. Würde ein solcher Fall trotzdem aufgegriffen oder würde er vor ein Zivilgericht gebracht, müsste er auch dann beurteilt werden, wenn die Auswirkungen gegen null tendierten.

Der Entscheid des Bundesgerichts sorgt für Rechtsunsicherheit: Unternehmen, die aufgrund ihrer geringen Marktanteile keine Kartellrechts-Compliance betrieben haben, müssen sich nun mit diesem Thema auseinandersetzen. Anders als es ein Bundesrichter in der öffentlichen Urteilsberatung behauptet hat, ist die Frage, welche Sachverhalte unter die Sanktionstatbestände des Kartellgesetzes fallen, alles andere als klar. Erfasst werden gemäss Praxis der Wettbewerbskommission nicht nur klare Preis-, Mengen- und Gebietskartelle, sondern unter gewissen Voraussetzungen beispielsweise auch Arbeits-, Einkaufs- oder Bietergemeinschaften, Empfehlungen von Unternehmen oder Berufsverbänden, Versicherungspools, Franchise-Systeme oder gar ein blosser Informationsaustausch. Der Grat zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten ist schmal. Das dürfte sich zwar belebend auf die Nachfrage bei Anwaltskanzleien, jedoch im Sinne eines «Chilling»-Effekts hemmend auf Unternehmen und ihre Geschäftspartner auswirken.

Das wichtigste Argument noch zum Schluss: Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, ob horizontal oder vertikal, schaden dem Wettbewerb nicht in jedem Fall. Ganz im Gegenteil sind dies strategische Instrumente der Beteiligten, die den Wettbewerb in sehr vielen realistischen Fällen verstärken. Darum ist die Missbrauchspolitik der Verbotspolitik überlegen. Die USA und selbst die EU bewegen sich in Richtung Missbrauchspolitik. Elmex steht für einen Anachronismus, der korrigiert werden muss. Sonst erhöht sich die Häufigkeit schädlicher Eingriffe, und der Zweck des Kartellgesetzes wird konterkariert.

Daniel Emch ist Rechtsanwalt und Partner bei Källeralhals Carrard; Markus Saurer ist Ökonom und geschäftsführendes Vorstandsmitglied im Carnot-Cournot-Netzwerk für Politikberatung in Technik und Wirtschaft.