

# recht

1/14

[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

## 32. Jahrgang

### Inhalt

---

#### Abhandlungen

- 1 *Urs Egli*  
**Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis**  
(1. Teil)
- 16 *Claudia M. Mordasini-Rohner*  
**Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren**
- 27 *Sandra Hotz*  
**Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?**  
Von verbotener Leihmutterschaft und Eizellenspende über die Samenspende bis hin zu pränatalen Gentests
- 37 *Martina Caroni*  
**Inländerdiskriminierung am Beispiel des Familiennachzuges**



## Impressum

**Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider**

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach 5662, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: [Redaktion@recht.ch](mailto:Redaktion@recht.ch)

**[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

### Abonnementspreise 2014

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 175.50,  
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–

Ausland: CHF 185.–

Onlineabo: CHF 137.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90,  
[abonnemente@staempfli.com](mailto:abonnemente@staempfli.com)

### Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,  
[inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

#### CHRISTOPH MÜLLER

Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

#### ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Urs Egli

# Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis (1. Teil)\*

Das Kartellrecht schränkt die Vertragsfreiheit ein. Das ist bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Dieser Aufsatz vermittelt gegliedert nach Vertragstypen eine Übersicht über die wichtigsten problematischen Klauseln und gibt eine Anleitung, wie sie nach schweizerischem und europäischem Kartellrecht zu prüfen sind.

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kartellrechtliche Grundlagen
  - 1. Extraterritoriale Geltung des Kartellrechts
  - 2. Schweizerisches und europäisches Kartellrecht
  - 3. Rechtsquellen
  - 4. Adressaten des Kartellrechts
  - 5. Die drei Säulen des Kartellrechts
  - 6. Das Kartellverbot
  - 7. Wettbewerbsabsprachen in Verträgen
  - 8. Prüfschema
  - 9. Marktanteile
  - 10. Anwendung des Kartellrechts auf KMU
  - 11. Auslegung und Ermessen
  - 12. Vorabklärungen bei den Kartellbehörden
  - 13. Verwaltungs- und Strafsanktionen
  - 14. Zivilrechtliche Nichtigkeit
  - 15. Zivilrechtliche Klagen
- III. Beurteilung typischer Klauseln
  - 1. Vertriebsverträge
  - 2. Franchiseverträge
  - 3. Lizenzverträge
  - 4. Technologiepools
  - 5. Zuliefer- und Subunternehmerverträge
  - 6. Arbeitsgemeinschaften
  - 7. Kooperationsverträge
  - 8. Unternehmenskaufverträge
  - 9. Joint-Venture-Verträge
  - 10. Wettbewerbsverbote im Besonderen
  - 11. Unzulässige Klauseln für marktbeherrschende Unternehmen
- IV. Empfehlungen

## I. Einleitung

Die Vertragsfreiheit ist ein Grundpfeiler der liberalen Wirtschaftsordnung. Sie besagt, dass die Parteien ihre vertraglichen Rechte und Pflichten in den Grenzen des Gesetzes frei regeln können.<sup>1</sup> Das Kartellrecht begrenzt die Vertragsfreiheit der Parteien. Bei der Vertragsgestaltung sind die

Schranken des Kartellverbots zu beachten. Für marktmächtige Unternehmen besteht ein Kontrahierungszwang, und die Fusionskontrolle kann die Verfügung über Unternehmen verbieten.

Exemplarisch für die Bedeutung des Kartellrechts bei der Vertragsgestaltung ist der Sachverhalt, welcher der CEPSA-Entscheidung des EuGH zugrunde lag:<sup>2</sup> Die spanische Mineralölhändlerin CEPSA schloss mit Tobar 1996 einen zehnjährigen Tankstellenvertrag ab. CEPSA stellte die Zapfsäulen und Kraftstofftanks zur Verfügung, und Tobar verpflichtete sich im Gegenzug, den Kraftstoff exklusiv von CEPSA zu beziehen. Tobar hielt sich nicht daran und berief sich auf die Nichtigkeit des Alleinbezugsvertrages wegen eines Verstosses gegen das europäische Kartellrecht.

Bei der Gestaltung und der Verhandlung von Verträgen muss der Jurist die Grenzen des Zulässigen aufzeigen. Die Spezialdisziplin des Kartellrechts wird jedoch nur von den Mitarbeitern der Wettbewerbsbehörden und spezialisierten Wirtschaftsanwälten wirklich verstanden.<sup>3</sup> Bei der Vertragsredaktion und in Verhandlungssituationen ist aber nicht immer ein Kartellrechtsspezialist verfügbar. Deshalb muss jeder Jurist, der mit Verträgen zu tun hat, über ein kartellrechtliches Grundwissen verfügen. Dieses kann er sich anhand der aktuellen juristischen Literatur<sup>4</sup> selber aneignen, wobei der Besuch einer Weiterbildung den Einstieg sicher erleichtert.<sup>5</sup>

Im Folgenden werden unter II. die wichtigsten kartellrechtlichen Regeln dargestellt, die im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung relevant sind.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil v. 11. September 2008, Rs. C-279/06 – CEPSA.

<sup>3</sup> Votum von J. Zürcher anlässlich der Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht und des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Bern vom 21. Juni 2013, zitiert bei Prangenberg, Rz. 62.

<sup>4</sup> Als Einstieg für den Praktiker eignen sich für die Schweiz Weber/Volz und für das europäische Kartellrecht Dietze/Janssen. Für Detailabklärungen können der von Amstutz/Reinert herausgegebene Basler Kommentar zum Kartellgesetz und die von Mäger herausgegebene, mit zahlreichen Zitaten versehene Darstellung des europäischen Kartellrechts beigezogen werden.

<sup>5</sup> Der Verfasser besuchte einen CAS-Lehrgang zum europäischen Kartellrecht an der Universität Konstanz.

Dr. iur. Urs Egli, Rechtsanwalt und Gründungspartner der epartners Rechtsanwälte AG, Zürich

\* Der 2. Teil folgt in recht Heft 2/14.

<sup>1</sup> Grundlegend Huguenin in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 5 ff.

Anschliessend wird unter III. gegliedert nach Vertragstypen eine Übersicht über die kartellrechtlich problematischen Klauseln vermittelt. Beides erfolgt unter Berücksichtigung des schweizerischen und des europäischen Kartellrechts. Dadurch soll ein mit der Vertragsredaktion befasster Jurist in die Lage versetzt werden, kartellrechtlich kritische Klauseln erstens zu erkennen und zweitens nach den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen im Detail zu prüfen.

## II. Kartellrechtliche Grundlagen

### 1. Extraterritoriale Geltung des Kartellrechts

In Bezug auf die räumliche Geltung des Kartellrechts gilt das Auswirkungsprinzip. Das Kartellrecht findet auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich auf den Wettbewerb der betroffenen Rechtsordnung auswirken.<sup>6</sup> Auf den Handlungsort kommt es dabei nicht an.<sup>7</sup>

Bei der Vertragsredaktion kann vom Juristen nicht immer abgeschätzt werden, welche Kartellrechtsordnungen betroffen sind. So kann beispielsweise auch ein Kooperationsvertrag zwischen einem schweizerischen und einem deutschen Hersteller den amerikanischen oder den brasilianischen Markt beeinflussen. Sich bei der Kartellrechtsprüfung nur auf das schweizerische Kartellrecht zu beschränken, ist deshalb nicht ausreichend.

Mit einer Orientierung am europäischen Kartellrecht kann ein Schweizer Jurist jedoch die kartellrechtlichen Risiken kontrollieren. Die wichtigen Kartellrechtsordnungen gleichen sich, und das europäische Kartellrecht ist ein modernes und strenges Kartellrecht. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass Klauseln auch nach anderen Kartellrechtsordnungen zulässig sind, wenn dies nach europäischem Kartellrecht der Fall ist. Zudem spielt sich der schweizerische Aussenhandel ohnehin zu einem grossen Teil im europäischen Raum ab.

Diese Überlegungen gelten nicht für Fusionskontrollverfahren. Dafür sind in jedem Fall Kartellrechtsspezialisten beizuziehen, welche in der betroffenen Rechtsordnung praktisch tätig sind.

### 2. Schweizerisches und europäisches Kartellrecht

Das europäische und das schweizerische Kartellrecht sind seit der letzten Revision im Jahr 2004 im Bereich der materiellen Regeln praktisch deckungsgleich, auch wenn die Normatbestände anders aufgebaut sind.<sup>8</sup> Die Harmonisierung des schweizerischen und des europäischen Wettbewerbsrechts ist zudem ein zentrales Anliegen der schweizerischen Wettbewerbskommission (Weko).<sup>9</sup>

Unterschiede bestehen im Verfahrensrecht und bei den Sanktionen. So sind im schweizerischen anders als im europäischen Kartellrecht nicht alle Verstösse mit einer direkten Sanktion bedroht, sondern nur die Verletzung der qualifizierten Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG.<sup>10</sup>

Für den Schweizer Juristen hat diese materielle Übereinstimmung von schweizerischem und europäischem Kartellrecht den Vorteil, dass er bei der Auslegung des schweizerischen Kartellrechts die reichhaltige europäische Praxis und Literatur beziehen kann.

### 3. Rechtsquellen

Das schweizerische Kartellrecht ist im Kartellgesetz (KG) kodifiziert. Daneben hat die Weko diverse Bekanntmachungen erlassen, insbesondere die Vertikalbekanntmachung<sup>11</sup> und die KMU-Bekanntmachung<sup>12</sup>. Bekanntmachungen sind keine Gesetze, sondern eine Zusammenstellung der Verwaltungspraxis einer Behörde.<sup>13</sup> Sie binden weder die Unternehmen noch die Zivilgerichte.<sup>14</sup> Für die Weko sind sie aufgrund des Vertrauensprinzips jedoch praktisch bindend.<sup>15</sup>

Die Grundsätze des europäischen Kartellrechts sind in den Artikeln 101–106 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 1. Dezember 2009 geregelt.<sup>16</sup> Daneben hat die Europäische Kommission mehrere Verordnungen mit Gesetzescharakter erlassen, welche im Zusammenhang mit der kartellrechtskonformen Vertrags-

<sup>8</sup> Zum Ganzen siehe *Sturny* 107 ff.; *Zäch*, Harmonisierung, mit einer detaillierten Analyse und einer synoptischen Darstellung.

<sup>9</sup> Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010, einleitende Bemerkungen VI. und VII.

<sup>10</sup> Siehe dazu hinten II.13.

<sup>11</sup> Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010.

<sup>12</sup> Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung vom 19. Dezember 2005.

<sup>13</sup> *Neff* in BSK KG, Art. 6 KG N 23.

<sup>14</sup> *Neff* in BSK KG, Art. 6 KG N 27.

<sup>15</sup> *Borer*, Art. 6 KG N 3.

<sup>16</sup> Mit dem sog. Vertrag von Lissabon wurde der EG-Vertrag umbenannt und neu strukturiert. Inhaltlich entsprechen die Bestimmungen den früheren Art. 81 und 82 EGV.

<sup>6</sup> CH: Art. 2 Abs. 2 KG; EU: *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 21.

<sup>7</sup> Illustrativ zum Auswirkungsprinzip sind die folgenden Entscheide: zur extraterritorialen Anwendung des US-Kartellrechts siehe *Hartford Fire Insurance Co. vs California*, 509 U.S. 764 (1993); für die Schweiz siehe die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. 11. 2009 in Sachen Gaba/Gebro, RPW 2010/1 65 ff.

gestaltung von grosser Bedeutung sind, insbesondere die Vertikal-GVO<sup>17</sup>, die Spezialisierungs-GVO<sup>18</sup>, die TT-GVO<sup>19</sup> sowie die F&E-GVO<sup>20</sup>.

Überdies äussert sich auch die Europäische Kommission in Leitlinien zur Auslegung ihrer Gesetze. Von Bedeutung sind die De-minimis-Bekanntmachung<sup>21</sup>, die Vertikal-Leitlinien<sup>22</sup>, die TT-Leitlinien<sup>23</sup> sowie die Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit.<sup>24</sup> Die Leitlinien haben wie die Bekanntmachungen der Weko keinen Gesetzescharakter.<sup>25</sup>

#### 4. Adressaten des Kartellrechts

Das Kartellrecht richtet sich an Unternehmen. Der Unternehmensbegriff ist funktional auszulegen. Erfasst wird jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von der Rechtsform.<sup>26</sup> Insbesondere findet das Kartellrecht auch auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand Anwendung.<sup>27</sup> Hingegen sind konzerninterne Transaktionen vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen.<sup>28</sup>

#### 5. Die drei Säulen des Kartellrechts

Das Kartellrecht beruht auf drei Säulen: dem Kartellverbot, dem Verbot des Missbrauchs von Marktmacht und der Fusionskontrolle.

Das Kartellverbot erfasst horizontale und vertikale Absprachen über das Wettbewerbsverhalten. Horizontale Absprachen werden zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe (Konkurrenten) getroffen, vertikale Absprachen zwischen Un-

ternehmen verschiedener Marktstufen, also z. B. zwischen einem Hersteller und einem Distributor. Das Kartellverbot ist bei der Vertragsgestaltung von zentraler Bedeutung.

Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre Marktmacht nicht dazu missbrauchen, andere Unternehmen zu behindern und die Marktgegenseite zu benachteiligen.<sup>29</sup> Das Missbrauchsverbot untersagt marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Geschäftspraktiken, die für andere, nicht marktbeherrschende Unternehmen zulässig sind. Dies schränkt die Vertragsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen zusätzlich ein.

Mit der Fusionskontrolle schliesslich soll das Entstehen von Marktstrukturen verhindert werden, welche für den Wettbewerb negativ sind (Monopole und Oligopole).<sup>30</sup> Im Bereich der Unternehmenskaufverträge hat die Fusionskontrolle eine grosse Bedeutung. Untersteht eine Transaktion der Fusionskontrolle, so werden der Ablauf und die Strukturierung der Transaktion dadurch entscheidend beeinflusst und die Verfügung über ein Unternehmen kann sogar gänzlich untersagt werden.

#### 6. Das Kartellverbot

Kartelle im eigentlichen Sinn sind horizontale Abreden zwischen konkurrierenden Unternehmen.<sup>31</sup> Besonders anfällig für Kartellabsprachen sind homogene Güter wie Benzin, Heizöl, Mehl, Bier, Sand, Kies, Zement sowie gewisse Versicherungs- und Bankprodukte.<sup>32</sup> Der Hauptzweck einer Kartellabsprache besteht darin, den Wettbewerb zu beschränken. Kartellabsprachen werden meistens heimlich getroffen und nicht schriftlich in Verträgen niedergeschrieben.

Das Kartellverbot untersagt grundsätzlich Preisabsprachen, die Aufteilung von Märkten sowie die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen.

Unter einer Preisabsprache wird jede direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen oder Preis-elementen verstanden.<sup>33</sup> Preisabsprachen werden sowohl im schweizerischen wie auch im europäischen Kartellrecht bereits im Gesetzestext erwähnt.<sup>34</sup> Sie werden von der europäischen Kommission mit Nachdruck verfolgt und mit hohen Bussen belegt.<sup>35</sup>

<sup>17</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

<sup>18</sup> Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen.

<sup>19</sup> Verordnung (EU) Nr. 772/2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

<sup>20</sup> Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.

<sup>21</sup> Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV nicht spürbar beschränken, 2001/C 368/07.

<sup>22</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C 130/01.

<sup>23</sup> Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EGV auf Technologietransfer-Vereinbarungen, 2004/C 101/02.

<sup>24</sup> Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/01.

<sup>25</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 13.

<sup>26</sup> CH: Art. 2 Abs. 1 KG und *Lehne* in BSK KG, Art. 2 KG N 14 f.; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 15.

<sup>27</sup> CH: Art. 2 Abs. 1 KG; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 15 f. Dies gilt im europäischen Kartellrecht allerdings nicht, wenn Beschaffungen im Hinblick auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben erfolgen (*Mäger* in *Mäger* [Hrsg.], 1. Kapitel, Rn. 15).

<sup>28</sup> CH: *Lehne* in BSK KG, Art. 2 KG N 27 ff.; EU: *Emmerich* in *Im-menga/Mestmäcker* (Hrsg.), Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 49 ff.

<sup>29</sup> Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 102 AEUV.

<sup>30</sup> *Meinhardt/Waser/Bischof* in BSK KG, Art. 10 KG N 11 ff.

<sup>31</sup> *Zäch*, Rz. 49.

<sup>32</sup> Siehe die beispielhafte Aufzählung homogener Güter bei *Zäch*, Rz. 437.

<sup>33</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 374; *Zäch*, Rz. 454.

<sup>34</sup> Art. 5 Abs. 3 lit. a KG; Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV.

<sup>35</sup> *Gehring* in *Mäger* (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 11.

Bei Gebietsabsprachen ist eine Rechtfertigung hingegen eher denkbar. So sind im europäischen Kartellrecht Gebietsabsprachen zwischen Konkurrenten im Rahmen von Lizenzverträgen unter bestimmten Umständen zulässig,<sup>36</sup> und im schweizerischen Kartellrecht kann der Nachweis geführt werden, dass wirksamer Wettbewerb durch die Gebietsabsprache nicht beseitigt wird.<sup>37</sup>

Mit Mengen- oder Quotenkartellen<sup>38</sup> wird das Güterangebot künstlich verknappt.<sup>39</sup> Darunter fällt auch die Vereinheitlichung von Produktions- und Stillstandzeiten und der konzertierte Abbau von Produktionskapazitäten<sup>40</sup> sowie die Beschränkung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit.<sup>41</sup> Solche Abreden finden sich beispielsweise in Kooperations-, Joint-Venture- und Spezialisierungsvereinbarungen.<sup>42</sup>

Und schliesslich untersagt das Kartellverbot auch den Austausch von Informationen zwischen konkurrierenden Unternehmen, denn es besteht die Befürchtung, dass es aufgrund des Informationsaustausches zu koordiniertem Verhalten zwischen den Wettbewerbern kommen wird.<sup>43</sup> Grundsätzlich unzulässig ist der Austausch strategischer Daten, die als Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind. Dazu zählen Preise, Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen und Technologien.<sup>44</sup>

## 7. Wettbewerbsabsprachen in Verträgen

Das Kartellverbot untersagt nicht nur Kartelle im eigentlichen Sinn, sondern jede Abrede, welche eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Eine solche liegt vor, wenn die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer in Bezug auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter (z. B. Preis, Marktgebiet, Kundenkreis, Absatzmengen) beschränkt wird.<sup>45</sup> Wettbewerbsabsprachen finden sich meistens als Nebenabreden in Austausch- und Gesellschaftsverträgen. Im Unterschied zu Kartellen im eigentlichen Sinn bilden sie nicht den Hauptzweck des Vertrages. Wettbewerbsabsprachen sind sowohl in horizontalen Verträgen (z. B. in Kooperationsverträgen) wie auch in vertikalen Ver-

trägen (z. B. in Vertriebs-, Lizenz- und Beschaffungsverträgen) anzutreffen.

Wettbewerbsabsprachen setzen im Normalfall ein Dauerschuldverhältnis voraus. In Zielschuldverhältnissen sind sie selten anzutreffen. Kauf- und Werkverträge enthalten deshalb kaum je Wettbewerbsabsprachen.<sup>46</sup>

Vertragsklauseln werden bisweilen als schwarze, graue, rote und weisse Klauseln bezeichnet, um damit eine prägnante Aussage zur Zulässigkeit zu machen.

Schwarze Klauseln enthalten unzulässige Kernbeschränkungen. Im europäischen Kartellrecht führen schwarze Klauseln dazu, dass eine Vereinbarung in der Gesamtheit nicht unter eine GVO fällt.<sup>47</sup> Im Normalfall ist bei einer schwarzen Klausel auch eine Einzelfreistellung ausgeschlossen. Im schweizerischen Kartellrecht bewirken Kernbeschränkungen die Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. Auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen kommt es dabei nicht an. Im schweizerischen Kartellrecht sind schwarze Klauseln selbst für Kleinunternehmen grundsätzlich untersagt.<sup>48</sup>

Als graue Klauseln werden im europäischen Kartellrecht Abreden bezeichnet, die nach der anwendbaren GVO zwar ebenfalls unzulässig sind. Eine graue Klausel führt im Unterschied zu einer schwarzen Klausel jedoch nicht zum Verlust der Freistellung für die gesamte Vereinbarung. Vielmehr ist nur die betreffende Klausel nicht durch die GVO freigestellt, während die GVO für die übrige Vereinbarung grundsätzlich anwendbar bleibt.<sup>49</sup> Graue Klauseln sind z. B. Wettbewerbsverbote, die für länger als fünf Jahre oder für unbestimmte Dauer eingegangen werden<sup>50</sup>, sowie den Abnehmer bindende, nachvertragliche Wettbewerbsverbote<sup>51</sup>.

In Art. 12 der Vertikalbekanntmachung werden für das schweizerische Kartellrecht neben schwarzen auch rote Klauseln aufgeführt. Rote Klauseln sind z. B. die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern eines selektiven Vertriebssystems oder Wettbewerbsverbote, die für mehr als fünf Jahre oder für eine unbeschränkte Zeit eingegangen werden.<sup>52</sup> Bei roten Klauseln liegt zwar eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.<sup>53</sup> Sie bewirken jedoch keine Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist und sie unter-

<sup>36</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 74.

<sup>37</sup> *Zäch*, Rz. 459.

<sup>38</sup> Art. 5 Abs. 3 lit. b KG; Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV.

<sup>39</sup> *Zäch*, Rz. 456.

<sup>40</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 15.

<sup>41</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 17.

<sup>42</sup> *Zäch*, Rz. 456.

<sup>43</sup> Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit, Rn. 65.

<sup>44</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 24.

<sup>45</sup> *Borer*, Art. 5 KG N 6; *Zäch* Rz. 379.

<sup>46</sup> Zu den Wettbewerbsverboten beim Unternehmenskauf siehe hinten III.10.

<sup>47</sup> *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 69.

<sup>48</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 263.

<sup>49</sup> *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 73.

<sup>50</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO.

<sup>51</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO.

<sup>52</sup> *Graber/Krauskopf*, 793 f.

<sup>53</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 261.

stehen nicht dem mit direkten Sanktionen bedrohten Art. 5 Abs. 4 KG.

Im europäischen Kartellrecht gab es früher auch weisse Klauseln, die ausdrücklich zulässig waren.<sup>54</sup> Heute kennen weder das europäische noch das schweizerische Kartellrecht weisse Klauseln.

## 8. Prüfschema

Die konkrete Prüfung der kartellrechtlichen Klauseln muss sich am anwendbaren Kartellrecht orientieren. Für das schweizerische Kartellrecht ist dies der Art. 5 KG, für das europäische Kartellrecht der Art. 101 AEUV.

Das Prüfschema gemäss Art. 5 KG ist mehrstufig.<sup>55</sup> Vereinfacht sind nacheinander die folgenden Fragen zu stellen: Liegt ein Bagatellfall vor, der nicht vom Kartellverbot erfasst wird? Wird der wirksame Wettbewerb durch die Abrede beseitigt, was in den Fällen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vermutet wird? Wird der wirksame Wettbewerb zwar nicht beseitigt, aber doch erheblich beeinträchtigt? Lässt sich die Beeinträchtigung durch wirtschaftliche Effizienz rechtfertigen?

Wann eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, wird im schweizerischen Kartellrecht nach quantitativen und nach qualitativen Kriterien beurteilt.<sup>56</sup> Quantitative Kriterien stellen auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs und damit auf die Marktanteile ab, qualitative Kriterien auf die Bedeutung der betroffenen Wettbewerbsparameter. Einschränkungen der wichtigsten Wettbewerbsparameter wie Preis und Kundenkreis stellen deshalb bei einer rein qualitativen Beurteilung unabhängig von den Marktanteilen immer eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar.<sup>57</sup> Die aktuelle Praxis nähert sich dem europäischen Kartellrecht an,<sup>58</sup> welches zumindest im Bereich der absolut untersagten Kernbeschränkungen von qualitativen Kriterien ausgeht.

Ob wirksamer Wettbewerb beseitigt oder nur erheblich beeinträchtigt wird, ist in doppelter Hinsicht relevant. Zum einen lassen sich Abreden, welche den Wettbewerb beseitigen, nicht mit wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen.<sup>59</sup> Zum anderen sind nur den Wettbewerb beseitigende Abreden mit direkten Sanktionen bedroht.<sup>60</sup>

Eine wichtige Rolle spielt die Beweislast.<sup>61</sup> In zivilrechtlichen Verfahren ist Art. 8 ZGB massgebend, d. h., die Wettbewerbsbeschränkung ist von derjenigen Partei zu behaupten und zu beweisen, die sich darauf beruft. Umgekehrt ist die wirtschaftliche Effizienz einer nachgewiesenen Wettbewerbsbeschränkung von derjenigen Partei zu beweisen, welche sich auf die Gültigkeit der Abrede beruft. Die Beweislastregeln gelten insbesondere für die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Ist die Vermutungsbasis nachgewiesen, so hat ein Gericht davon auszugehen, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist, sofern der Beweis des Gegenteils nicht gelingt.<sup>62</sup> Die Vermutung kann z. B. durch den Nachweis widerlegt werden, dass zu wenig Marktteilnehmer eingebunden sind<sup>63</sup> oder dass die Abrede von den Parteien nicht beachtet wird.<sup>64</sup> Führen Abreden jedoch zu einer Marktabstimmung des schweizerischen Marktes, ist der Gegenbeweis, dass wirksamer Wettbewerb vorliegt, von vornherein ausgeschlossen.<sup>65</sup>

Im europäischen Kartellrecht wird zwischen einer Gruppenfreistellung und einer Einzelfreistellung unterschieden. In der Praxis ist zunächst zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung durch eine GVO freigestellt ist.<sup>66</sup> Eine GVO gelangt nur zur Anwendung, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen gewisse Schwellenwerte nicht überschreiten (je nach GVO zwischen 20% und 30%). Ein Sachverhalt kann in den Anwendungsbereich mehrerer GVO fallen. Dann ist zu prüfen, welche Verordnung zur Anwendung gelangt.<sup>67</sup> Die Vertikal-GVO hat nachrangige Geltung.<sup>68</sup>

Ist keine GVO anwendbar, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung erfüllt sind. Diese ergeben sich aus Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>69</sup> Wettbewerbsbeschränkungen sind dann vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und zur Förderung des technischen Fortschritts beitragen und die Marktgegenseite am erzielten Gewinn angemessen beteiligen. Dies gilt allerdings nur, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung dieser Ziele unerlässlich ist und wenn der Wettbewerb für die betroffenen Waren nicht vollständig ausgeschaltet wird.<sup>70</sup>

<sup>61</sup> Ausführlich dazu *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 622 ff.

<sup>62</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 658 ff.; *Weber/Vlcek*, Tafel 25, Fn 2; *Zäch*, Rz. 450.

<sup>63</sup> *Zäch*, Rz. 476.

<sup>64</sup> *Zäch*, Rz. 487.

<sup>65</sup> *Zäch*, Rz. 486.

<sup>66</sup> *Dietze/Jannsen*, Rn. 158.

<sup>67</sup> Siehe dazu *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 55 ff.

<sup>68</sup> Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO.

<sup>69</sup> Zur direkten Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV und zum System der Legalausnahme siehe hinten II.12.

<sup>70</sup> Zum Ganzen siehe *Ellger* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 128 ff.; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 106 ff.

<sup>54</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 103.

<sup>55</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 658 f.; *Weber/Vlcek*, Tafel 23.

<sup>56</sup> Zum Ganzen siehe *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 148 ff. und *Weber/Volz*, Rz. 2.322 ff.

<sup>57</sup> So insbesondere *Zäch*, Rz. 388 ff. unter Berufung auf eine Auslegung der Vertikalbekanntmachung.

<sup>58</sup> *Krauskopf/Schaller* in BSK KG, Art. 5 KG N 167.

<sup>59</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. b KG.

<sup>60</sup> Siehe hinten II.13.

Bei einer Einzelfreistellung haben die GVO Ausstrahlungswirkung. So kann bei einer nur geringfügigen Überschreitung der Marktanteile mit einer Freistellung gerechnet werden.<sup>71</sup> Dies gilt aber auch umgekehrt, und es ist unwahrscheinlich, dass eine Kernbeschränkung die Kriterien einer Einzelfreistellung erfüllt.<sup>72</sup>

## 9. Marktanteile

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten sind die Marktanteile der involvierten Unternehmen von zentraler Bedeutung. Vom Marktanteil hängt ab, ob das Kartellrecht auf einen bestimmten Sachverhalt überhaupt Anwendung findet oder ob Marktmacht als Voraussetzung des Missbrauchstatbestands vorliegt. Im europäischen Kartellrecht ist eine Gruppenfreistellung nur möglich, wenn die in der entsprechenden GVO erwähnten Marktanteile nicht überschritten werden. Und bei der Fusionskontrolle schliesslich dreht sich bei der materiellen Beurteilung alles darum, ob es zu einer unerwünschten Konzentration von Marktanteilen kommt.

Um den Marktanteil eines Unternehmens zu bestimmen, muss man den relevanten Markt in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht abgrenzen.<sup>73</sup> In sachlicher Hinsicht gehören Güter oder Dienstleistungen dann zum gleichen Markt, wenn sie aus der Sicht der Abnehmer austauschbar sind.<sup>74</sup> Der gleiche Ansatz gilt für die Bestimmung des örtlich und zeitlich relevanten Marktes.

Für die Ermittlung der Marktanteile braucht es ökonomische Kompetenz. Diese Aufgabe obliegt deshalb nicht in erster Linie dem Juristen, und er darf sie nicht ohne Unterstützung wahrnehmen. In der Regel kennen die Unternehmen ihre Konkurrenten und den eigenen Marktanteil aber relativ genau.

Marktanteile können sich verändern. Eine ursprünglich zulässige Abrede kann deshalb im Verlauf der Zeit unzulässig werden, z. B. weil sie aus dem Anwendungsbereich einer GVO herausfällt.

## 10. Anwendung des Kartellrechts auf KMU

Das Kartellrecht bezweckt, die Wirksamkeit des Wettbewerbs zu schützen. Entsprechend beschäftigt sich das Kartellrecht nicht mit Tatbeständen, welche aufgrund ihrer geringen Bedeutung keine

Gefährdung des Wettbewerbs darstellen können. Wo die Grenzwerte liegen, wird von den verschiedenen Kartellrechtsordnungen unterschiedlich definiert.

Im Bereich des Kartellverbots kann davon ausgegangen werden, dass unterhalb eines gemeinsamen Marktanteils von 10% keine kartellrechtsrelevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt.<sup>75</sup> Dies gilt nicht für Kernbeschränkungen wie Preis- und Gebietsabsprachen, welche auch im Bagatellbereich unzulässig bleiben.<sup>76</sup> Zudem haben die Wettbewerbsbehörden Ermessen und können auch bei tieferen Werten von einer Beeinträchtigung ausgehen.<sup>77</sup>

Für Kleinstunternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitenden und einem Jahresumsatz von unter CHF 2 Mio. hat die Weko besondere Regeln erlassen. Die Weko betrachtet Wettbewerbsabreden, an welchen ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt sind, als unerheblich.<sup>78</sup> Aber auch das gilt nicht für Kernbeschränkungen wie Preis- und Gebietsabsprachen<sup>79</sup>, weshalb der Nutzen dieser Sonderregelung beschränkt ist.

## 11. Auslegung und Ermessen

Das Kartellrecht arbeitet mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen und gibt den rechtsanwendenden Organen viel Ermessen. Es ist nicht immer klar, ob ein bestimmtes Verhalten zulässig oder verboten ist. In diesem Zusammenhang werden die Begriffe «Per-se-Verbot» und «Rule of Reason» verwendet.<sup>80</sup> Mit einem Per-se-Verbot wird eine Wettbewerbsabrede als kartellrechtswidrig erklärt. Eine allfällige Rechtfertigung wird nicht geprüft.<sup>81</sup> Bei einer Rule of Reason ist eine Klausel nicht von vornherein kartellrechtswidrig, sondern die rechtsanwendende Behörde muss im Einzelfall ermitteln, ob die Klausel wettbewerbspolitisch schädlich ist.<sup>82</sup> Unter dem Schlagwort «More Economic Approach» schliesslich wird gefordert, dass der Ökonomie bei der Kartell-

<sup>75</sup> CH: Ziffer 3 KMU-Bekanntmachung; EU: Ziffer 7 De-minimis-Bekanntmachung.

<sup>76</sup> CH: Ziffer 3 Abs. 2 sowie Ziffer 5 KMU-Bekanntmachung; EU: Ziffer 11 De-minimis-Bekanntmachung.

<sup>77</sup> In der schweizerischen Lehre wird kritisiert, dass die KMU-Bekanntmachung im Vergleich zur europäischen De-minimis-Bekanntmachung weniger Rechtssicherheit vermittelt (*Ammann/Strebel*, 228 ff.; *Neff* in BSK KG, Einleitung KMU-BM, N 1 ff.).

<sup>78</sup> Ziffer 5 KMU-Bekanntmachung.

<sup>79</sup> Ziffer 5 lit. a KMU-Bekanntmachung.

<sup>80</sup> Im schweizerischen Kartellrecht z. B. im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 KG (siehe *Hilty* in BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 46); im europäischen Kartellrecht im Zusammenhang mit der Frage, ob Koppelungsgeschäfte per se verboten sind oder nur wenn sie den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen (*Wirtz* in Mäger [Hrsg.], 6. Kapitel, Rn. 93).

<sup>81</sup> *Zäch*, Rz. 171.

<sup>82</sup> *Zäch*, Rz. 170.

<sup>71</sup> *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 121.

<sup>72</sup> *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 122.

<sup>73</sup> Zum Vorgehen siehe CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.30 ff.; EU: *Dietzel/Jannsen*, 371 ff.

<sup>74</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.318.

rechtsanwendung eine grössere Bedeutung zukommen soll.<sup>83</sup>

Ist eine bestimmte Abrede nur verboten, wenn sie sich bei einer ökonomischen Betrachtung negativ auf den Wettbewerb und letztlich die Wohlfahrt auswirkt, so mag das für die direkt betroffenen Unternehmen vorteilhaft sein. Auf die Berechenbarkeit der Rechtsanwendung hat ein grosses Ermessen jedoch einen negativen Einfluss.<sup>84</sup>

Kartellrechtlichen Fragestellungen liegen handfeste wirtschaftliche Interessen zugrunde. Vieles ist umstritten und wenig ist wirklich klar. Entsprechend zahlreich sind die juristischen Publikationen zu kartellrechtlichen Fragestellungen.<sup>85</sup> Dass die Verfasser solcher Publikationen gleichzeitig oft auch Interessenvertreter sind, erschwert die Suche nach objektiven Anhaltspunkten.<sup>86</sup> Das gilt für das schweizerische Kartellrecht noch viel mehr als für das europäische, wo sich eine gefestigte Praxis entwickeln konnte.

## 12. Vorabklärungen bei den Kartellbehörden

Es gibt weder für das schweizerische noch für das europäische Kartellrecht eine Möglichkeit, Vertragsklauseln durch die Kartellbehörden verbindlich prüfen oder genehmigen zu lassen. Anders war die Rechtslage im europäischen Kartellrecht bis zum 1. Mai 2004. Bis dahin erfolgte die Freistellung einer Wettbewerbsabrede vom Kartellverbot mit einer ausdrücklichen Entscheidung der Kommission.<sup>87</sup> Seither gilt im europäischen Kartellrecht jedoch das System der Legalausnahme.<sup>88</sup> Eine behördliche Entscheidung muss und kann nicht mehr eingeholt werden.<sup>89</sup> Vielmehr gilt die Freistellung direkt, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Allerdings müssen die Parteien in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko prüfen, ob dies der Fall ist.<sup>90</sup>

Im schweizerischen Kartellrecht kann beim Sekretariat der Weko eine kostenpflichtige Beratung in Anspruch genommen werden.<sup>91</sup> Die Antwort weist den Gesuchsteller auf kartellrechtliche Pro-

bleme hin. Sie bindet allerdings die Weko nicht und wird auch nicht publiziert.<sup>92</sup> Zudem besteht nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG die Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen zu melden. Dadurch werden jedoch lediglich direkte Sanktionen vermieden. Auf eine allfällige zivilrechtliche Unwirksamkeit der betroffenen Klausel hat eine solche Meldung keine Auswirkungen.<sup>93</sup>

## 13. Verwaltungs- und Strafsanktionen

Im schweizerischen Kartellrecht sind die Verwaltungs- und Strafsanktionen in den Art. 49a–57 KG geregelt. Verwaltungssanktionen richten sich gegen die beteiligten Unternehmen, Strafsanktionen nur gegen die involvierten natürlichen Personen.<sup>94</sup> Die in Art. 49a KG erwähnten Tatbestände sind mit einer direkten Verwaltungssanktion belegt. Das betrifft qualifizierte horizontale und vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG sowie den Missbrauch von Marktmacht gemäss Art. 7 KG. In allen anderen Fällen erfolgt eine Sanktion nach Art. 50 KG und setzt demnach voraus, dass die Weko vorgängig eine Anordnung erlassen hat.

Verwaltungssanktionen können bis zu 10% des Umsatzes betragen, der in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz vom Unternehmen im relevanten Markt erzielt wurde.<sup>95</sup> Bei der Mehrzahl der bisher von der Weko rechtskräftig entschiedenen Verfahren beläuft sich die Busse auf Beträge unter CHF 1 Mio.<sup>96</sup> Die höchste, rechtskräftig verfügte Busse betrifft mit CHF 2 500 000.– Publigroupe.<sup>97</sup> Die höchste je verfügte, allerdings vom Bundesgericht wieder aufgehobene Busse betraf mit CHF 333 Mio. das Verhalten von Swisscom im Zusammenhang mit den Terminierungsgebühren.<sup>98</sup>

Im europäischen Kartellrecht kann die Kommission Sanktionen erlassen, wenn der gemeinsame europäische Markt betroffen ist.<sup>99</sup> Die Kommission kann alle kartellistischen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>100</sup> direkt mit einer Geldbusse von bis zu

<sup>92</sup> *Bangerter* in BSK KG, Art. 23 KG N 51.

<sup>93</sup> *Tagmann/Zirlick* in BSK KG, Art. 49a KG N 236.

<sup>94</sup> *Zäch*, Rz. 1104.

<sup>95</sup> Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 50 KG, Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004.

<sup>96</sup> Siehe die Zusammenstellung der Bussen bei *Tagmann/Zirlick* in BSK KG, Art. 49a KG N 119.

<sup>97</sup> BGer 2C\_484/2010, Urteil vom 29. Juni 2012 i.S. Publigroupe SA.

<sup>98</sup> BGE 137 II 199.

<sup>99</sup> Art. 17 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>100</sup> Anders als in der Schweiz gilt dies nicht nur für die besonders qualifizierten Abreden. Zu den Unterschieden des Sanktionssystems in der Schweiz und der EU grundlegend *Zäch/Künzler*.

<sup>83</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 141.

<sup>84</sup> *Bosch/Dallmann*, 145; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 141; *Zäch*, 172; *Zäch*, Harmonisierung, 197.

<sup>85</sup> Siehe die aktuellste Zusammenstellung der Literatur zum materiellen Kartellrecht bei *Weber/Volz*, 47 f.

<sup>86</sup> *Zürcher*, 4.

<sup>87</sup> *Dietze/Jannsen*, Rn. 165.

<sup>88</sup> *Dietze/Jannsen*, Rn. 165.

<sup>89</sup> Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 31.

<sup>90</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 118.

<sup>91</sup> Art. 23 Abs. 2 KG.

10% des Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr belegen.<sup>101</sup>

Daneben kann auch jede Wettbewerbsbehörde eines betroffenen Mitgliedsstaates ein Verfahren führen. Es besteht im europäischen Kartellrecht ein System der parallelen Zuständigkeiten.<sup>102</sup>

Spielt sich das sanktionierte Verhalten im Anwendungsbereich verschiedener Kartellrechtsordnungen ab, fällt jede zuständige Behörde eine Sanktion aus. So wurden im Vitaminkartell, an welchem Roche beteiligt war, zwischen 1999 und 2007 die folgenden kumulierten Bussen verfügt: USA (USD 500 Mio.), EU (EUR 462 Mio.), Kanada (CAD 48 Mio.), Australien (AUD 15 Mio.), Brasilien (USD 6 Mio.), Korea (USD 1.56 Mio.) und Mexiko (USD 50 000).<sup>103</sup>

#### 14. Zivilrechtliche Nichtigkeit

Eine Kartellrechtsverletzung begründet nach schweizerischem Recht eine Widerrechtlichkeit und führt damit gemäss Art. 20 OR zur Nichtigkeit der betroffenen Abrede.<sup>104</sup> Für das europäische Recht ergibt sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit direkt aus der gesetzlichen Bestimmung von Art. 101 Abs. 2 AEUV. Im Übrigen erfolgt die zivilrechtliche Behandlung kartellrechtswidrigen Verhaltens jedoch nach dem Zivilrecht der involvierten Mitgliedsstaaten.<sup>105</sup> Nichtigkeit tritt nicht nur bei einer Verletzung des Kartellverbots ein, sondern auch bei missbräuchlichen Abreden marktbeherrschender Unternehmen.<sup>106</sup>

Im schweizerischen Zivilrecht bewirkt nur die Verletzung der schweizerischen Rechtsordnung eine Widerrechtlichkeit. Trotzdem kann auch die Verletzung von ausländischem Kartellrecht zur Nichtigkeit führen, denn dies begründet allenfalls eine ebenfalls von Art. 20 OR erfasste Sittenwidrigkeit.<sup>107</sup> Zudem ist Art. 19 IPRG zu beachten. Danach gelangt zwingendes ausländisches Recht zur Anwendung, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten

und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.<sup>108</sup>

Aus einem nichtigen Vertrag erwächst kein Erfüllungsanspruch. Die Nichtigkeit wirkt ex tunc<sup>109</sup> und ist absolut und unheilbar. Sie ist von Amtes wegen zu beachten und jedermann kann sich jederzeit darauf berufen.<sup>110</sup> Folgeverträge sind jedoch von der Nichtigkeit nicht betroffen. Sie sind im schweizerischen Recht grundsätzlich gültig.<sup>111</sup>

Betrifft die Nichtigkeit nur einzelne Teile des Vertrags, so liegt Teilnichtigkeit vor. Für diesen Fall enthält das schweizerische Recht eine Entscheidungsregel. Die Nichtigkeit betrifft primär nur die betroffenen Vertragsteile und erstreckt sich nur dann auf den Gesamtvertrag, wenn anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag ohne die nichtigen Teile nicht abgeschlossen.<sup>112</sup> Massgebend ist der hypothetische Parteiwille. Es ist also zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen der Teilmangel schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre.<sup>113</sup> Entsteht durch die Teilnichtigkeit eine Lücke, so ist diese nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen.<sup>114</sup> Bei mehreren zulässigen Ersatzregeln ist jene Variante zu wählen, welche der unwirksamen Vertragsabrede am nächsten kommt.<sup>115</sup>

Im Bereich des Kartellrechts dürfte Teilnichtigkeit die Regel sein.<sup>116</sup> Um den wirksamen Wettbewerb zu schützen, genügt es, die Nichtigkeit auf jene Teile des Vertrages zu beschränken, die tatsächlich gegen das Kartellgesetz verstossen. So wäre eine kartellrechtswidrige Preisvorgabe für den Zwischenhändler nicht beachtlich, der Vertriebsvertrag im Übrigen jedoch gültig. Dies gilt insbesondere auch für Abreden, welche unter missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht von der Gegenpartei übermässige Zugeständnisse verlangen. Bei solchen Abreden umfasst die Nichtigkeit nur den unangemessenen Teil, und es erfolgt eine Reduktion auf das kartellrechtlich zulässige Mass.<sup>117</sup>

Gestützt auf einen nichtigen Vertrag erbrachte Leistungen sind nach den Regeln der Vindikation

<sup>101</sup> Art. 23 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>102</sup> *Johanns* in Mäger (Hrsg.), 12. Kapitel, Rn. 123; zum Grundsatz «ne bis in idem» im europäischen Kartellrecht siehe *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 1. Kapitel, Rn. 63.

<sup>103</sup> Zitiert nach Dr. Bruno Meier, Referat «Unternehmen im Fokus kartellrechtlicher Ermittlungen: Das Vitaminkartell», Kontaktstudium Kartellrecht, Universität Konstanz, 10. September 2012.

<sup>104</sup> BGE 134 III 442 (Entscheidung «Konsortium Resh-Abfälle»).

<sup>105</sup> *Johanns/Mäger* in Mäger (Hrsg.), 11. Kapitel, Rn. 1.

<sup>106</sup> CH: *Jacobs/Giger* in BSK KG, Vor Art. 12–17, N 60; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 129.

<sup>107</sup> *Huguenin* in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 19.

<sup>108</sup> Zur Anwendung von Art. 19 IPRG auf das Kartellrecht siehe *Mächler-Erne* in BSK IPRG, Art. 19 IPRG N 24; *Zenhäusern*, 114.

<sup>109</sup> *Jacobs/Giger* in BSK KG, Vor Art. 12–17 KG N 36 ff.; *Weber/Volz*, Rz. 3.445; *Zäch*, Rz. 857.

<sup>110</sup> *Huguenin* in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 53.

<sup>111</sup> *Zäch*, Rz. 869 f. Als Folgeverträge werden Verträge bezeichnet, die eine beteiligte Partei in Durchführung der wettbewerbswidrigen Absprache mit ihren eigenen Kunden oder Lieferanten abschliesst.

<sup>112</sup> Art. 20 Abs. 2 OR.

<sup>113</sup> *Huguenin* in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 63.

<sup>114</sup> *Huguenin* in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 64.

<sup>115</sup> *Huguenin* in BSK OR I, Art. 19/20 OR N 64.

<sup>116</sup> Zum Folgenden siehe *Jacobs/Giger* in BSK KG, Vor Art. 12–17 KG N 42 ff.; *Weber/Volz*, 3.442 sowie für die EU: *Fort* in Mäger (Hrsg.) 11. Kapitel, Rn. 9 ff.

<sup>117</sup> *Jacobs/Giger* in BSK KG, Vor Art. 12–17 KG N 42 ff.; *Zäch*, Rz. 875 f.

und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten. Dies ist jedoch dann nicht möglich, wenn in Erfüllung des nichtigen Vertrages Leistungen erbracht worden sind, die nicht zurückerstattet werden können. In diesem Fall ist die Bereicherung entweder objektiv zu schätzen oder aber sie bestimmt sich nach dem Wert, den ihr die Parteien in ihrer nichtigen Vereinbarung zugemessen haben.<sup>118</sup> Mit diesem Argument hat das Bundesgericht in der Entscheidung «Konsortium Resh-Abfälle» die an sich nichtige Entschädigungsforderung derjenigen Konsortialpartnerin geschützt, die sich aus dem Entsorgungsgeschäft zurückzog und dafür entschädigt werden wollte.<sup>119</sup> Dem stand auch Art. 66 OR nicht entgegen, denn diese Bestimmung schliesst nur die Rückforderung des eigentlichen Gaunerlohns aus und gelangt im Bereich des Kartellrechts im Normalfall nicht zur Anwendung.<sup>120</sup>

## 15. Zivilrechtliche Klagen

Im schweizerischen Kartellrecht kann bei Behinderung durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 12 KG auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz, Genugtuung sowie Gewinnherausgabe geklagt werden. Zivilrechtliche Verfahren zur Durchsetzung des Kartellrechts haben in der Schweiz allerdings eine geringe Bedeutung.<sup>121</sup> Dies steht im Kontrast zur Situation in den USA. Dort werden zwischen 90% und 95% der kartellrechtlichen Streitigkeiten in Zivilverfahren geführt, wobei Schadenersatzklagen im Vordergrund stehen.<sup>122</sup>

Im europäischen Kartellrecht erfolgt der privatrechtliche Rechtsschutz vor den Gerichten der Mitgliedsstaaten und die Verfahren werden nach einzelstaatlichem Recht geführt.<sup>123</sup> Die europäischen Kartellbehörden beurteilen die private Kartellrechtsdurchsetzung im Vergleich zu den USA als unterentwickelt und möchten sie fördern.<sup>124</sup>

Auch im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung können schweizerische Unternehmen im Ausland in Verfahren verwickelt werden oder selber solche Verfahren führen. So klagten zwei in der Schweiz domizilierte Gesellschaften beim Landgericht Hamburg auf Feststellung, es bestehe keine Lieferpflicht, nachdem sie von einer italienischen Gesellschaft wegen einer Lieferverweigerung abgemahnt worden waren. Parallel dazu klagte

die italienische Gesellschaft in Italien auf Schadenersatz und Erteilung einer Patentlizenz.<sup>125</sup>

## III. Beurteilung typischer Klauseln

### 1. Vertriebsverträge

Mit einem Vertriebsvertrag strukturiert ein Unternehmen seine Absatzkanäle im vertikalen Verhältnis. Im schweizerischen Kartellrecht erfolgt die Beurteilung von Vertriebsverträgen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG sowie anhand der Vertikalbekanntmachung. Im europäischen Kartellrecht ist insbesondere die Vertikal-GVO einschlägig.

Vorab ist zwischen Wiederverkaufs- und Agenturverträgen zu unterscheiden. Die Anwendung von Kartellrecht setzt voraus, dass selbständige Unternehmen interagieren.<sup>126</sup> Agenten gelten im Verhältnis zum Geschäftsherrn nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.<sup>127</sup> Das trifft nur so lange zu, wie der Agent für den Verkauf der Handelsware kein finanzielles oder geschäftliches Risiko übernimmt.<sup>128</sup>

Insbesondere folgende Klauseln in Vertriebsverträgen sind kartellrechtlich relevant:

**Preisbindung:** Als Preisbindung gilt eine Massnahme, welche den Händler darin beschränkt, seinen Wiederverkaufspreis frei festzusetzen.<sup>129</sup> Unzulässig ist insbesondere die Vorgabe eines Mindestverkaufspreises oder eines Festpreises. Aber auch indirekte Preisabsprachen sind untersagt. Das gilt für Vorschriften über die Bandbreite des Wiederverkaufspreises, über die Marge des Händlers,<sup>130</sup> über den Endkunden zu gewährende Rabatte oder über Rückvergütungen, wenn der Händler ein bestimmtes Preisniveau einhält.<sup>131</sup> Höchstpreisbindungen hingegen sind im Normalfall kartellrechtlich unbedenklich.<sup>132</sup>

**Preisempfehlung:** Mit einer Preisempfehlung wird einem Händler die Anwendung bestimmter Preise nicht vorgeschrieben, sondern lediglich empfohlen. Preisempfehlungen sind nur unzulässig, wenn sie durch Ausübung von Druck oder das Setzen von Anreizen wie eine Preisbindung wir-

<sup>125</sup> EuGH Rs. C-133/11 vom 25. Oktober 2012, Folien Fischer und Fofitec/Ritrama, besprochen bei Peter, 2 ff.

<sup>126</sup> Siehe vorne II.4.

<sup>127</sup> Ruggli, 166.

<sup>128</sup> Dietze/Janssen, Rn. 289 f.; im schweizerischen Kartellrecht fehlen vergleichbar klare Aussagen zu diesem Thema (Ruggli, 159).

<sup>129</sup> Zäch, Rz. 464.

<sup>130</sup> Ein Preisklausel, welche den Einkaufspreis des Händlers als Prozentsatz des Endkundenpreises definiert, ist deshalb unzulässig.

<sup>131</sup> CH: Krauskopf/Schaller in BSK-KG, Art. 5 KG N 401 ff.; Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 180; Weber/Volz, Ziffer 2.190 ff.

<sup>132</sup> CH: Zäch, Rz. 465; EU: Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 182.

<sup>118</sup> BGE 129 II 320; BGE 134 III 443.

<sup>119</sup> BGE 134 III 438.

<sup>120</sup> BGE 134 III 445.

<sup>121</sup> Jacobs/Giger in BSK-KG, Vor Art. 12–17 KG N 8; Jacobs, 209.

<sup>122</sup> Fort in Mäger (Hrsg.), 11. Kapitel, Rn. 24.

<sup>123</sup> Dietze/Janssen, Rn. 637.

<sup>124</sup> Fort in Mäger (Hrsg.), 11. Kapitel, Rn. 26.

ken.<sup>133</sup> Wird eine Preisempfehlung nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet, so gilt das als Indiz für deren Verbindlichkeit.<sup>134</sup>

*Alleinvertrieb:* Beim Alleinvertrieb sichert der Lieferant dem Händler zu, im Vertragsgebiet nur einen einzigen Händler zu beliefern, und der Händler verpflichtet sich, nicht ausserhalb des ihm zugewiesenen Gebietes zu verkaufen.<sup>135</sup> Alleinvertriebssysteme sind zulässig, sofern nur der aktive Verkauf untersagt wird.<sup>136</sup> Damit allerdings von einem Alleinvertriebssystem ausgegangen werden kann, darf ein Gebiet nicht mehreren Händlern zugewiesen werden, was vertraglich sicherzustellen ist.<sup>137</sup> Marktmächtige Unternehmen dürfen grundsätzlich keine exklusiven Vertriebsverträge abschliessen, da für sie eine Belieferungspflicht besteht.<sup>138</sup>

*Verbot des passiven Verkaufs:* Unzulässig ist es hingegen, neben dem aktiven auch den passiven Verkauf zu verbieten. Unter passivem Verkauf versteht man die Belieferung von Kunden in einem fremden Gebiet auf deren Anfrage hin.<sup>139</sup>

*Selbstvorbehalt des Lieferanten:* Der Lieferant kann sich den eigenen Vertrieb im zugewiesenen Gebiet neben dem Händler vorbehalten<sup>140</sup> oder er kann darauf verzichten. Beides ist zulässig. Im schweizerischen Kartellrecht ist der Verzicht des Lieferanten sogar dann zulässig, wenn er sich auch auf passive Verkäufe bezieht.<sup>141</sup>

*Selektiver Vertrieb:* Beim selektiven Vertrieb beschränkt der Lieferant den Vertrieb auf eine Gruppe zugelassener Einzelhändler, welche bestimmte Kriterien qualitativer oder quantitativer Art erfüllen müssen wie z. B. Vorschriften bezüglich Verkaufsberatung, Service, Gestaltung der Verkaufsräumlichkeiten oder Mindestbezugsmengen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Einzelhändler, die Vertragswaren nur an Endkunden und andere zugelassene Einzelhändler zu verkaufen.<sup>142</sup> Mit einem selektiven Vertriebssystem kann der Lieferant erreichen, dass seine Händler gewisse Standards einhalten müssen, und er kann die sonst

unzulässige und auch für passive Verkäufe geltende Einschränkung machen, dass nur an Endkunden oder andere zugelassene Einzelhändler verkauft werden darf.

Abreden über selektive Vertriebssysteme gelten im europäischen Kartellrecht entweder gar nicht als wettbewerbsbeschränkend<sup>143</sup> oder aber sie können durch die Vertikal-GVO oder eine Legalausnahme freigestellt sein.<sup>144</sup> Im schweizerischen Kartellrecht gelten selektive Vertriebssysteme von vornherein nur dann als unerheblich, wenn die Art der vertriebenen Produkte ein selektives Vertriebssystem erfordert<sup>145</sup> wie z. B. bei technisch komplexen Produkten oder Markenprodukten.<sup>146</sup>

Die Kriterien für die Auswahl der Händler müssen diskriminierungsfrei angewendet werden.<sup>147</sup> Zwar darf der Lieferant pro Gebiet nur einen Einzelhändler exklusiv zulassen. Es muss den anderen zugelassenen Händlern jedoch möglich sein, nicht nur passiv, sondern auch aktiv in andere Gebiete hinein zu verkaufen.<sup>148</sup> Ebenfalls unzulässig sind Wettbewerbsverbote, die es den zugelassenen Händlern untersagen, Marken bestimmter konkurrierender Anbieter zu verkaufen.<sup>149</sup>

*Internetvertrieb:* Ein vollständiges Verbot, Vertragsprodukte über das Internet zu verkaufen, ist grundsätzlich unzulässig,<sup>150</sup> respektive nur ausnahmsweise aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Sicherheit möglich.<sup>151</sup> Hingegen ist es zulässig, dem Händler bestimmte Vorgaben hinsichtlich Internetauftritt und Präsentation der Produkte zu machen, insbesondere bei selektiven Vertriebssystemen.<sup>152</sup> Es ist auch zulässig, vom Händler zu verlangen, dass er neben dem Internetvertrieb ein Ladengeschäft betreibt (sog. Bricks-tore-Klausel).<sup>153</sup> Reine Internethändler können damit ausgeschlossen werden. Ebenso kann der Internethandel über Auktionsplattformen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.<sup>154</sup>

<sup>133</sup> CH: Ziffer 15 Abs. 2 Vertikalbekanntmachung; Leitentscheidung Hors-Liste Medikamente RPW 2010/4, 649 ff. mit einer Beurteilung durch *Giger*, Vertikale Abreden, 866 f.; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 181 sowie der Wortlaut von Art. 4 lit. a Vertikal-GVO.

<sup>134</sup> Dazu sowie zu weiteren Indizien für die Verbindlichkeit siehe *Weber/Volz*, Rz. 2.237 ff.

<sup>135</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 139; *Zäch*, Rz. 62.

<sup>136</sup> CH: Ziffer 12 Abs. 2 lit. b Vertikal-Bekanntmachung, EU: Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO.

<sup>137</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 148.

<sup>138</sup> Siehe dazu hinten III.11 sowie für das europäische Recht *Dietze/Janssen*, Rn. 546.

<sup>139</sup> *Zäch*, Rz. 469.

<sup>140</sup> Für das europäische Kartellrecht siehe Vertikal-Leitlinien, Rn. 51.

<sup>141</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. Mai 2010 i. S. Jovani; wiedergegeben und kommentiert bei *Giger*, «Jovani».

<sup>142</sup> *Zäch*, Rz. 66; für das europäische Recht siehe die Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO.

<sup>143</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 160; *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 299.

<sup>144</sup> Art. 4 lit. c Vertikal-GVO; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 161 ff.

<sup>145</sup> Ziffer 14 i) Vertikalbekanntmachung; *Weber/Volz*, Rz. 2.356 ff; kritisch *Giger*, 871 f.

<sup>146</sup> *Giger* unter Verweis auf die europäische Rechtsprechung, 872; *Weber/Volz*, Rz. 2.358.

<sup>147</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.359.

<sup>148</sup> Für das europäische Kartellrecht siehe die Vertikal-Leitlinien, Rn. 176 sowie *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 165.

<sup>149</sup> *Grabner/Krauskopf*, 794; Ziffer 12 lit. h Vertikalbekanntmachung, Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO;

<sup>150</sup> Für das europäische Kartellrecht siehe *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 173; kritisch zur Übernahme der europäischen Praxis im schweizerischen Recht siehe *Neff* in *BSK KG*, Ziffer 3 Vert-BM N 4.

<sup>151</sup> *Bühlmann/Schimbacher*, Rz. 58.

<sup>152</sup> *Bühlmann/Schimbacher*, Rz. 94 ff.

<sup>153</sup> *Bühlmann/Schimbacher*, Rz. 94 f.; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 173.

<sup>154</sup> *Bühlmann/Schimbacher*, Rz. 109 ff.; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 177.

Bei einer über das Internet eingehenden Bestellung eines Kunden aus einem anderen Vertragsgebiet wird von einem passiven Verkauf ausgegangen,<sup>155</sup> welcher nicht untersagt werden darf. Der Internetvertrieb wird nur dann als aktiver Vertrieb beurteilt, wenn sich der Internetauftritt explizit an Kunden aus einem anderen Vertragsgebiet wendet, beispielsweise durch den Einsatz von Suchmaschinen- oder Bannerwerbung.<sup>156</sup>

Dem Händler darf nicht vorgeschrieben werden, für den Internethandel an sich oder für Käufer aus anderen Vertragsgebieten höhere Preise zu verlangen (Dual Pricing).<sup>157</sup> Ebenso ist es unzulässig, Anfragen aus anderen Vertragsgebieten automatisch auf die Webseite des Herstellers oder anderer Händler umzuleiten oder die Transaktion abzuberechnen.<sup>158</sup>

**Alleinbezug:** Dabei verpflichtet sich ein Abnehmer, seinen gesamten Bedarf beim Lieferanten zu decken.<sup>159</sup> Alleinbezugsverpflichtungen werden als Wettbewerbsverbote betrachtet und sind deshalb unzulässig, wenn der Bezug mehr als 80% des Bedarfs des Abnehmers deckt oder mehr als fünf Jahre dauert.<sup>160</sup> Ob die «englische Klausel»<sup>161</sup> das Wettbewerbsverbot aufhebt, ist fraglich.<sup>162</sup> Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihren Vertragspartnern grundsätzlich keine Alleinbezugsverpflichtung auferlegen.<sup>163</sup>

**Mindestabnahmeverpflichtung:** Dafür gelten die gleichen Regeln wie für den Alleinbezug.<sup>164</sup>

**Verwendungsbeschränkungen:** Eine Verwendungsbeschränkung kann dem Abnehmer die Weiterverarbeitung verbieten (Weiterverarbeitungsverbot) oder eine solche zur Pflicht machen (Weiterverarbeitungsgebot).<sup>165</sup> In beiden Fällen handelt es sich um Wettbewerbsbeschränkungen. Ein Verarbeitungsverbot stellt keine unzulässige Kundenkreisbeschränkung dar, ein Verarbeitungsgebot möglicherweise jedoch schon.<sup>166</sup>

**Ersatzteilhandel:** Es darf einem Lieferanten von Ersatzteilen nicht untersagt werden, diese an Endverbraucher, Reparaturbetriebe und andere Dienstleister zu liefern.<sup>167</sup>

**Einschränkung des Komponentenhandels:** Bei Komponenten, die zur Weiterverarbeitung geliefert werden (insb. bei sog. OEM-Verträgen), ist es zulässig, den Weiterverkauf dieser Komponenten an Konkurrenten des Herstellers zu verbieten.<sup>168</sup>

**Verbot von Unterhändlern:** Das an den Händler gerichtete Verbot, Unterhändler einzusetzen, schränkt dessen Abnehmerkreis ein und gilt deshalb im europäischen Kartellrecht als unzulässige Kundenkreisbeschränkung.<sup>169</sup>

**Sprunglieferungsverbot:** Die einem Grossisten auferlegte Verpflichtung, nicht direkt an Endverbraucher zu liefern, ist zulässig.<sup>170</sup>

**Wettbewerbsverbot:** siehe hinten III.10.

**Meistbegünstigungsklausel:** Das Versprechen des Lieferanten an den Abnehmer, anderen Abnehmern keine günstigeren Konditionen einzuräumen, ist zulässig.<sup>171</sup>

## 2. Franchiseverträge

Mit einem Franchisevertrag überlässt der Franchisegeber dem Franchisenehmer eine Geschäftsbezeichnung oder eine Marke, ein Organisations- und Marketingkonzept sowie Geschäftsmethoden und Know-how zur Herstellung und zum Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen.<sup>172</sup> Franchiseverträge werden im schweizerischen und im europäischen Kartellrecht nach den Bestimmungen über den vertikalen Vertrieb geprüft.<sup>173</sup>

Allerdings sind in Franchiseverträgen weitergehende Einschränkungen des Wettbewerbsverhaltens möglich als in gewöhnlichen Vertriebsverträgen. Mit dem Franchising begriffsnotwendig verbundene Klauseln sind zulässig. Dies gilt insbesondere für Anweisungen zur Ausstattung des Geschäfts, für Bezugspflichten, welche durch eine Qualitätssicherung begründet sind, und für Konkurrenzverbote.<sup>174</sup> Vertragliche Abreden, die darüber hinausgehen wie z. B. die Aufteilung von

<sup>155</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 174.

<sup>156</sup> Bühlmann/Schirnbacher, Rz. 130 ff. mit einer ausführlichen Analyse der heute gebräuchlichen Werbemittel, Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 175.

<sup>157</sup> Bühlmann/Schirnbacher, Rz. 81; Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 173.

<sup>158</sup> Bühlmann/Schirnbacher, Rz. 78 ff.

<sup>159</sup> Zäch, Rz. 68.

<sup>160</sup> CH: Ziffer 6 Vertikalbekanntmachung und Ziffer 12 Abs. 2 lit. f Vertikalbekanntmachung; Neff in BSK KG, Ziffer 6 Vert-BM N 2; EU: Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 119.

<sup>161</sup> Zur englischen Klausel siehe hinten III.11.

<sup>162</sup> CH: Neff in BSK KG, Ziffer 6 Vert-BM N 2; EU: Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 129.

<sup>163</sup> Siehe hinten III.11.

<sup>164</sup> Dietze/Janssen, Rn. 274.

<sup>165</sup> Zum Ganzen siehe Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Ziffer Rn. 195 ff.

<sup>166</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Ziffer Rn. 195 ff.; ob OEM-Klauseln jedoch mit einer Beschränkung des Ersatzteilhandels gleichzusetzen sind (BSK KG-Neff, Ziffer 12 Vert-BM N 20), ist fraglich.

<sup>167</sup> CH: Ziffer 12 Abs. 2 lit. e Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 4 lit. e Vertikal-GVO.

<sup>168</sup> CH: Ziffer 12 Abs. 2 lit. b iv) Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 4 lit. b iv) Vertikal-GVO sowie Ellger in Immenga/Mestmäcker, VO (EU) 330/2010 Art. 4, Rn. 82 ff.

<sup>169</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 191.

<sup>170</sup> CH: Ziffer 12 Abs. 2 lit. b ii) Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 4 lit. b ii) Vertikal-GVO.

<sup>171</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 185.

<sup>172</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 103; Zäch, Rz. 72.

<sup>173</sup> CH: Art. 5 KG, grundlegend Vogel; EU: Art. 101 und die Vertikal-GVO.

<sup>174</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 106.

Märkten, sind jedoch auch in Franchiseverträgen unzulässig.<sup>175</sup>

Auch eine Preisbindung lässt sich nicht kartellrechtskonform durchsetzen,<sup>176</sup> selbst wenn eine einheitliche Preispolitik für ein Franchisingssystem von Bedeutung ist und sich in der Praxis beobachten lässt.<sup>177</sup> Die Empfehlung von Richtpreisen ist hingegen möglich.<sup>178</sup>

### 3. Lizenzverträge

Mit einem Lizenzvertrag wird eine als Patent oder als Know-how geschützte Technologie gegen Bezahlung einer Lizenzgebühr zum Zweck der Weiterverwendung und insbesondere der Produktion an den Lizenznehmer lizenziert. Lizenzverträge werden von den Wettbewerbsbehörden grundsätzlich als wettbewerbsfördernd betrachtet, weil sie die Innovation und die Verbreitung von Technologien fördern und Effizienzgewinne ermöglichen.<sup>179</sup>

Auf europäischer Ebene ist im Bereich der Lizenzverträge die TT-GVO zu beachten. Sie gilt für Patent- und Know-how-Lizenzen sowie für Urheberrechtslizenzen im Bereich der Software,<sup>180</sup> nicht jedoch für Markenlizenzen und allgemeine Urheberrechtslizenzen.<sup>181</sup> Im Vergleich zur Vertikal-GVO lässt die TT-GVO mehr zu. So ist es insbesondere auch möglich, den passiven Verkauf zu untersagen. Im schweizerischen Kartellrecht sind Lizenzverträge mangels Fallrecht und Verlautbarungen der Weko einer allgemeinen Beurteilung nach Art. 5 KG zu unterziehen, wobei die TT-GVO rechtsvergleichend beigezogen werden kann.<sup>182</sup>

Im Bereich der Lizenzverträge besteht die Besonderheit, dass Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Kartellrecht fallen.<sup>183</sup> Es besteht allerdings die Gefahr, dass der Lizenzgeber vom Lizenznehmer unter Berufung auf sein geistiges Eigentum Wettbewerbsbeschränkungen verlangt, die nicht mit der Ausübung berechtigter immaterialgüterrechtlicher Positionen zu rechtfertigen sind.

Illustrativ ist der Entscheid des EuGH in Sachen Windsurfing International (WSI), bei dem es um einen kartellrechtswidrigen Lizenzvertrag über ein patentrechtlich geschütztes Rigg (Mast und Segel)

für Windsurfer ging.<sup>184</sup> Mit diesem wurden die Lizenznehmer verpflichtet, die nicht patentrechtlich geschützten Bretter durch WSI genehmigen zu lassen. Zudem mussten sie die Lizenzgebühren auf der Basis des Gesamtwertes der Windsurfer (also inklusive der Bretter) abrechnen. Weiter durften sie die von ihnen in Lizenz produzierten Riggs nicht als Komponenten (d. h. ohne die Bretter) anbieten, die Produktion musste in Deutschland erfolgen, und auf dem Brett musste der Vermerk «lizenziert durch WSI» angebracht werden. Und schliesslich mussten die Lizenznehmer die Wortmarken von WSI anerkennen und sich verpflichten, die lizenzierten Patente nicht anzugreifen. Alle diese Bedingungen waren nicht durch die Ausübung der Immaterialgüterrechte am patentgeschützten Rigg gerechtfertigt und damit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen.

Insbesondere folgende Abreden in Lizenzverträgen sind kartellrechtlich relevant:

*Preisbindung:* Jede direkte und indirekte Preisbindung in Lizenzverträgen ist unzulässig.<sup>185</sup> In Lizenzverträgen zwischen Wettbewerbern sind sogar Preisempfehlungen und die Festsetzung von Höchstpreisen untersagt.<sup>186</sup> Auch Preisüberwachungssysteme können indirekt eine Preisbindung bewirken.<sup>187</sup>

Im Übrigen können die Parteien die Festsetzung der Lizenzgebühren frei regeln.<sup>188</sup> Möglich sind Pauschalzahlungen oder absatzabhängige Lizenzgebühren. Letztere können in Form von Pauschalen pro verkauftes Produkt oder als Prozentsatz des Verkaufserlöses ausgestaltet werden.<sup>189</sup> Allerdings ist in jedem Fall zu prüfen, ob nicht indirekt eine unzulässige Preisabrede bewirkt wird. Insbesondere die Berechnung der Lizenzgebühren anhand der erzielten Verkaufserlöse (Running Royalties) wird im europäischen Kartellrecht von der Kommission als kritisch beurteilt, jedenfalls was Lizenzverträge zwischen Wettbewerbern betrifft.<sup>190</sup>

*Exklusivlizenz:* Damit verpflichtet sich der Lizenzgeber, im bezeichneten Bereich keine Lizenzen an Dritte zu erteilen und auf die Eigenproduktion zu verzichten.<sup>191</sup> Zwischen Wettbewerbern stellen wechselseitige Exklusivlizenzen eine unzulässige Marktaufteilung dar.<sup>192</sup> Im Übrigen sind Exklusiv-

<sup>175</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 107; Vogel, Rz. 721 ff.

<sup>176</sup> Vogel, Rz. 585 ff.

<sup>177</sup> Vogel, Rz. 203 ff.; Zäch, Rz. 465.

<sup>178</sup> Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 106.

<sup>179</sup> TT-Leitlinien, Rn. 17.

<sup>180</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

<sup>181</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 24.

<sup>182</sup> Neff in BSK KG, Vert-BM Ziff 8 N 8; grundlegend Hilty.

<sup>183</sup> CH: Art. 3 Abs. 2 KG; EU: Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 15 ff.

<sup>184</sup> EuGH, Rs. 193/83 (Windsurfing International), Slg. 1986643 ff. in Sachen Windsurfing International.

<sup>185</sup> CH: Art. 5 Abs. 3 KG; EU: Art. 4 Abs. 1 lit. a (Wettbewerber) und Art. 4 Abs. 2 lit. a (Nichtwettbewerber) TT-GVO.

<sup>186</sup> TT-Leitlinien, Rn. 79 und Art. 4 Abs. 2 lit. a TT-GVO e contrario.

<sup>187</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 50.

<sup>188</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel Rn. 94 ff.

<sup>189</sup> TT-Leitlinien, Rn. 156.

<sup>190</sup> TT-Leitlinien, Rn. 80; kritisch dazu Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel Rn. 51.

<sup>191</sup> TT-Leitlinie, Rn. 162.

<sup>192</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel Rn. 62.

lizenzen im Rahmen der TT-GVO zulässig.<sup>193</sup> Selbst wenn die Marktanteilsschwelle überschritten wird, besteht für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern die Aussicht auf eine Einzelfreistellung.<sup>194</sup> Zwischen Nichtwettbewerbern kann dem Lizenznehmer neben dem aktiven während der ersten zwei Jahre auch der passive Verkauf untersagt werden.<sup>195</sup>

*Alleinlizenz:* Im Unterschied zur Exklusivlizenz behält sich der Lizenzgeber bei der Alleinlizenz die Eigenproduktion vor.<sup>196</sup> Alleinlizenzen sind kartellrechtlich weniger problematisch als Exklusivlizenzen, da sie die Handlungsfähigkeit des Lizenzgebers nicht beeinträchtigen.<sup>197</sup>

*Outputbeschränkung:* Darunter wird die Festsetzung der unter der Lizenz zu produzierenden Stückzahlen verstanden.<sup>198</sup> In Lizenzverträgen zwischen Nichtwettbewerbern sind Outputbeschränkungen im Anwendungsbereich der TT-GVO zulässig.<sup>199</sup> Ebenfalls zulässig ist eine Outputbeschränkung zulasten des Lizenznehmers in einem Lizenzvertrag zwischen Wettbewerbern.<sup>200</sup> Hingegen sind Outputbeschränkungen zwischen Wettbewerbern, die neben dem Lizenznehmer auch den Lizenzgeber binden, unzulässig<sup>201</sup>, denn sie sind mit einem Mengenkartell gleichzusetzen.<sup>202</sup>

*Field-of-use-Klausel:* Damit wird dem Lizenznehmer die Beschränkung auferlegt, die lizenzierte Technologie nur in den definierten Anwendungsbereichen oder Produktenmärkten zu nutzen.<sup>203</sup> Die Klausel ist keine unzulässige Marktaufteilung, wenn die Technologie die Herstellung differenzierbarer Produkte ermöglicht.<sup>204</sup> Die Differenzierbarkeit muss sich dabei anhand objektiver Kriterien nachvollziehen lassen (z. B. 4-Zylinder- anstatt 6-Zylinder-Motoren).<sup>205</sup>

Field-of-use-Klauseln sind auch zwischen Wettbewerbern grundsätzlich zulässig<sup>206</sup>, zwischen Nichtwettbewerbern möglicherweise sogar oberhalb der Marktanteilsschwelle der TT-GVO.<sup>207</sup>

*F&E-Beschränkung:* Beschränkungen der eigenen Forschungs- und Entwicklungstätigkeit sind sowohl zwischen Wettbewerbern als auch zwischen Nichtwettbewerbern unzulässig, es sei denn, sie seien aus Gründen des Know-how-Schutzes zwingend erforderlich.<sup>208</sup>

*Rücklizenz an Verbesserungen:* Die Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber eine Exklusivlizenz an von ihm selber entwickelten, abtrennbaren Verbesserungen der Technologie einzuräumen oder die Rechte daran auf den Lizenzgeber zu übertragen, sind von der TT-GVO nicht freigestellt (graue Klausel).<sup>209</sup> Hingegen kann vom Lizenznehmer die Einräumung einer nicht exklusiven Rücklizenz verlangt werden.<sup>210</sup>

*Nichtangriffsabrede:* Ebenfalls als nicht freigestellte, graue Klausel gilt die Verpflichtung des Lizenznehmers, die Gültigkeit der Immaterialgüterrechte des Lizenzgebers nicht anzugreifen.<sup>211</sup> Hingegen kann dem Lizenzgeber für diesen Fall ein Kündigungsrecht eingeräumt werden.<sup>212</sup> Nichtangriffsklauseln bezüglich Know-how sind hingegen möglich.<sup>213</sup>

*Qualitätsvorschriften und Bezugspflicht:* Qualitätsvorschriften des Lizenzgebers und die damit verbundene Verpflichtung des Lizenznehmers zum Bezug von Komponenten und Rohstoffen sind nur dann zulässig, wenn sie erforderlich sind, um einen bestimmten Mindeststandard abzusichern.<sup>214</sup> Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so bestimmt sich die Zulässigkeit einer Bezugspflicht nach den für Vertriebsverträge geltenden Regeln.<sup>215</sup>

*Wettbewerbsverbot:* siehe dazu hinten III.10.

*Meistbegünstigungsklausel:* Die Zusage des Lizenzgebers, dem Lizenznehmer immer die günstigsten Lizenzbedingungen zu gewähren, kann im Rahmen von Lizenzverträgen gültig vereinbart werden.<sup>216</sup>

*Verbot der Unterlizenzierung:* Das Verbot der Unterlizenzierung durch den Lizenznehmer kann zulässig vereinbart werden.<sup>217</sup>

*Längstlaufklausel:* Darunter wird die Abrede verstanden, dass sich die Lizenzdauer um die Schutzdauer des ergänzten Schutzrechts verlängert, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer Verbes-

<sup>193</sup> Für das europäische Kartellrecht siehe Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO (für Wettbewerber) und Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO (für Nichtwettbewerber) sowie *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 61 ff.

<sup>194</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel Rn. 64.

<sup>195</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. b ii) TT-GVO.

<sup>196</sup> TT-Leitlinien, Rn. 162.

<sup>197</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 66 f.

<sup>198</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 54.

<sup>199</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 60.

<sup>200</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

<sup>201</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

<sup>202</sup> *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 772/2004 Art. 4 Kernbeschränkungen, Rn. 16; *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 55.

<sup>203</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 68.

<sup>204</sup> *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 772/2004 Art. 4 Kernbeschränkungen, Rn. 31.

<sup>205</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 69.

<sup>206</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO.

<sup>207</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 72.

<sup>208</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. d TT-GVO und Art. 5 Abs. 2 TT-GVO sowie *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 86 f.

<sup>209</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a und b TT-GVO.

<sup>210</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 89.

<sup>211</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c TT-GVO.

<sup>212</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c TT-GVO.

<sup>213</sup> TT-Leitlinie, Rn. 112.

<sup>214</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 99.

<sup>215</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 99.

<sup>216</sup> *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 772/2004 Art. 4 Kernbeschränkungen, Rn. 73; *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 101.

<sup>217</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 92; *Klawitter* in Wiedemann (Hrsg.) § 13, Rn. 287.

serungen hinsichtlich der Technologie mitteilt. Diese Abrede ist zulässig.<sup>218</sup>

*Klausel betreffend Schutzrechtsvermerke:* Der Lizenznehmer kann verpflichtet werden, Lizenzvermerke oder Marken auf der lizenzierten Technologie anzubringen, jedoch nur auf dieser und nicht auf Erzeugnissen, die vom Schutzrecht nicht erfasst sind.<sup>219</sup>

*Geheimhaltungsklausel:* Geheimhaltungsklauseln sind zulässig, denn sie sind für den Lizenzgeber unerlässlich, um seine Technologie zu schützen.<sup>220</sup> Das gilt auch für vertragsüberdauernde Geheimhaltungspflichten.<sup>221</sup>

*Nutzungsverbot nach Vertragsablauf:* Das Verbot, die lizenzierte Technologie nach Vertragsablauf weiter zu nutzen, ist nur zulässig, wenn die Technologie zu diesem Zeitpunkt noch geschützt ist.<sup>222</sup>

#### 4. Technologiepools

In einem Technologiepool bündeln Lizenzgeber ihre Technologien zu einem Technologiepaket zwecks Lizenzierung an die Poolmitglieder und an Dritte.<sup>223</sup> Kartellrechtlich sind einerseits die Zulässigkeit der Poolgründung an sich sowie andererseits der Inhalt der Lizenzverträge betreffend Weiterlizenzierung des Technologiepakets zu prüfen. Für das europäische Kartellrecht hat die Kommission in den TT-Leitlinien Richtlinien zur Beurteilung der Zulässigkeit von Technologiepools erlassen. Die Gründung von Technologiepools fällt nicht in den Anwendungsbereich der TT-GVO und muss im Einzelfall geprüft werden, die Weiterlizenzierung hingegen schon.<sup>224</sup> Im schweizerischen Kartellrecht erfolgt die Prüfung nach Art. 5 KG, wobei dies zu vergleichbaren Ergebnissen wie im europäischen Kartellrecht führen sollte.<sup>225</sup>

Technologiepools haben eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung und sind unzulässig, wenn sie zu einem Preiskartell oder zu einer Behinderung des Wettbewerbs, insbesondere des Innovationswettbewerbs, führen.<sup>226</sup> Diese Gefahr ist grösser, wenn am Pool Technologien beteiligt sind, die unter sich substituierbar oder für die Produktion nicht relevant sind. Solche Pools werden von der Kommission als unzulässig beurteilt.<sup>227</sup>

Werden im Pool hingegen Technologien zusammengefasst, die sich ergänzen und die für die Produktion wesentlich sind, so kann der Pool durch Senkung der Transaktionskosten eine wettbewerbsfördernde Wirkung haben.<sup>228</sup> Weiter gilt, dass mit zunehmender Marktmacht auch die Gefahr einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ansteigt. Pools mit grosser Marktmacht müssen zudem offen sein und die Gleichbehandlung gewährleisten und sie dürfen fremde Technologien nicht übermässig abschotten.<sup>229</sup>

Mit Technologiepools nicht vereinbar sind Exklusivitätsklauseln, mit welchen sich die Mitglieder verpflichten, Produkte nur innerhalb des Pools weiterzuentwickeln und ausserhalb des Pools keine Lizenzen zu erteilen.<sup>230</sup> Ebenso darf ein Pool keine ungültigen Patente schützen.<sup>231</sup>

#### 5. Zuliefer- und Subunternehmerverträge

Mit einem Zuliefervertrag beauftragt der Auftraggeber den Zulieferer, nach seinen Weisungen Waren herzustellen oder Dienstleistungen zu erbringen.<sup>232</sup> Beim Subunternehmervertrag handelt der Subunternehmer ebenfalls im Interesse des Auftraggebers. Er tritt jedoch im Gegensatz zum Zulieferer in direkten Kontakt mit dem Kunden des Auftraggebers.

Zuliefer- und Subunternehmerverträge regeln die Beschaffung und nicht den Vertrieb. Es geht um die Herstellung optimaler Produktionsbedingungen, d. h. um die Realisierung von Effizienzgewinnen<sup>233</sup> und nicht um die Strukturierung von Absatzkanälen. Zuliefer- und Subunternehmerverträge sind kartellrechtlich deshalb weniger problematisch als Vertriebsverträge. Sie werden im schweizerischen Kartellrecht nach den allgemeinen Regeln von Art. 5 KG geprüft. Im europäischen Kartellrecht ist die Zulieferbekanntmachung zu beachten.<sup>234</sup>

Insbesondere folgende Abreden sind in Zuliefer- und Subunternehmerverträgen<sup>235</sup> kartellrechtlich relevant:

*Know-how-Schutz:* Dabei geht es um Bestimmungen, wonach die vom Auftraggeber stammenden Kenntnisse und Betriebsmittel (Know-how, Pläne etc.) nur im Interesse des Auftraggebers verwendet werden dürfen. Solche Klauseln sind zu-

<sup>218</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 103; Klawitter in Wiedemann (Hrsg.) § 13, Rn. 290.

<sup>219</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 98.

<sup>220</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 93.

<sup>221</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 93.

<sup>222</sup> TT-Leitlinien, Rn. 156.

<sup>223</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 112; TT-Leitlinien, 210.

<sup>224</sup> TT-Leitlinien, 212.

<sup>225</sup> Heinemann, 42.

<sup>226</sup> TT-Leitlinien, 213.

<sup>227</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 114.

<sup>228</sup> TT-Leitlinien, 215 ff.

<sup>229</sup> TT-Leitlinien, 224.

<sup>230</sup> TT-Leitlinien, 227.

<sup>231</sup> TT-Leitlinien, 229.

<sup>232</sup> CH: Meinhardt/Hufschmid in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1. HS N 51; EU: Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 110.

<sup>233</sup> Meinhardt/Hufschmid in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1 HS N 61.

<sup>234</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen, Abl. 1979 C 1/2.

<sup>235</sup> Nachfolgend gemeinsam Zulieferverträge.

lässig, ebenso wie Vertraulichkeitsklauseln und Verwertungsverbote zulasten des Zulieferers.<sup>236</sup>

*Technische Verbesserungen:* Die Verpflichtung des Zulieferers, technische Verbesserungen dem Auftraggeber zur Verfügung zu stellen, ist zulässig.<sup>237</sup> Hingegen darf dem Zulieferer nicht unter sagt werden, die Resultate der eigenen Forschungs- und Entwicklungstätigkeit zu verwerten, sofern diese Resultate selbständig verwertbare Ergebnisse darstellen.<sup>238</sup>

*Exklusivität:* Ein Zulieferer kann sich auch verpflichten, nur einen einzigen Auftraggeber zu beliefern. Im europäischen Kartellrecht ist eine solche Alleinbelieferungsverpflichtung durch die Vertikal-GVO freigestellt,<sup>239</sup> wenn weder der Zulieferer noch der Auftraggeber mehr als 30% Marktanteile halten.<sup>240</sup>

*Wettbewerbsverbote:* siehe dazu hinten III.10.

## 6. Arbeitsgemeinschaften

In einer Arbeitsgemeinschaft (auch Konsortium genannt) schliessen sich mehrere Unternehmen projektbezogen zusammen, um ein bestimmtes Vorhaben gemeinsam durchzuführen.<sup>241</sup> Handelt es sich dabei um Unternehmen, die auf unterschiedlichen sachlichen und räumlichen Märkten tätig

sind, fehlt es von vornherein an einer Wettbewerbsbeschränkung.<sup>242</sup> Handelt es sich bei den Konsortialpartnern um tatsächliche oder potenzielle Konkurrenten, so ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss eine unzulässige Marktabsprache darstellt. Dies ist nicht der Fall, wenn die beteiligten Unternehmen erst durch die Kooperation überhaupt in der Lage sind, das Projekt durchzuführen.<sup>243</sup> Dann führt die Arbeitsgemeinschaft nicht zu einer Bündelung von Angeboten, sondern zu einem zusätzlichen Angebot, was kartellrechtlich positiv zu bewerten ist.

Ob die Konsortialpartner für sich allein marktfähig sind, wird anhand objektiver Kriterien geprüft wie z. B. der technischen Kompetenz oder des finanziellen und personellen Aufwands.<sup>244</sup> Die Prüfung erfolgt immer in Bezug auf ein konkretes Projekt. Es kann also sein, dass Konkurrenten lediglich das konkrete Projekt nicht allein durchführen können, sonst aber grundsätzlich als Konkurrenten am Markt teilnehmen.<sup>245</sup>

Bei Arbeitsgemeinschaften besteht die Gefahr, dass sie als Plattformen für Preisabsprachen oder den Austausch vertraulicher Informationen dienen.<sup>246</sup>

Fortsetzung folgt in Heft 2/14.

<sup>236</sup> CH: *Meinhardt/Hufschmid* in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1. HS N 70; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 110 f.

<sup>237</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 110 f.

<sup>238</sup> CH: *Meinhardt/Hufschmid* in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1. HS N 70; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 111.

<sup>239</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 155 ff.

<sup>240</sup> Da sich mit der Belieferungspflicht der Lieferant und nicht der Abnehmer verpflichtet, gelangen die Einschränkungen der Vertikal-GVO bezüglich Wettbewerbsverbote nicht zur Anwendung (siehe dazu hinten III.10).

<sup>241</sup> *Böni/Wassmer*, Rz. 5.

<sup>242</sup> Dazu und zum Folgenden siehe *Lübbig* in *Wiedemann*, Rn. 228.

<sup>243</sup> Dazu sowie zum Folgenden siehe CH: *Böni/Wassmer*, Rz. 7; EU: Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit, Rn. 30; *Gehring* in *Mäger* (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 85.

<sup>244</sup> *Gehring* in *Mäger* (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 88.

<sup>245</sup> *Gehring* in *Mäger* (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 87.

<sup>246</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.132; zu den Möglichkeiten der Preisabsprache siehe insbesondere *Böni/Wassmer*.