
Daniel Emch/Lorenz Hadorn

**Parallelimporte im Kraftfahrzeughandel
aus kartellrechtlicher Sicht**

Sonderdruck aus

Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2014

Herausgegeben von

René Schaffhauser

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag · 2014

Parallelimporte im Kraftfahrzeughandel aus kartellrechtlicher Sicht

Dr. iur. DANIEL EMCH, Rechtsanwalt, LL.M., Kellerhals Anwälte, Bern

MLaw LORENZ HADORN, Rechtsanwalt, Kellerhals Anwälte, Bern

Inhaltsübersicht

Abstract	141
1. Einleitung.....	142
2. Gebietsschutzabreden im Kraftfahrzeugsektor	142
2.1 Wettbewerbsrechtliche Regeln zu Gebietsschutzabreden...	142
2.2 Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission.....	144
a) Der Fall BMW	144
b) Der Fall Harley-Davidson.....	146
2.3 Gerichtspraxis.....	146
3. Fazit und Ausblick.....	148

Abstract

Der vorliegende Artikel fasst die Praxis der Wettbewerbskommission in Parallelimportfällen im Kraftfahrzeughandel zusammen. Es zeichnet sich ab, dass in ausländischen Verträgen enthaltene Exportverbote von der Schweizer Wettbewerbskommission generell als unzulässig eingestuft werden, obwohl das Schweizer Kartellgesetz für eine Untersagung und Sanktionierung grundsätzlich voraussetzen würde, dass die untersuchte Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Zu Verunsicherung hat das kürzlich ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Gaba (Elmex Zahnpasta) geführt. Gemäss diesem Urteil soll es bei der Frage, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, nicht auf quantitative Kriterien (Marktanteile) ankommen. Vielmehr soll der Nachweis einer bestimmten Abredeform genügen, um eine Sanktion (Busse) auszusprechen. Damit ist klar, dass Hersteller/Importeure und Händler von Neuwagen Direktimporte durch Schweizer Konsumenten sowie Parallelimporte durch Händler uneingeschränkt zulassen müssen, und zwar selbst bei vernachlässigbaren Marktanteilen.

1. Einleitung

Die nachfolgenden Ausführungen geben einen Überblick über den derzeitigen Stand der wettbewerbsrechtlichen Praxis im Bereich der Behinderung von Parallelimporten im Kraftfahrzeugsektor.

2. Gebietsschutzabreden im Kraftfahrzeugsektor

Bereits um die Jahrtausendwende brachte die Wettbewerbskommission in den Entscheiden *Volkswagen Vertriebsystem*¹ und *Système de distribution Citroën*² zum Ausdruck, dass Gebietsschutzabreden gegen das Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) verstossen.³ Im Jahr 2012 schritt die Wettbewerbskommission im Fall *BMW* resolut gegen die Behinderung von Parallelimporten im Kraftfahrzeughandel ein und büsste die Konzerngesellschaft in München mit einer Sanktion von rund CHF 156 Mio.

Grund genug also, um den *status quo* in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Gebietsschutzabreden⁴ zur Behinderung von Parallelimporten im Automobilssektor näher zu betrachten.

2.1 Wettbewerbsrechtliche Regeln zu Gebietsschutzabreden

Unter den wettbewerbsrechtlichen Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG fallen rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Art. 5 Abs. 4 KG enthält eine gesetzliche Vermutung, wonach Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen

¹ RPW 2000/2, *Volkswagen Vertriebsystem*, 209 Rz 50: VW wurde vorgeworfen, mit den Händlern im Ausland ein Passivverkaufsverbot vereinbart zu haben, welche es Schweizer Nachfragern verunmöglichte, Autos der Marke VW im Ausland zu kaufen. Die Untersuchung wurde ohne Folgen eingestellt, weil dieses Passivverkaufsverbot nicht nachgewiesen werden konnte. Hätte die WEKO die Abrede nachweisen können, wäre sie als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung und damit als unzulässige Verhaltensweise qualifiziert worden.

² RPW 2002/3, *Système de distribution Citroën*, 459 ff. Rz 18 ff.: Den Vertriebspartnern von *Citroën* war es faktisch verboten, Fahrzeuge bei Vertriebspartnern ausserhalb der Schweiz zu erwerben. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtete sich *Citroën*, die Querlieferungsverbote aufzugeben.

³ Vgl. zu den Fällen *Citroën* und *Volkswagen* die kritische Fallstudie bei MARKUS SAURER, *Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?*, Avenir Suisse, Diskussionspapier Nummer 02/2008, Zürich 2008, 23 ff.

⁴ Vgl. zum Begriff des absoluten Gebietsschutzes KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Basel 2010, Art. 5 N 527 ff. m.w.H.

werden, wirksamen Wettbewerb beseitigen. Darunter fällt insbesondere das Verbot von Passivverkäufen an andere Händler oder Endkunden, also die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem Gebiet, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder einem anderen Händler zugewiesen hat.⁵

Erfüllt eine Vereinbarung den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, ist sie nur in jenen Fällen unzulässig und sanktionsbedroht, in welchen sie den wirksamen Wettbewerb *beseitigt* oder zumindest *erheblich beeinträchtigt* und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) gerechtfertigt werden kann.

Für den Kraftfahrzeugsektor hat die Wettbewerbskommission eigens eine Bekanntmachung erlassen, die insbesondere in der Branche eine nicht zu unterschätzende Akzeptanz genießt, indem sie von den Akteuren auf dem Markt wie ein «Gesetz» umgesetzt wird.⁶ Anders als die EU entschied sich die Wettbewerbskommission, die *sektorspezifische* KFZ-Bekanntmachung, welche auch den Vertrieb von Neuwagen regelt, vorläufig beizubehalten.⁷ In Bezug auf Parallelimporte hält Ziff. 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung fest: Im selektiven Vertriebssystem⁸ stellt u.a. die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkung bei einem im EWR tätigen Händler zu beziehen, in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar, die nicht gerechtfertigt ist.⁹ Der Kraftfahrzeuglieferant kann den zugelassenen Händlern indes vorschreiben, lediglich an andere zugelassene Händler der ent-

⁵ Vgl. Ziff. 3 und Ziff. 10 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vert-Bek), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010.

⁶ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002. In Wirklichkeit handelt es sich bei dieser Bekanntmachung aber bloss um eine Praxisfestlegung der Wettbewerbskommission, welche für die Gerichte unverbindlich ist.

⁷ Vgl. Pressemitteilung der Wettbewerbskommission vom 27.07.2012; zwar strebt die Wettbewerbskommission mittelfristig an, in der Anwendung des Schweizerischen Kartellgesetzes auch im Automobilbereich weitgehend kompatibel mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht zu sein. Indes dürften die Unterschiede derzeit nur untergeordneter Natur sein, zumal die in der EU ab Juni 2013 geltenden Bestimmungen weitgehend gleich geblieben sind (Unterschiede betreffen den Mehrmarkenvertrieb sowie die Händlerschutzklauseln).

⁸ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich der Kraftfahrzeuglieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und in denen sich diese Händler oder Werkstätten verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen (Ziff. 3 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung).

⁹ Die KFZ-Bekanntmachung stammt aus der Zeit vor Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb in Ziff. 11 der dazugehörigen Erläuterungen der Wettbewerbskommission festgehalten wird, dass die Wettbewerbskommission Preis- und Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beizug der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikal-Bekanntmachung prüft.

sprechenden Marke (Querlieferungen), an Endverbraucher und an bevollmächtigte Vermittler, welche im Namen des Endverbrauchers handeln, zu verkaufen.¹⁰

Vor diesem Hintergrund erhellen nachfolgende Ausführungen.

2.2 Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission

a) Der Fall BMW

Nach einem Bericht in der Sendung «Kassensturz» des Schweizer Fernsehens zum Thema Autoimport, ausgestrahlt am 19. Oktober 2010, gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission diverse Meldungen von Kaufinteressenten ein, welche erfolglos versucht hatten, im grenznahen Ausland bei einem Händler ein Kraftfahrzeug der Marke BMW oder MINI zu erwerben. In der Folge eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen eine Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG.

Im Rahmen dieser Untersuchung stellte die Behörde fest, dass der Kraftfahrzeuglieferant mittels einer Klausel in den Händlerverträgen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) Direkt- und Parallelimporte¹¹ behindert habe. Gemäss dieser Klausel war es den zugelassenen Händlern im EWR untersagt, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Abnehmer ausserhalb des EWR zu verkaufen.¹² Unter Kartellrechtlern sind derartige Klauseln mittlerweile bekannt als sog. «EWR-Klauseln», da sich auch in anderen Verfahren zeigte, dass Hersteller ihren Vertriebspartnern vergleichbare Verkaufsbeschränkungen auferlegt haben (mithin wohl meist ohne die Absicht, eine «Abschottung des Schweizerischen Marktes» herbeiführen zu wollen).¹³

¹⁰ Siehe Ziff. 14 der Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel.

¹¹ Unter «Direktimporten» subsumiert die Wettbewerbskommission Importe durch Endkunden; Importe durch Händler als «Parallelimporte». Die Europäische Kommission hingegen verwendet den Begriff «Parallelimporte» im Automobilbereich für die Summe grenzüberschreitender Verkäufe. Erfasst werden dabei Verkäufe durch Händler, die dem offiziellen Vertriebsnetz angehören, an nicht dem Vertriebsnetz angehörende Händler (sog. Wiederverkäufer) in anderen Mitgliedstaaten, an andere, dem Vertriebsnetz angehörende Händler aus anderen Mitgliedstaaten sowie Verkäufe an Endverbraucher aus anderen Mitgliedstaaten, sei es direkt oder unter Einschaltung eines Vermittlers (KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 19 VW; RPW 2012/3, *BMW*, 542 Fn 11).

¹² RPW 2012/3, *BMW*, 549 Rz 85 f.

¹³ Vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission i.S. Nikon vom 28. November 2011, Rz 119 (noch nicht im RPW publiziert, einsehbar unter www.weko.ch >Aktuell >Letzte Entscheide).

Nach Ansicht der Wettbewerbskommission führte die Abrede dazu, dass Konsumenten in der Schweiz nicht von den beträchtlichen Wechselkursvorteilen profitieren konnten. Wegen des Wertes der betroffenen Güter wären diese Vorteile für die einzelnen Konsumenten, zumindest kurzfristig, d.h. bis BMW und ihre Vertriebspartner die Preise den neuen Gegebenheiten angepasst hätten, bedeutend gewesen. Die «Abschottung des Schweizer Marktes» führte gemäss Ansicht der WEKO auch zu einem geringeren Wettbewerbsdruck auf die Endverkaufspreise für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI in der Schweiz. Aus diesen Gründen kam die Behörde zum Ergebnis, dass der Wettbewerb auf den Produktmärkten «Kleinwagen», «untere Mittelklasse», «obere Mittelklasse», «Oberklasse» und «Luxusklasse» zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt worden sei. BMW wurde für dieses Verhalten mit einer Sanktion von CHF 156 Mio. belegt und musste die Händlerverträge im EWR anpassen sowie die Exportverbotsklausel aufheben. Zu bezweifeln bleibt bei dieser Entscheidung, ob tatsächlich von einer *erheblichen Beeinträchtigung* des wirksamen Wettbewerbs gesprochen werden kann, da die Schweizer Konsumenten auf andere Marken (*Interbrand*-Wettbewerb) oder auf den Occasionshandel ausweichen können und damit in keiner Weise gezwungen sind, einen *Neuwagen* der Marken *BMW* oder *Mini* zu kaufen. Dieser Wettbewerbsdruck hätte zweifellos auch dazu geführt, dass BMW und die dem Vertriebsnetz angeschlossenen Händler mittelfristig die Wechselkursvorteile den Schweizer Konsumenten hätten weitergeben müssen.

Nicht gebüsst wurden die BMW-Händler in der Schweiz und im Ausland. Inwieweit neben dem Hersteller resp. dem Anbieter auch der Vertriebspartner mit einer Sanktion belegt werden soll, wurde in der Vergangenheit von der Wettbewerbskommission im Übrigen nicht einheitlich gehandhabt. In gewissen Fällen von Vertikalabreden wie *Sécateur et cisailles*¹⁴ oder *Gaba*¹⁵ sanktionierte die WEKO auch die Vertriebspartner mit einem symbolischen Betrag von CHF 5'000.– resp. CHF 10'000.–. In anderen Fällen wie *Nikon*¹⁶ oder *BMW*¹⁷ verzichtete die WEKO auf eine Sanktionierung der Vertriebspartner aus Gründen der asymmetrischen Interessenlage, der Durchsetzungsschwierigkeit bei Auslandsachverhalten sowie gestützt auf die Praxis der Europäischen Kommission.¹⁸

¹⁴ RPW 2009/2, *Sécateurs et cisailles*, 156 Rz 98 ff.

¹⁵ RPW 2010/1, *Gaba*, 113 Rz 375 ff.

¹⁶ Vgl. Entscheid Nikon vom 28. November 2011 (Fn 13), 73 Rz 345 ff.

¹⁷ RPW 2012/3, *BMW*, 551 Rz 107 ff.

¹⁸ Vgl. Entscheide aus dem Automobilsektor: KOMM, ABl. 2006 L 173/20, Rz 14 ff., *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA*; bestätigt durch Urteil des EuGH vom 9.7.2009 T-450/05 *Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009, II-2533; KOMM, ABl. 2001 L59/1, *Opel*; und KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 128, *VW*, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P *Volkswagen AG*, Slg. 2003, I-9189, Rz 52 ff.

b) Der Fall Harley-Davidson

Der Fall BMW ist nicht der jüngste Entscheid der Wettbewerbsbehörden im Kraftfahrzeugsektor. Am 24. September 2013 veröffentlichte das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Schlussbericht zur Vorabklärung i.S. Harley-Davidson Switzerland GmbH wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG (konkret: absoluter Gebietsschutz, Festlegung von Wiederverkaufspreisen, Preisempfehlungen und Behinderung des Online-Handels).¹⁹ Es stellte sich heraus, dass die US-Händlerverträge zwischen Harley-Davidson Inc. und ihren Harley-Davidson-Händlern in den USA ein Exportverbot enthielten bezüglich Harley-Davidson Motorrädern, Zubehör und Ersatzteilen, Accessoires und Motorradbekleidung.²⁰ Obwohl die Behörde wie im Fall BMW davon ausging, dass diese Abreden den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen und damit die Vermutung zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greifen würde, kamen die Wettbewerbshüter schliesslich zu einem anderen Ergebnis und hielten fest, dass die geringe Anzahl an Parallelimporten aus den USA nicht Auswirkung des bestehenden Exportverbots sei, sondern dass vielmehr die mit dem Import eines Motorrads verbundenen Kosten der Grund für die geringen Importquoten seien.²¹ Berücksichtigt wurde auch die Tatsache, dass Direkt- und Parallelimporte aus dem EWR-Raum offenbar unbeschränkt möglich waren.²²

Trotz «qualitativ schwerwiegender Abrede» kam das Sekretariat der Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die US-Exportverbote zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten in der Schweiz führen würden.²³

2.3 Gerichtspraxis

Bislang existiert keine Gerichtspraxis der Rechtsmittelinstanzen zu Gebietschutzabreden im Kraftfahrzeugsektor. Indes hat das Bundesverwaltungsgericht kürzlich einen wegweisenden Entscheid gefällt, der für die Weiterentwicklung des Kartellrechts in der Schweiz von erheblicher Bedeutung ist. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte einen Entscheid der Wettbewerbs-

¹⁹ RPW 2013/3, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*, 285 ff.

²⁰ RPW 2013/3, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*, 288 Rz 31 ff.

²¹ RPW 2013/3, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*, 308 Rz 172 und 313 Rz 208.

²² RPW 2013/3, *Harley-Davidson Switzerland GmbH*, 314 Rz 212.

²³ Zu einem vergleichbaren Ergebnis kam kürzlich auch die Wettbewerbskommission in der Untersuchung im Bereich Kosmetikprodukte: Trotz nachgewiesener Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG sei aufgrund der *beschränkten Bekanntheit der Marke*, des *sehr geringen Marktanteils* und der *eher bescheidenen Preisdifferenzen zum Ausland* nicht davon auszugehen, dass die Gebietsschutzklausel erhebliche Auswirkungen auf den schweizerischen Markt gehabt habe; RPW 2014/1, *Kosmetikprodukte (Dermalogica)*, 184 ff.; vgl. hierzu auch RETO JACOBS, *Entwicklungen im Kartellrecht / Le point sur le droit des cartels*, SJZ 110/2014, 229, 230 f.

kommission gegen die Herstellerin von Elmex Zahnpasta, wonach diese ihrer österreichischen Lizenznehmerin vertraglich verboten habe, Vertragsprodukte ins Ausland und damit auch in die Schweiz zu exportieren.²⁴ Die WEKO qualifizierte dieses Exportverbot als unzulässigen absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und sanktionierte die Herstellerin mit CHF 4.8 Mio.²⁵ Zwar darf es aus der Sicht des Schweizer Konsumenten als störend empfunden werden, dass für die Tube Elmex-Zahnpasta in der Schweiz mehr bezahlt werden muss als bspw. in Deutschland. Trotzdem darf bei diesem Fall die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung in Frage gestellt werden, da in der Schweiz die Konsumentinnen und Konsumenten nicht gezwungen sind, Zahnpasta der Marke Elmex zu erwerben. Andere Hersteller und insbesondere Grossverteiler bieten genügend Alternativprodukte an, sodass ausreichend *Interbrand*-Wettbewerb, d.h. Wettbewerb zwischen verschiedenen Zahnpastaherstellern und ihren Vertriebsnetzen herrschen dürfte.

Bemerkenswert am Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist aber gerade die Begründung der Erheblichkeit: Ohne jeglichen Verweis auf die einschlägige Lehre oder die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission noch diejenige des Bundesgerichts sei die Erheblichkeit zu bejahen, weil der Gesetzgeber bei solchen Wettbewerbsabreden die Beseitigung des Wettbewerbs vermute, woraus «a maiore ad minus» folge, dass in solchen Fällen unabhängig von allfälligen Marktanteilen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliege.²⁶ Würde diese Argumentation vom Bundesgericht bestätigt, wäre damit jegliche unter Art. 5 Abs. 4 KG fallende Abrede unzulässig und sanktionierbar. Zudem würde auf dem Rechtsprechungsweg das sog. Teilkartellverbot eingeführt, welches Gegenstand der laufenden, aber vom Nationalrat abgelehnten Kartellgesetzrevision bildet. Beim Teilkartellverbot sollen – im Gegensatz zum geltenden Recht –, gewisse Abredeformen unabhängig von ihren volkswirtschaftlichen Auswirkungen untersagt und sanktioniert werden können.

Dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wurde an das Bundesgericht weitergezogen. Man darf gespannt darauf sein, wie das Bundesgericht die Frage der Erheblichkeit in diesem Fall beurteilen wird, zumal es sich in

²⁴ Urteil des BVGer vom 19. Dezember 2013, B-506/2010.

²⁵ RPW 2010/1, *Gaba*, 65 ff.

²⁶ Urteil des BVGer vom 19. Dezember 2013, B-506/2010, E.11.3.4. Das Bundesverwaltungsgericht fügt seiner Beurteilung zwar noch das Wort «grundsätzlich» bei, unterlässt es aber, weitergehende Erläuterungen zu geben – folglich scheint unklar, ob diese Regelung absolut gilt oder ob eben doch Ausnahmen möglich bleiben sollen, z.B. wenn die Auswirkungen einer Abrede derart minim sind, dass sich eine anderweitige Beurteilung geradezu aufdrängt.

einem horizontalen Abredefall bereits deutlich für eine Einzelfallprüfung anhand von Marktanteilsüberlegungen ausgesprochen hat.²⁷

3. Fazit und Ausblick

Die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden ist ambivalent. Einerseits wurde BMW mit der vollen Härte des revidierten Kartellgesetzes bestraft, während Harley-Davidson ungeschoren davonkam. Im BMW-Fall herrschte in den relevanten Märkten gemäss Ansicht der Wettbewerbskommission funktionierender Interbrandwettbewerb;²⁸ es gibt also für den Konsumenten grundsätzlich Ausweichmöglichkeiten. Die Frage darf also aufgeworfen werden, ob BMW schlussendlich ein Opfer der Frankenstärke/Euroschwäche geworden ist. Das Exportverbot existierte bereits seit vielen Jahren, ohne dass dieses vor den erheblichen Währungsschwankungen zu nennenswerten Auswirkungen geführt hat. Selbst ohne Einschreiten der Wettbewerbsbehörden hätte sich BMW mittelfristig nicht dem Wettbewerbsdruck auf dem Schweizerischen Markt entziehen können und hätte die Preise anpassen müssen.

Zurückzuweisen ist die Praxisänderung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach sog. Hardcore-Abreden in jedem Fall unzulässig sind, unabhängig von den jeweiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die Lehre geht denn auch fast einhellig davon aus, dass selbst bei solchen Abreden der Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung erbracht werden muss. So bringt bereits der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 1 KG explizit zum Ausdruck, dass nicht jede Wettbewerbsbeschränkung, sondern nur diejenigen, welche den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt erheblich beeinträchtigen, von den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes überhaupt erfasst werden. Im Umkehrschluss müssen folglich unerhebliche Beeinträchtigungen ohne Weiteres zulässig sein.²⁹ Gegen eine reine Betrachtung der Form der Abrede ohne Berücksichtigung der quantitativen Auswirkungen sprechen sich u.a. AMSTUTZ/CARRON/REINERT aus.³⁰ Gemäss AD-

²⁷ Im Bücherfall (BGE 129 II 18, 24 E. 5.2) hielt das Bundesgericht explizit fest, dass bei der Prüfung der Erheblichkeit auch quantitative, d.h. Marktanteilsüberlegungen notwendig sind.

²⁸ RPW 2012/3, *BMW*, 575 Rz 268.

²⁹ JÜRGEN BORER, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3., überarbeitete Auflage 2011, Art. 5 N 17 m.w.H.

³⁰ AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.): *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2012, art. 5 LCart N 139. Zu Recht weist HENRIQUE SCHNEIDER darauf hin, dass damit insbesondere für KMU ein (nicht intendierter, aber in Kauf genommener) Anreiz geschaffen würde, auf effiziente Kooperationsformen zu verzichten (vgl. HENRIQUE SCHNEIDER, Änderung des Schweizerischen Kartellgesetzes: Eine Kritik, in: *sic!* 2013, 20). Der Autor hält zudem fest, dass das alleinige Abstellen auf die Form der Abrede mit Verweis auf Art. 96 BV als verfassungswidrig einzustufen sei, weil dem Bund nur die Kompetenz

RIAN RAASS ist die Begründung oder Verstärkung von Marktmacht durch eine Wettbewerbsabrede eine sowohl hinreichende als auch notwendige Voraussetzung für die Bejahung der Erheblichkeit, womit zwangsläufig auch quantitative Überlegungen erforderlich werden.³¹ Nur ein kleiner Teil der Lehre spricht sich bei der Erheblichkeitsprüfung für das alleinige Abstellen auf qualitative Kriterien aus.³²

Gleichwohl sind die Generalimporteure und die ausländischen Kraftfahrzeughersteller derzeit gut beraten, von vertraglichen Exportverboten für Verkäufe an in der Schweiz ansässige zugelassene Händler (sog. Querlieferungen), Endverbraucher und bevollmächtigte Vermittler abzusehen. Dabei müssen gemäss aktueller Praxis nicht nur die Verträge im grenznahen EU-Ausland, sondern auch die Vertriebsverträge mit Händlern aus Übersee auf ihre Konformität mit dem Schweizer Kartellgesetz hin überprüft werden.³³ Damit verfügt die Schweiz im Bereich des Kartellrechts über eine Gerichts- und Behördenpraxis, die der vielbeklagten extraterritorialen Anwendung des U.S.-amerikanischen Rechts in keiner Weise nachsteht.

Kritisch sind auch Bezugsbeschränkungen, welche die Händler verpflichten, die Fahrzeuge bei einer bestimmten Quelle zu erwerben.³⁴ Auch der Informationsaustausch zwischen Händlern und Lieferanten kann gemäss Praxis der WEKO eine Wettbewerbsabrede begründen. Die Vorgabe, wonach eine Händlerin die Hersteller darüber zu informieren hat, wohin es seine Ware verkauft, kann der Behinderung von Parallelhandel förderlich sein. Im Entscheid *Gaba* führte die Wettbewerbskommission in einem ähnlichen Zusammenhang bereits aus, dass die Pflicht, den Hersteller bei Exporten in ein bestimmtes Gebiet zu informieren, dem Hersteller die Möglichkeit gibt, auf die Exporte Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen.³⁵ Mit anderen Worten erachtete die WEKO eine solche Informationspflicht als grundsätzlich geeignet, Parallelimporte zu behindern, wobei die Informationspflicht für sich allein genommen noch keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG begründen könne.³⁶ Hierzu bedarf es aber freilich weiterer Hinweise für einen absoluten Gebietsschutz.

eingedrückt werde, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen, nicht aber gegen Kartelle insgesamt.

³¹ ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, in: sic! 2004, 923.

³² ANDREAS HEINEMANN, Weichenstellung im Kartellrecht, in: SJZ 109/2013, 373 ff.

³³ Hierzu kritisch DAVID MAMANE, Abschottung des Schweizer Marktes, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 59 f., der richtigerweise festhält, dass eine Exportverbotsklausel in einzelnen Verträgen nicht ausreicht, um eine Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG anzunehmen.

³⁴ Entscheid Nikon vom 28. November 2011 (Fn 13), Rz 226.

³⁵ RPW 2010/1, *Gaba*, 80 Rz 130.

³⁶ RPW 2012/3, *Rabatdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz* (Beratungsanfrage), 524 f.

Stichwörter

Automobilhandel; Direktimport; Exportverbot; Gebietsschutzabrede; Kartellgesetz; Kartellrecht; Parallelimport; Wettbewerbsbehinderung; Wettbewerbsbeschränkung.