

# recht

2/14

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

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

## 32. Jahrgang

### Inhalt

---

#### Abhandlungen

- 49 *Vito Roberto/Marisa Walker*  
**AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG**
- 67 *Urs Egli*  
**Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis**  
(2. Teil)
- 76 *René Wiederkehr*  
**Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten**  
Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und  
Doktrin zu Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG
- 92 *Marcel Brun*  
**Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens**
- 

#### Orientierung

- 100 *Alain Griffel*  
**«Vom Wert einer guten Gesetzgebung»**



## 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 (2. 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
- Literaturverzeichnis

## 7. Kooperationsverträge

### 7.1 Vorbemerkungen

«Kooperationsvertrag» ist ein unscharfer Begriff. Er wird in der Vertragspraxis für die unterschiedlichsten Formen der Zusammenarbeit verwendet. Was der Vertragszweck ist, erschliesst sich erst bei einer Analyse der vertraglichen Leistungen. So kommt es vor, dass selbst Vertriebs- oder Zulie-

ferverträge als Kooperationsverträge bezeichnet werden. Kooperationsverträge haben oft einen gesellschaftsrechtlichen Aspekt. Immer handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse. Kooperationsverträge sind sowohl in horizontalen wie auch in vertikalen Verhältnissen anzutreffen. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn ein Auftraggeber und sein Zulieferer im Rahmen einer F&E-Kooperation die Entwicklung ihrer jeweiligen Produkte aufeinander abstimmen.

Im europäischen Kartellrecht sind für horizontale Kooperationen einerseits die Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit zu beachten. Andererseits sind im Bereich der Produktion die Spezialisierungs-GVO und im Bereich von Forschung und Entwicklung die F&E-GVO einschlägig.<sup>247</sup> Für F&E-Kooperationen im vertikalen Verhältnis kann aber auch die Vertikal-GVO zur Anwendung gelangen. Das ist dann der Fall, wenn der Auftraggeber die Entwicklungsleistung bezahlt und lediglich bei der Spezifikation der Ergebnisse mitwirkt. Welche GVO Anwendung findet, ist von Bedeutung, da unter der Vertikal-GVO dem Auftragsentwickler strengere Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt werden können als unter der F&E-GVO. Insbesondere ist ein Konkurrenzverbot zulasten eines Auftragsentwicklers unter der Vertikal-GVO zeitlich unbegrenzt zulässig.<sup>248</sup>

Im schweizerischen Kartellrecht werden Kooperationsverträge nach Art. 5 KG beurteilt. Von der Normsetzungskompetenz gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG wurde noch kein Gebrauch gemacht.

Kartellrechtlich wenig problematisch sind F&E-Kooperationen im Bereich der Grundlagenforschung, die Zusammenarbeit von Auftraggebern mit spezialisierten Forschungsinstituten, reine Auftragsentwicklungen sowie F&E-Vereinbarungen ohne gemeinsame Verwertung.<sup>249</sup> Besonders strenge Regeln gelten demgegenüber für Kooperationen zwischen Wettbewerbern. Insgesamt gilt, dass es bei Kooperationsverträgen stärker auf die

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

\* Der 1. Teil ist in recht Heft 1/14, Seite 1–15 erschienen.

<sup>247</sup> Zum Ganzen siehe *Brandi-Dohrn*.

<sup>248</sup> *Brandi-Dohrn*, 1353; siehe auch hinten III.10.

<sup>249</sup> *Gehring* in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 156.

Beurteilung des Einzelfalls ankommt. Entsprechend ist die Rechtsunsicherheit grösser.

Bei einer umfangreichen und langdauernden Kooperation kann die Gründung eines Joint Ventures eine Alternative zum Abschluss eines Kooperationsvertrages sein. Sind grosse Unternehmen beteiligt, so ist ein Fusionskontrollverfahren durchzuführen. Dieses hat den Vorteil, dass die Zulässigkeit der Kooperation durch die Kartellbehörden vorgängig geprüft wird.<sup>250</sup>

## 7.2 F&E-Kooperationen

Insbesondere die folgenden Klauseln sind kartellrechtlich relevant:<sup>251</sup>

*Zugang zu den F&E-Ergebnissen:* Die F&E-GVO verlangt, dass alle beteiligten Unternehmen den gleichen Zugang zu den Ergebnissen haben.<sup>252</sup>

*Einschränkung der F&E-Tätigkeit:* Die Parteien dürfen sich bei ihrer F&E-Tätigkeit nur im sachlichen Anwendungsbereich der Forschungskoope- ration beschränken.<sup>253</sup>

*Verwendungsbeschränkungen:* Die Verwertung der Ergebnisse muss nach Ablauf der Vereinbarung frei möglich sein. Dies geht so weit, dass sich die Parteien Zugang zu vorbestehendem Know-how gewähren müssen, sofern dieses für die Verwertung erforderlich ist.<sup>254</sup> Hochschulen oder andere Unternehmen, die F&E-Dienstleistungen anbieten, können sich jedoch verpflichten, die Ergebnisse nur für weitere Forschung zu verwenden.<sup>255</sup>

*Produktionsbeschränkung:* Die Beschränkung der Produktion ist nicht zulässig.<sup>256</sup> Ausgenommen sind zulässige Absprachen zur gemeinsamen Verwertung.

*Absprachen zur gemeinsamen Verwertung:* Unter der Verwertung werden die Herstellung und der Vertrieb der Produkte, aber auch die Lizenzierung der entwickelten Technologien verstanden. Zur Kooperation können die Parteien entweder eine gemeinsame Organisation mit der Verwertung beauftragen oder aber, was weitaus häufiger der Fall ist, sich bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche auf dem Weg der Spezialisierung selber vorbehalten. Letzteres kann auch dadurch geschehen, dass nur eine beteiligte Partei die Vertragsprodukte herstellt und vertreibt und die anderen Parteien gänzlich darauf verzichten.<sup>257</sup>

*Preisabsprachen:* Die Festsetzung von Preisen ist unzulässig.<sup>258</sup>

*Verkaufsbeschränkungen:* Aktive Verkaufsbeschränkungen sowie das Verbot der Unterlizenzierung sind zulässig, sofern Gebiete oder Kundenzirkel einer Partei auf dem Weg der Spezialisierung zugewiesen sind.<sup>259</sup> Dies gilt sogar für die Einschränkung des passiven Verkaufs.<sup>260</sup>

*Field-of-use Klauseln* sind zulässig.<sup>261</sup>

*Wettbewerbsverbot:* Haben die Parteien eine gemeinsame Verwertung vorgesehen, so sind Wettbewerbsverbote zulässig und die Parteien können sich verpflichten, während des Verwertungszeitraums keine Produkte zu verkaufen, welche die gemeinsam entwickelten Produkte konkurrenzieren.<sup>262</sup>

*Nichtangriffsabrede:* Nichtangriffsabreden im Bezug auf geistiges Eigentum sind grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme besteht während der Entwicklungsphase und nur in Bezug auf Rechte, welche für die Kooperation von Bedeutung sind.<sup>263</sup>

*Dauer der Kooperation:* Nichtwettbewerber können sich hinsichtlich der F&E-Tätigkeit für die gesamte, zeitlich unbegrenzte Dauer der Kooperation vertraglich binden. Ist anschliessend eine gemeinsame Verwertung vorgesehen, so darf diese maximal sieben Jahre dauern, beginnend mit dem Datum des ersten Inverkehrbringens.<sup>264</sup> Handelt es sich bei den Kooperationspartnern hingegen um Wettbewerber, so gilt dies nur, wenn ihr gemeinsamer Marktanteil 25% nicht übersteigt.<sup>265</sup>

## 7.3 Spezialisierungen

Absprachen über die Produktion werden im Rahmen von Spezialisierungsvereinbarungen getroffen.<sup>266</sup> Unternehmen können die Produktion zusammenlegen (gemeinsame Produktion), sie können einseitig oder gegenseitig auf die Produktion bestimmter Komponenten verzichten und diese Komponenten von der anderen Partei beziehen (Spezialisierung) und sie können Komponenten – z. B. bei Produktionsengpässen – bei der jeweils anderen Partei beziehen (Zuliefervereinbarungen zur Produktionsausweitung).<sup>267</sup>

<sup>250</sup> Siehe hinten III.9.

<sup>251</sup> Die nachfolgende Darstellung orientiert sich hauptsächlich an der F&E-GVO.

<sup>252</sup> Art. 3 Abs. 2 F&E-GVO.

<sup>253</sup> Art. 5 lit. a F&E-GVO.

<sup>254</sup> Art. 3 Abs. 3 F&E-GVO.

<sup>255</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 162.

<sup>256</sup> Art. 5 lit. b F&E-GVO.

<sup>257</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 160.

<sup>258</sup> Art. 6 lit. c F&E-GVO; im schweizerischen Kartellrecht soll eine Rechtfertigung einer Preisfestsetzung nicht von vornherein ausgeschlossen sein (Meinhardt/Hufschmid in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1.HS N 19).

<sup>259</sup> Art. 5 lit. e F&E-GVO.

<sup>260</sup> Art. 5 lit. d F&E-GVO.

<sup>261</sup> Art. 5 lit. b iii) F&E-GVO.

<sup>262</sup> Art. 5 lit. b iv) F&E-GVO.

<sup>263</sup> Art. 6 lit. a F&E-GVO.

<sup>264</sup> Art. 4 Abs. 1 F&E-GVO.

<sup>265</sup> Art. 4 Abs. 2 F&E-GVO.

<sup>266</sup> Krauskopf/Schaller in BSK KG, Art. 5 KG N 426; Weber/Volz, Rz. 2.206.

<sup>267</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 30.

Spezialisierungsvereinbarungen lassen sich oft aus ökonomischen Gründen rechtfertigen.<sup>268</sup> Solche Vereinbarungen dürfen aber nicht zu einer Zunahme der Marktmacht der beteiligten Unternehmen führen.<sup>269</sup> Zudem kommt es darauf an, wie gross der Kostenblock der ausgelagerten Produktionskosten im Vergleich zu den Gesamtkosten ist. Machen die Produktionskosten einen Grossteil der Gesamtkosten aus, so werden Marktverschlusseffekte befürchtet. Für marktbeherrschende Unternehmen ist das Eingehen einer Spezialisierungsvereinbarung a priori ausgeschlossen.<sup>270</sup>

Gemäss der Spezialisierungs-GVO können Alleinbezugs- und Alleinbelieferungspflichten vorgesehen werden.<sup>271</sup> Ebenfalls ist es in bestimmten Grenzen zulässig, dass die beteiligten Unternehmen die betroffenen Produkte gemeinsam vertreiben.<sup>272</sup> Die Exklusivität der Zusammenarbeit darf jedoch nur das Eingehen weiterer Spezialisierungsoperationen ausschliessen. Die Belieferung der eigenen Kunden der beteiligten Unternehmen darf nicht beschränkt werden.<sup>273</sup>

Kernbeschränkungen wie die Festsetzung der Preise, die Beschränkung der Produktion sowie die Markt- und Kundenaufteilung sind auch in Spezialisierungsvereinbarungen grundsätzlich nicht zulässig.<sup>274</sup> Innerhalb einer gemeinsamen Produktion dürfen die Parteien aber Preise und Produktionskapazitäten vereinbaren.<sup>275</sup>

#### 7.4 Einkaufskooperationen

Ob eine Koordination des Einkaufs den Wettbewerb beschränkt, hängt von der Nachfragemacht der Einkaufskooperation auf dem Beschaffungsmarkt ab.<sup>276</sup> Im europäischen Kartellrecht werden Einkaufskooperationen als unproblematisch betrachtet, wenn ihr Marktanteil 15% nicht übersteigt.<sup>277</sup> Weiter ist relevant, ob sich Unternehmen an der Einkaufskooperation beteiligen, die auf ihren eigenen Verkaufsmärkten marktmächtig sind.<sup>278</sup> Auch eine Rolle spielt, wie hoch der Anteil der Kosten der eingekauften Komponenten an den Gesamtkosten ist. Ein hoher Kostenanteil führt zur

Kostenangleichung auf den Verkaufsmärkten<sup>279</sup> und fällt damit negativ ins Gewicht.

Einkaufskooperationen können im europäischen Kartellrecht unter eine Legalausnahme fallen. Dies ist der Fall, wenn sich infolge niedrigerer Einkaufspreise oder Transport- und Logistikkosten Leistungsgewinne und Einsparungen realisieren lassen, die angemessen an die Marktgegenseite weitergegeben werden.<sup>280</sup>

Bisweilen auferlegen Einkaufskooperationen ihren Mitgliedern einen Bezugszwang. Dies ist nur dann zulässig, wenn der Bezugszwang wirtschaftlich notwendig ist, z. B. weil Investitionen in die Kooperation amortisiert werden müssen oder weil sich die beabsichtigten Grössenvorteile nur so realisieren lassen.<sup>281</sup> Nicht zulässig sind Abreden, welche die an der Kooperation beteiligten Unternehmen in der Verwendung der eingekauften Komponenten sowie in der Preis- und Absatzpolitik beschränken.<sup>282</sup>

#### 7.5 Verkaufskooperationen

Eine Verkaufskooperation kann sich entweder auf sämtliche Vertriebsfunktionen oder nur auf Teile davon beziehen, beispielsweise nur auf die Logistik- oder Wartungsleistungen, den Kundendienst oder die Werbung.<sup>283</sup> Verboten und nur in Ausnahmefällen freistellbar sind Verkaufskooperationen, bei denen die Verkaufspreise festgesetzt werden.<sup>284</sup> Vereinbarungen über andere Vertriebsfunktionen ohne Festsetzung der Verkaufspreise sind im europäischen Kartellrecht nur dann kartellrechtlich problematisch, wenn die gemeinsamen Marktanteile 15% übersteigen.<sup>285</sup>

## 8. Unternehmenskaufverträge

Bei Unternehmenskaufverträgen ist zu prüfen, ob ein Fusionskontrollverfahren durchzuführen ist. Ist dies der Fall, so muss ein Kartellrechtsspezialist beigezogen werden und der Vertrag ist von der Bedingung abhängig zu machen, dass die zuständigen Fusionskontrollbehörden den Zusammenschluss genehmigen. Weiter soll der Vertrag eine gegenseitige Beistandspflicht für das Fusionskontrollverfahren enthalten und regeln, wer gegenüber

<sup>268</sup> Krauskopf/Schaller in BSK KG, Art. 5 KG N 426, Weber/Volz, Rz. 2.208.

<sup>269</sup> Dazu und zum Folgenden siehe Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 37.

<sup>270</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel 3, Rn. 54.

<sup>271</sup> Art. 1 Abs. 1 Spezialisierungs-GVO.

<sup>272</sup> Art. 2 Abs. 3 lit. b Spezialisierungs-GVO.

<sup>273</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 43.

<sup>274</sup> Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit, Rn. 160; Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 47 ff.

<sup>275</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 47 f.

<sup>276</sup> Meinhardt/Hufschmid in BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b KG 1. HS N 89 ff.; Weber/Volz, Rz. 2.188.

<sup>277</sup> Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit, Rn. 195.

<sup>278</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 61.

<sup>279</sup> Leitlinien über die Horizontale Zusammenarbeit, Rn. 214 und 222.

<sup>280</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 64.

<sup>281</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 65; Schroeder in Wiedemann (Hrsg.), § 8, Rn. 90 f.

<sup>282</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 65.

<sup>283</sup> Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit, Rn. 225.

<sup>284</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 70 ff.

<sup>285</sup> Gehring in Mäger (Hrsg.), 3. Kapitel, Rn. 75.

den Behörden für die Verfahrensführung zuständig ist (in der Regel der Erwerber).

Die Fusionskontrolle knüpft an zwei Kriterien an. Zum einen muss ein Zusammenschlussstatbestand vorliegen. Zum anderen müssen die beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen.

Als Unternehmenszusammenschluss gilt eine Fusion sowie jeder Vorgang, durch welchen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erworben wird.<sup>286</sup> Ein Kontrollerwerb kann de jure und de facto erfolgen.<sup>287</sup> Als Kontrollerwerb gilt deshalb nicht nur der Erwerb der Aktienmehrheit, sondern jede Transaktion, welche es dem Erwerber aufgrund der tatsächlichen Umstände ermöglicht, die wesentlichen strategischen Entscheidungen des Zielunternehmens zu beeinflussen.<sup>288</sup> So kann auch eine Minderheitsbeteiligung verbunden mit einer besonderen Einflussnahme über einen Aktionärsbindungsvertrag oder eine finanzielle Abhängigkeit einen Kontrollerwerb darstellen.<sup>289</sup> Auch der blosse Erwerb von Vermögen (Asset Deal) stellt einen Kontrollerwerb dar, wenn dadurch die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines Unternehmens erworben wird.<sup>290</sup>

Die Umsatzschwellen sind im schweizerischen Kartellrecht erreicht, wenn die beteiligten Unternehmen entweder einen Umsatz von insgesamt CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von CHF 500 Mio. erzielen, wobei kumulativ mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. erwirtschaften müssen.<sup>291</sup> Wurde in einem Verfahren festgestellt, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, besteht die Meldepflicht für Übernahmen in diesem Markt oder in vor- oder nachgelagerten Märkten in jedem Fall.<sup>292</sup>

Im europäischen Kartellrecht liegen die Umsatzschwellen bei einem Gesamtumsatz von EUR 5 Mrd., wobei mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Union einen Umsatz von je EUR 250 Mio. erzielen müssen.<sup>293</sup>

Bei internationalen Sachverhalten ist für jede beteiligte Rechtsordnung zu prüfen, ob die Aufgreifkriterien erfüllt sind. Es sind deshalb möglicherweise parallele Fusionskontrollverfahren

durchzuführen.<sup>294</sup> Gelangt das europäische Fusionskontrollverfahren zur Anwendung, so ersetzt es die Kontrollverfahren der Mitgliedstaaten.<sup>295</sup>

Vor Abschluss des Kontrollverfahrens besteht ein Vollzugsverbot und in Missachtung dieses Verbotes geschlossene Rechtsgeschäfte sind zivilrechtlich unwirksam.<sup>296</sup> Andererseits müssen die beteiligten Unternehmen die Transaktion planen, was ein Minimum an Kooperation auch während des Kontrollverfahrens voraussetzt. Unter dem Schlagwort «Gun Jumping» wird diskutiert, welche Handlungen in dieser Phase noch zulässig sind und welche bereits vom Vollzugsverbot und vom Verbot des Informationsaustausches erfasst werden.<sup>297</sup>

## 9. Joint-Venture-Verträge

Ein Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) ist ein von mehreren Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen.<sup>298</sup> Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen kontrollpflichtigen Zusammenschluss dar, wenn das zu gründende Unternehmen als selbständiges Unternehmen gilt (Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen).<sup>299</sup>

Joint-Venture-Verträge sind aber auch unter dem Aspekt des Kartellverbots relevant, denn sie enthalten im Normalfall Abreden, welche das Wettbewerbsverhalten der Muttergesellschaften beschränken,<sup>300</sup> wie z. B. exklusive Belieferungs- oder Bezugspflichten und Wettbewerbsverbote.

Kontrollpflichtig sind sowohl im schweizerischen wie auch im europäischen Kartellrecht nur Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, welche zudem die Schwellenwerte erreichen. Alle anderen Joint-Venture-Verträge sind anhand der allgemeinen Regeln auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot zu prüfen.<sup>301</sup> Im Vergleich dazu hat das Kontrollverfahren den Vorteil, dass die Vertragspartner eine Entscheidung der Kartellbehörden erwirken und damit Rechtssicherheit für ihre Investitionen erlangen können.<sup>302</sup>

<sup>286</sup> Art. 4 Abs. 3 KG.

<sup>287</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 8. Kapitel, Rn. 30.

<sup>288</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 8. Kapitel, Rn. 30.

<sup>289</sup> *Hoffet* in *Geiser/Krauskopf/Münch* (Hrsg.), Rz. 10.14.

<sup>290</sup> Für das europäische Kartellrecht: Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO).

<sup>291</sup> Art. 9 KG.

<sup>292</sup> Art. 9 Abs. 4 KG.

<sup>293</sup> Art. 1 Abs. 2 FKVO.

<sup>294</sup> *Hoffet* in *Geiser/Krauskopf/Münch* (Hrsg.), Rz. 10.84.

<sup>295</sup> *Dietze/Janssen*, Rn. 676.

<sup>296</sup> CH: Art. 34 KG; EU: Art. 7 Abs. 4 FKVO.

<sup>297</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.953 ff.

<sup>298</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.869.

<sup>299</sup> Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

<sup>300</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 9. Kapitel, Rn. 3.

<sup>301</sup> Im europäischen Kartellrecht ist zudem noch zu prüfen, ob allenfalls eine mitgliedstaatliche Fusionskontrolle Anwendung findet.

<sup>302</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 9. Kapitel, Rn. 8.

## 10. Wettbewerbsverbote im Besonderen

Ein Wettbewerbsverbot verbietet die Konkurrenzierung der Waren oder Dienstleistungen des Vertragspartners. In der schweizerischen Vertragspraxis werden Wettbewerbsverbote deshalb auch als Konkurrenzverbote bezeichnet. Sie sind insbesondere in Vertriebsverträgen, Lizenzverträgen, Franchiseverträgen, Zuliefer- und Subunternehmerverträgen, Kooperationsverträgen und in Gesellschafts- und Unternehmenskaufverträgen anzutreffen<sup>303</sup> und kommen in der Praxis häufig vor.

Ein Wettbewerbsverbot ist von einer Exklusivität abzugrenzen, wie sie z.B. bei exklusiven Bezugs- oder Belieferungspflichten anzutreffen ist.<sup>304</sup> Exklusivität verlangt vom Vertragspartner ein aktives Verhalten, ein Wettbewerbsverbot hingegen nur eine Unterlassung. Eine Exklusivitätsverpflichtung umfasst jedoch implizit auch ein Wettbewerbsverbot, weshalb eine Bezugsverpflichtung im Umfang von mehr als 80% des Einkaufsbedarfs kartellrechtlich wie ein Wettbewerbsverbot behandelt wird.<sup>305</sup>

Wettbewerbsverbote unter Konkurrenten sind im Normalfall verboten. Sie stellen eine unzulässige horizontale Marktaufteilung dar.<sup>306</sup> Für Wettbewerbsverbote in Vertriebs- und in Unternehmenskaufverträgen gibt es relativ klare Regeln. In allen anderen Fällen wird die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots anhand einer Güterabwägung im Einzelfall geprüft.

Wettbewerbsverbote in Vertriebsverträgen sind zwar zulässig, dürfen jedoch nicht für mehr als fünf Jahre und nicht auf unbestimmte Zeit vereinbart werden.<sup>307</sup> Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind nur für maximal ein Jahr zulässig, wobei weitere Einschränkungen zu beachten sind.<sup>308</sup> Das gilt jedoch nur für Wettbewerbsverbote, die der Abnehmer (d. h. der Händler) eingeht.<sup>309</sup> Der Anbieter kann sich grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung einem Wettbewerbsverbot unterwerfen.<sup>310</sup>

Weitergehende Wettbewerbsverbote beim Vertrieb sind im Rahmen von Franchise- und Lizenzverträgen möglich. In Franchiseverträgen sind Wettbewerbsverbote während der Vertragsdauer ohne zeitliche Beschränkung zulässig.<sup>311</sup> In Lizenz-

verträgen kann sich der Lizenznehmer verpflichten, keine fremden Technologien zu verwenden, die mit der lizenzierten Technologie konkurrieren.<sup>312</sup> Das ist im europäischen Kartellrecht selbst oberhalb der Marktanteilsgrenzen der TT-GVO möglich.<sup>313</sup>

In Unternehmenskaufverträgen wird als Nebenabrede meistens ein Wettbewerbsverbot zulasten des Verkäufers vereinbart.<sup>314</sup> Damit soll sichergestellt werden, dass der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Übertragung des Unternehmens auch nachkommt und dies nicht durch eine Konkurrenzierung hintertreibt.<sup>315</sup> Ein solches Wettbewerbsverbot gilt nicht als kartellrechtlich relevante Wettbewerbsabrede, sofern sich sein Zweck auf die Absicherung des Unternehmenskaufs beschränkt.<sup>316</sup> Sachlich und räumlich ist das Wettbewerbsverbot auf den bisherigen Tätigkeitsbereich des Unternehmens zu begrenzen.<sup>317</sup> Zeitlich darf es für drei Jahre vereinbart werden, sofern mit dem Unternehmen Goodwill und Know-how veräussert werden, jedoch nur für zwei Jahre, wenn lediglich Goodwill übertragen wird.<sup>318</sup> Eine längere Dauer ist nur zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass die Kunden dem Veräusserer länger als drei Jahre treu bleiben.<sup>319</sup> Diese Regeln gelten auch für Abwerbverbote und Vertraulichkeitsklauseln in Unternehmenskaufverträgen, da sie eine ähnliche Wirkung wie Wettbewerbsverbote haben.<sup>320</sup>

In den übrigen Fällen, insbesondere in Subunternehmer- und Kooperationsverträgen, sind Wettbewerbsverbote zulässig, wenn sie zur Erfüllung des Hauptzwecks erforderlich sind.<sup>321</sup> Wettbewerbsverbote lassen sich einerseits mit dem Schutz des Know-how und andererseits mit dem Schutz der Kundenbeziehung rechtfertigen. Allgemein müssen Wettbewerbsverbote in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich sein, um den vertraglichen Hauptzweck zu verwirklichen.<sup>322</sup> In sachlicher Hinsicht darf sich das Wettbewerbsverbot nur auf das preisgegebene Know-how beziehen. Ein Wettbewerbsverbot, das sich

<sup>303</sup> *Bernhard*, 2785.

<sup>304</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 131.

<sup>305</sup> Siehe vorne III.1.

<sup>306</sup> *Bernhard*, 2786.

<sup>307</sup> CH: Ziffer 12 lit. f Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO.

<sup>308</sup> CH: Ziffer 12 lit. g Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 5 Abs. 3 Vertikal-GVO.

<sup>309</sup> CH: Ziffer 6 der Vertikalbekanntmachung; EU: Art. 5 Abs. 1 lit. a und b Vertikal-GVO; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 132.

<sup>310</sup> Auch für Konkurrenzverbote zulasten des Anbieters gelten jedoch die nachfolgend dargestellten Einschränkungen.

<sup>311</sup> Siehe vorne III.2.

<sup>312</sup> TT-Leitlinie, Rn. 196.

<sup>313</sup> *Gehring* in *Mäger* (Hrsg.), 5. Kapitel, Rn. 108.

<sup>314</sup> *Borer/Kostka* in BSK KG, Art. 32 N 90.

<sup>315</sup> *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 8. Kapitel, Rn. 272.

<sup>316</sup> CH: *Borer/Kostka* in BSK KG, Art. 32 N 90; EU: *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 8. Kapitel, Rn. 272.

<sup>317</sup> CH: *Borer/Kostka* in BSK KG, Art. 32 N 91; *Weber/Volz* Rz. 2.974; EU: Bekanntmachung der Kommission über die Einschränkung des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03), (zit. Bekanntmachung zu den Nebenabreden), Rn. 19.

<sup>318</sup> CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.975; EU: Bekanntmachung zu den Nebenabreden, Rn. 20.

<sup>319</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.975.

<sup>320</sup> *Ruggli/Vischer*, 301 f.

<sup>321</sup> Zum Ganzen *Bernhard*, 2787 ff.; zur Zulässigkeit in Subunternehmerverträgen siehe *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 113.

<sup>322</sup> *Bernhard*, 2787 f.; *Mäger* in *Mäger* (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 113.

auf alle Vertragsprodukte erstreckt – unabhängig davon, ob dafür vertragliches Know-how verwendet wird –, ist nach der deutschen Rechtsprechung unzulässig.<sup>323</sup>

Nachvertragliche Konkurrenzverbote sind besonders kritisch. Die deutschen Gerichte gehen unter Bezugnahme auf die Vertikal-GVO im Normalfall von einer maximal zulässigen Dauer von einem Jahr aus.<sup>324</sup> So hat der BGH ein zweijähriges Konkurrenzverbot, welches ein Hersteller von Feuerschutztüren einem Monteur auferlegte, als ungültig beurteilt, weil es in diesem Umfang nicht erforderlich war.<sup>325</sup> Geht es um Kundenschutz, so kann ein Wettbewerbsverbot nur für die Dauer vereinbart werden, für welche die Kundenbeziehung typischerweise Bestand hat.<sup>326</sup> Geht es hingegen um den Schutz des Know-how, können Wettbewerbsverbote länger und unter Umständen sogar für eine unbegrenzte Dauer vereinbart werden.<sup>327</sup>

Auch bei der Beurteilung von Wettbewerbsverboten kommt es auf die Marktanteile an. Wettbewerbsverbote, die marktbeherrschende Unternehmen ihren Vertragspartnern auferlegen, werden nach einem strengeren Massstab geprüft und sind unter bestimmten Umständen sogar gänzlich unzulässig.<sup>328</sup> Wettbewerbsverbote, an denen ausschliesslich Unternehmen mit geringer Marktmacht beteiligt sind, sind demgegenüber privilegiert. So unterliegen solche Wettbewerbsverbote keiner zeitlichen Begrenzung.<sup>329</sup>

Die kartellrechtlichen Vorschriften zu den Wettbewerbsverboten haben Auswirkungen auf die Regelung der Vertragsdauer. Enthalten Vertriebsverträge ein Wettbewerbsverbot zulasten des Händlers, so dürfen sie nur für eine maximale Dauer von fünf Jahren und insbesondere nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Solche Verträge müssen zwischen den Vertragsparteien jeweils vor Ablauf von fünf Jahren neu verhandelt werden.<sup>330</sup>

## 11. Unzulässige Klauseln für marktbeherrschende Unternehmen

Das Missbrauchsverbot gemäss Art. 7 KG und Art. 102 AEUV schränkt die Vertragsfreiheit markt-

beherrschender Unternehmen zusätzlich ein. Als marktbeherrschend gelten Unternehmen, wenn sie in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.<sup>331</sup> Bei der Beurteilung des Kriteriums der Marktbeherrschung spielen die Marktanteile eine wichtige Rolle. So wird bei Marktanteilen von mehr als 50% eine marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn keine besonderen Umstände vorliegen.<sup>332</sup> Bei einem tieferen Marktanteil müssen noch weitere Faktoren hinzutreten wie z. B. Marktzutrittschranken für Dritte, technischer Vorsprung oder Wirtschafts- und Finanzmacht.<sup>333</sup> Solche Konstellationen werden auch als relative Marktmacht (in vertikalen Verhältnissen) respektive überragende Marktstellung (in horizontalen Verhältnissen) bezeichnet.<sup>334</sup> Bei Marktanteilen von unter 30% kann auch bei solchen Konstellationen nicht mehr von einer Marktbeherrschung ausgegangen werden.<sup>335</sup>

Einschränkungen für marktbeherrschende Unternehmen ergeben sich insbesondere in folgenden Bereichen:

*Unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen:*<sup>336</sup> Marktbeherrschende Unternehmen müssen sich eine kartellrechtlich begründete Kontrolle ihrer Preise und Geschäftsbedingungen gefallen lassen. Die Missbräuchlichkeit der Preise ergibt sich aus dem Vergleich des Verkaufspreises mit den tatsächlichen Produktionskosten.<sup>337</sup> Missbräuchlich sind beispielsweise<sup>338</sup> die Erzielung einer überhöhten Gewinnspanne, das Verlangen von Lizenzgebühren für nicht bestehende Schutzrechte, die Verwendung unbilliger Geschäftsbedingungen, die Verrechnung überhöhter Komponentenpreise an andere Hersteller (Margin Squeeze)<sup>339</sup> sowie die Auferlegung ungerechtfertigter Bedingungen für die Weiterverwendung (z. B. Ausfuhrverbote oder Beschränkungen des Weiterverkaufs).

*Predatory Pricing:*<sup>340</sup> Kampfpreisunterbietungen zielen darauf ab, weniger leistungsstarke Wettbewerber aus dem Markt zu drängen.<sup>341</sup> Eine unzu-

<sup>323</sup> Bernhard, 2778.

<sup>324</sup> Bernhard, 2786 f.

<sup>325</sup> Brandi-Dohrn, 1353.

<sup>326</sup> Bernhard, 2787; Mäger in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel, Rn. 113.

<sup>327</sup> Bernhard, 2787.

<sup>328</sup> CH: Amstutz/Carron in BSK KG, Art. 7 KG N 447; Weber/Volz, Rz. 2.736; EU: Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV, Rn. 231.

<sup>329</sup> Weber/Volz, Rz. 2.174. Dies ergibt sich daraus, dass solche Abreden von der KMU-Bekanntmachung (CH) und der De-minimis-Bekanntmachung (EU) erfasst werden.

<sup>330</sup> Bernhard, 2788.

<sup>331</sup> CH: Art. 4 KG; EU: Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 8.

<sup>332</sup> CH: Weber/Volz, Rz. 2.549; EU: Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 13 sowie der Leading Case des EuGH, Rs 85/76 (Hoffmann-La Roche), Slg. 1979, 461, Rn. 41.

<sup>333</sup> CH: Weber/Volz, Rz. 2.550 mit einer Darstellung der Praxis der Weko; Zäch, Rz. 795 ff.; EU: Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 16 ff.

<sup>334</sup> Bosch/Dallmann, 129 ff.; Heizmann, 172 ff.

<sup>335</sup> Weber/Volz, Rz. 2.551.

<sup>336</sup> CH: Art. 7 Abs. 2 lit. c KG; EU: Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV.

<sup>337</sup> Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 61.

<sup>338</sup> Zu den folgenden Fallgruppen siehe Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 60 ff. und Rn. 79 ff.; im schweizerischen Kartellrecht existiert keine vergleichbar detaillierte Fallpraxis (Amstutz/Carron in BSK KG, Art. 7 KG N 253).

<sup>339</sup> Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 66.

<sup>340</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. d KG; Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV.

<sup>341</sup> Amstutz/Carron in BSK KG, Art. 7 KG N 322; Wirtz in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 68.

lässige Kampfreisunterbietung liegt gemäss EuGH in der Regel vor, wenn Produkte unter den variablen Kosten angeboten werden. Werden Produkte über den variablen Kosten, aber unter den Gesamtkosten (Fixkosten zuzüglich variabler Kosten) angeboten, so muss dem Unternehmen zusätzlich eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden können.<sup>342</sup>

**Diskriminierung:**<sup>343</sup> Eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern liegt vor, wenn Geschäftspartner ohne objektive Gründe benachteiligt werden.<sup>344</sup> Die Diskriminierung kann sich auf Preise und sonstige Geschäftsbedingungen beziehen. Als objektive, rechtfertigende Gründe kommen zum Beispiel unterschiedliche Kosten für Rohstoffe, Löhne, Produktion, Transport, Steuern, Zoll und ähnliche Faktoren in Frage.<sup>345</sup>

**Exklusivität:** Marktmächtige Unternehmen dürfen von ihrer Marktgegenseite keine Zusicherung der Exklusivität verlangen.<sup>346</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob die Exklusivität vertraglich vereinbart oder auf andere Weise faktisch erzwungen wird, etwa weil essenzielle Vergünstigungen nur bei einem exklusiven Bezug gewährt werden.<sup>347</sup>

**Wettbewerbsverbot:** Siehe vorne III.10.

**Englische Klausel:** Mit dieser Abrede wird der Geschäftspartner verpflichtet, den Lieferanten über günstigere Drittangebote zu informieren, um diesem die Möglichkeit zum Mitziehen zu geben.<sup>348</sup> Sie ist meistens mit einer Exklusivitätsverpflichtung oder einer Rabattregelung verbunden.<sup>349</sup> Englische Klauseln dürfen von marktmächtigen Unternehmen nicht vereinbart werden.<sup>350</sup>

**Rabattsysteme:** Im europäischen Kartellrecht hat sich eine Praxis zur Zulässigkeit von Rabattsystemen marktbeherrschender Unternehmen entwickelt.<sup>351</sup> Unzulässig sind Treuerabatte, die darauf abzielen, dass ein Unternehmen seinen gesamten Bedarf beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt. Zu den Treuerabatten zählen Zielrabatte, die gewährt werden, wenn ein Kunde einen bestimmten, substantziellen Prozentsatz seines jährlichen

Bedarfs beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt. Unzulässig sind aber auch Jahresumsatzrabatte, bei denen ein Rabatt zum Jahresende rückwirkend auf die gesamte Bezugsmenge gewährt wird, wenn bestimmte Umsatzziele erreicht werden.<sup>352</sup> Unzulässig sind auch Paketrabatte, die daran anknüpfen, dass ein Kunde mehrere Produkte aus dem Sortiment oder für mehrere geografische Märkte bestellt. Zulässig sind für marktmächtige Unternehmen somit eigentlich nur noch reine Mengenrabatte.

**Koppelungsgeschäfte:**<sup>353</sup> Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre Vertragspartner nicht verpflichten, zusätzlich zum Vertragsgegenstand noch weitere Produkte oder Leistungen zu beziehen, ohne dass dazu ein sachlicher Grund besteht.<sup>354</sup> Für die Qualifizierung als Koppelung ist es nicht entscheidend, ob sie explizit vertraglich vereinbart wird oder sich aus der Preisgestaltung oder aus technischen Massnahmen ergibt.<sup>355</sup>

Keine unzulässige Koppelung liegt vor, wenn die Güter von den Nachfragern entweder als ein einziges Gut betrachtet werden oder wenn sachliche Gründe für die Koppelung bestehen.<sup>356</sup> Diese Frage stellt sich insbesondere bei der an einen Kaufvertrag gekoppelten Verpflichtung zum Bezug von Wartungs- und Serviceleistungen.<sup>357</sup>

**Belieferungspflicht:** Die Verweigerung oder der Abbruch von Geschäftsbeziehungen kann einen Missbrauch von Marktmacht darstellen.<sup>358</sup> Sowohl nach europäischem wie auch nach schweizerischem Kartellrecht besteht somit für marktbeherrschende Unternehmen in solchen Fällen ein Kontrahierungszwang.<sup>359</sup> Dies gilt auch für die Erteilung von Lizenzen, wenn diese für die Entwicklung eines neuen, für den Konsumenten vorteilhaften Produktes zwingend erforderlich sind.<sup>360</sup>

Bei einer eigentlichen Monopolstellung darf eine Geschäftsbeziehung nur bei objektiver Unzumutbarkeit verweigert werden.<sup>361</sup> Das Gleiche gilt nach der Essential Facilities Doctrin für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (z. B. Flug- und

<sup>342</sup> Siehe dazu *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 68.

<sup>343</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. b KG;

<sup>344</sup> *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 155.

<sup>345</sup> CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.634 ff.; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 73 ff.

<sup>346</sup> CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.735; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 76.

<sup>347</sup> *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 77.

<sup>348</sup> *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 241; *Weber/Volz*, Rz. 2.642.

<sup>349</sup> *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 241; *Weber/Volz*, Rz. 2.737; *Mäger* in Mäger (Hrsg.), 4. Kapitel Rn. 129; *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 78.

<sup>350</sup> *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 78; weniger eindeutig für das schweizerische Kartellrecht *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 241; *Weber/Volz*, Rz. 2.643 und 2.737.

<sup>351</sup> Zum folgenden *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 82 ff.; die schweizerische Praxis ist dagegen spärlich (*Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 237); zur Zulässigkeit der einzelnen Rabattarten im schweizerischen Kartellrecht siehe *Weber/Volz* Rz. 2.637 ff.

<sup>352</sup> EuG, Rs T-203/01 (Michelin II), Slg. 2003, II-4071, Rn. 113.

<sup>353</sup> CH: Art. 7 Abs. 2 lit. f KG; EU: Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV.

<sup>354</sup> *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 90; *Zäch*, Rz. 700.

<sup>355</sup> CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.761 ff.; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 91.

<sup>356</sup> *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 526 ff.; *Weber/Volz*, Rz. 2.756 ff. und Rz. 2.770 ff.

<sup>357</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.760; für eine unzulässige Koppelung von Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten durch einen marktbeherrschenden Maschinenhersteller siehe den Entscheid Tetrapak II (*Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV, Rn. 304).

<sup>358</sup> So ausdrücklich Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.

<sup>359</sup> CH: *Bucher* in BSK OR I, Vor Art. 1-40 OR N 7; *Weber/Volz*, Rz. 2.577; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 107.

<sup>360</sup> *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 N 148; *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 117.

<sup>361</sup> CH: *Weber/Volz*, Rz. 2.586; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 110.

Seehäfen sowie Strom-, Gas-, Schienen- und Telekommunikationsnetze).<sup>362</sup>

Handelt es sich beim marktbeherrschenden Unternehmen weder um einen Monopolisten noch um eine «Essential Facility», sind die Interessen des Lieferanten und des Kunden gegeneinander abzuwägen.<sup>363</sup> Objektiv gerechtfertigte Gründe für eine Lieferverweigerung sind z. B. eine finanzielle oder persönliche Unzuverlässigkeit des Vertragspartners oder die Bevorzugung der eigenen Stammkundschaft bei Lieferengpässen.<sup>364</sup> Kein ausreichender Grund ist dagegen der Wunsch des marktbeherrschenden Unternehmens, den Konkurrenten keine Hilfestellung leisten zu müssen.<sup>365</sup>

#### IV. Empfehlungen

Bei der Vertragsredaktion sind Grenzen einzuhalten, die durch das Kartellrecht gesetzt werden. Wenn der Vertragsredaktor über Kartellrechtskenntnisse verfügt, kann und soll er den Vertrag selber kartellrechtlich prüfen. Bei besonders komplexen Fragestellungen sowie für eine Vertretung in förmlichen Kartell- oder Fusionskontrollverfahren ist in jedem Fall ein Kartellrechtsspezialist zu mandatieren.

Bei der Kartellrechtsprüfung sind zuerst alle Vertragsbestimmungen zu identifizieren, welche direkt oder indirekt das Wettbewerbsverhalten einer der Vertragsparteien betreffen. Sie sind daran zu erkennen, dass sie sich nicht mit der vertraglichen Kernleistung befassen, sondern mit der Gestaltung von Geschäftsbeziehungen gegenüber Dritten. Sie betreffen meistens den Vertrieb.

Wettbewerbsbeschränkungen sind beispielsweise Preisabsprachen, Preisbindungen der zweiten Hand, Einschränkungen von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, die Vereinbarung von Exklusivität, Alleinbezugs- oder Mindestabnahmeverpflichtungen, Vorschriften zur Ausgestaltung des Vertriebs, Wettbewerbs- oder Konkurrenzverbote, Zusicherungen einer Meistbegünstigung, Einschränkungen bei der Nutzung einer lizenzierten Technologie sowie F&E-Beschränkungen. Auch die Vertragsdauer ist in die Kartellrechtsprüfung einzubeziehen, weil bestimmte Abreden nur für eine beschränkte Dauer vereinbart werden dürfen.

Anschliessend sind die identifizierten Vertragsbestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem schweizerischen und – wenn eine Wirkung auf das Ausland nicht von vornherein auszuschliessen ist – auch mit dem europäischen Kartellrecht zu prüfen. Dabei sind die unter II.8. dargelegten Prüfschemata anzuwenden.

Bei der Kartellrechtsprüfung ist es wichtig, die Marktanteile der betroffenen Unternehmen zu kennen. Für marktmächtige Unternehmen gelten besonders strenge, für Unternehmen mit geringen Marktanteilen weniger strenge Regeln. Als Faustregel kann man sich für das europäische Kartellrecht die Tennis-Zählformel 15-30-40 merken: Bis 15% gilt die De-minimis-Bekanntmachung, bis 30% kommt eine Gruppenfreistellung in Frage und ab 40% muss ein Unternehmen damit rechnen, als marktbeherrschend beurteilt zu werden.

Klar kartellrechtswidrige Klauseln dürfen nicht vereinbart werden. Sie nützen nichts, denn sie sind nichtig. Zudem setzen sich die betroffenen Unternehmen einem Sanktionsrisiko aus.

Nicht immer wird sich aber mit Sicherheit sagen lassen, ob eine Klausel gültig oder kartellrechtswidrig ist. Bei solchen Grenzfällen liegt die Gefahr für die beteiligten Unternehmen weniger im Sanktionsrisiko<sup>366</sup> als vielmehr darin, dass die vertragsmüde Partei die Möglichkeit hat, sich unter Berufung auf eine Teilnichtigkeit von ihren Pflichten loszusagen.

Andererseits ist zu bedenken, dass sich die Unternehmen von der beabsichtigten Vertragsklausel einen Nutzen versprechen. Bei Grenzfällen kategorisch und ohne Risikoabwägung auf alle kritischen Klauseln zu verzichten, ist nicht sinnvoll. Diese sogenannte Over-Compliance ist weder betriebs- noch volkswirtschaftlich erwünscht. Wie weit man hier gehen will, ist ein unternehmerischer Entscheid, bei welchem jedoch marktmächtige oder kartellrechtlich exponierte Unternehmen besonders vorsichtig sein müssen.

<sup>362</sup> CH: zur Praxis siehe *Amstutz/Carron* in BSK KG, Art. 7 KG N 147; *Weber/Volz*, Rz. 2.597 ff; EU: *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 113 f.

<sup>363</sup> *Weber/Volz*, Rz. 2.586.

<sup>364</sup> *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 109.

<sup>365</sup> *Wirtz* in Mäger (Hrsg.), 6. Kapitel, Rn. 110.

<sup>366</sup> Im europäischen Kartellrecht wird nur eine Geldbusse verhängt, wenn vorgängig die relevanten Bestimmungen durch Urteile der Gerichte oder Kommissionsentscheidungen geklärt worden sind (*Zäch/Künzler*, 743). Im schweizerischen Kartellrecht sind von vornherein nur die qualifizierten Abreden mit Sanktionen bedroht (siehe vorne II.13).

**Literaturverzeichnis**

- Ammann Martin/Strebel Mario*, Die KMU-Bekanntmachung der Weko, sic! 11 (2007) 228ff.;
- Amstutz Marc/Reinert Mani* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (Basel 2010);
- Bernhard Jochen*, Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote zwischen Unternehmen, in: NJW 38 (2013), 2785 ff.;
- Böni Franz/Wassmer Alex*, Über-/Unterpreisofferten im Umfeld von Arbeitsgemeinschaften, in: Jusletter 11. November 2013;
- Borer Jürg*, Wettbewerbsrecht I, Kommentar – Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. A. Zürich 2011;
- Bosch Wolfgang/Dallmann Michael*, Überraschende Marktstellung und relative Marktmacht in den Kartellrechtsordnungen der Europäischen Union, Deutschlands und der Schweiz, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006;
- Brandi-Dohrn Matthias*, Welche kartellrechtlichen Regeln gelten für den vertikalen FuE-Auftrag? WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis 11 (2009), 1348 ff.;
- Bühlmann Lukas/Schirnbacher Martin*, Kartellrecht und Internetvertrieb, in: Jusletter 30. Mai 2011;
- Von *Dietze Philipp/Janssen Helmut*, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 4. A. München 2011;
- Geiser Thomas/Krauskopf Patrick/Münch Peter* (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005;
- Giger Gion*, «Jovani», Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. Mai 2010, sic! 2011, 574 ff.;
- Giger Gion*, Vertikale Abreden – Entwicklung im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 14 (2010), 859 ff.;
- Graber Andrea/Krauskopf Patrick*, Die neue Vertikalbekanntmachung – ein Leitfaden für Praktiker, sic! 12 (2008), 781 ff.;
- Heinemann Andreas*, Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, in: 10 Jahre sic! das Immaterialgüterrecht und seine Schnittstellen, Zürich 2008 (PMMBI 2008 I 33 ff.);
- Heizmann Reto A.*, Relative Marktmacht, überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 2010 172 ff.;
- Heizmann Reto A./Zäch Roger*, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009 194 ff.;
- Hilty Reto M.*, Lizenzverträge und Art. 5 KG, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006;
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Berti Stephen V.*, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. A. Basel 2007;
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang* (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. A. Basel 2011;
- Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. A. 2012 München;
- Jacobs Reto*, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006;
- Mäger Thorsten* (Hrsg.), Europäisches Kartellrecht, 2. A. Baden-Baden 2011;
- Peter Matthias*, Negative Feststellungsklagen am Deliktsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO/LugÜ, in: Jusletter 12. August 2013;
- Prangenberg Jonas*, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, in: Jusletter 12. August 2013;
- Ruggli Monika*, Agentur und Kommission im Kartellrecht, sic! 2006, 159 ff.;
- Ruggli Monika/Vischer Markus*, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 102 (2006) 294 ff.;
- Sturny Monique*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts, Basel 2012, 107 ff.;
- Vogel Bernhard*, Der Franchise-Vertrag – Wettbewerbliche Behandlung typischer Bindungen nach Schweizer Kartellrecht, Diss. Zürich 2006;
- Weber Rolf H./Vlcek Michael*, Tafeln zum Kartellrecht, Bern 2008;
- Weber Rolf H./Volz Stephanie*, Wettbewerbsrecht, Zürich 2013;
- Wiedemann Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. A. München 2008;
- Zäch Roger*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A. Bern 2005;
- Zäch Roger*, Querverbindungen bzw. «Harmonisierung» des schweizerischen mit dem Europäischen Kartellrecht, in: Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess (Baden-Baden 2008) 183 ff.;
- Zäch Roger/Künzler Adrian*, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Bechtold Stefan/Jickeli Joachim/Rohe Matthias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift Wernhard Möschel, Baden-Baden, 2011;
- Zürcher Johann Jakob*, Drei Jahre revidiertes Kartellrecht, SJZ 104 (2008) 1 ff.;
- Zenhäusern Urs*, Ausländisches Kartellrecht: Fallstricke für schweizerische Unternehmen, in: Das neue Kartellrecht, Baker & McKenzie, Zürich 1996.