

Aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen im Automobilsektor

CARLA BEURET*

Im Automobilsektor hat sich in letzter Zeit aus kartellrechtlicher Sicht einiges bewegt. Der vorliegende Beitrag beleuchtet drei wesentliche Entwicklungen: erstens ein Urteil des BGer zur Beschwerdelegitimation in hybriden Verfahren; zweitens die Urteile verschiedener kantonaler Zivilgerichte zu Klagen von Autogaragen auf Aufnahme ins offizielle Servicepartnernetz und drittens die Aktualisierung der KFZ-Bekanntmachung und der zugehörigen Erläuterungen der Wettbewerbskommission.

Dans le secteur automobile, beaucoup de changements ont eu lieu récemment du point de vue du droit de la concurrence. Le présent article examine trois nouveaux développements majeurs: d'une part, un arrêt du TF sur le droit de recours dans les procédures hybrides; d'autre part, les jugements de différents tribunaux civils cantonaux sur les actions intentées par des garages automobiles en vue de leur intégration dans le réseau officiel des partenaires de service; et enfin, la mise à jour de la Communication automobile et les notes explicatives correspondantes de la Commission de la concurrence.

- I. Einleitung
 - II. Bundesgerichtsurteil zur Beschwerdelegitimation in hybriden Verfahren
 - 1. Beschwerdelegitimation nach VwVG
 - 2. Keine materielle Beschwer
 - 3. Keine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens
 - 4. Kritische Würdigung
 - III. Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes im Automobilsektor
 - 1. Praxis der Zivilgerichte
 - 2. Kritische Würdigung
 - IV. Aktualisierung der KFZ-Bekanntmachung und der KFZ-Erläuterungen
 - 1. Anpassung ans «Gaba»-Urteil des BGer
 - 2. Anpassung an die aktuelle Praxis
 - 3. Anpassung der Geltungsdauer
 - V. Fazit und Ausblick
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Das BGer hat sich mit Urteil vom 8. Mai 2019 in Sachen *Verband der Partner des Volkswagenkonzerns (VPVW)*¹ zum ersten Mal zur Beschwerdelegitimation in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren geäussert, in dem nur mit einem Teil der Parteien eine einvernehmliche Regelung (EVR) abgeschlossen wurde (sog. «hybrides Verfahren»)². Es bestätigte das BVer in seinem Urteil, wonach die nicht an der EVR beteiligten Parteien (Nicht-EVR-Parteien) nicht zur Anfechtung der gegenüber der an der EVR beteiligten Partei (EVR-Partei) ergangenen Teilverfügung legitimiert waren³. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit der Begründung des BGer auseinander (II.). Denn diese hat

* Dr. iur., Referentin im WEKO-Sekretariat, Bern. Die Autorin gibt ihre persönliche Auffassung wieder. Sie dankt Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, Präsident der WEKO, Prof. Dr. iur. Patrik Ducrey, Direktor des WEKO-Sekretariats, Dr. rer. pol. Andrea Graber Cardinaux, Vizedirektorin des WEKO-Sekretariats, Dr. iur. Beat Zirlick, Leiter Recht des WEKO-Sekretariats, Alessandro Sia, Referent im WEKO-Sekretariat, und Tamara Schaffner, wissenschaftliche Mitarbeiterin im WEKO-Sekretariat, für die kritische Durchsicht des Beitrags.

¹ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (zur Publikation vorgesehen).

² WEKO-Sekretariat, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 13, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> 'Dokumentation' Bekanntmachungen/Erläuterungen (September 2019).

³ BVer vom 3. Mai 2018, B-5107/2016, RPW 2018, 457 ff.

mögliche Konsequenzen auf hybride Verfahren in anderen Fällen, die sich allerdings in wesentlichen Punkten vom *VPVW*-Verfahren⁴ unterscheiden.

Neben der WEKO und deren Rechtsmittelinstanzen (BVGer und BGer) sind auch die kantonalen Zivilgerichte mit der Durchsetzung des Kartellgesetzes⁵ betraut. Dieser parallele Weg existiert seit dessen Inkrafttreten im Juli 1996 und damit seit über 20 Jahren. Die kartellzivilgerichtliche Rechtsprechung, die seither stattgefunden hat, ist überschaubar. Interessanterweise betraf ein Grossteil der kartellzivilrechtlichen Klagen den Automobilsektor. Der vorliegende Beitrag beleuchtet, um was es in diesen Klagen mehrheitlich ging und wie die Zivilgerichte die Begehren beurteilten (III.).

Die Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung)⁶ gilt für vertikale Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von neuen KFZ (sog. Primärmarkt) sowie beim Vertrieb von Ersatzteilen und bei der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen (sog. Sekundär- oder Anschlussmarkt)⁷. Sie soll den Unternehmen und den Wettbewerbsbehörden als Orientierung bei der Prüfung der Vereinbarkeit solcher Vereinbarungen mit Art. 5 KG dienen⁸. Um sicherzustellen, dass die KFZ-Bekanntmachung und die KFZ-Erläuterungen den aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung und Behördenpraxis weiterhin entsprechen, hat die WEKO am 9. September 2019 verschiedene Anpassungen vorgenommen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Aktualisierung (IV.).

II. Bundesgerichtsurteil zur Beschwerdelegitimation in hybriden Verfahren

In der Untersuchung *VPVW* sanktionierte die WEKO mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 vier Autogaragen wegen deren Beteiligung an unzulässigen Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG⁹. Gegenüber der fünften Verfahrenspartei, die sich mit dem Sekretariat im Rahmen einer EVR über Massnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung geeinigt hatte (EVR-Partei), entschied die WEKO mit Teilverfügung vom 6. Juni 2016¹⁰. Die WEKO genehmigte die EVR und verzichtete auf eine Sanktion gegenüber der EVR-Partei, weil diese eine Selbstanzeige eingereicht hatte und die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllte¹¹. In der Folge fochten zwei Nicht-EVR-Parteien die Teilverfügung gegenüber der EVR-Partei an und beantragten im Wesentlichen, die Teilverfügung sei aufzuheben und die Untersuchung *VPVW* sei ohne Folgen einzustellen¹². Mit Urteil vom 3. Mai 2018 entschied das BVGer, auf die Beschwerden nicht einzutreten, weil es den Beschwerdeführerinnen an der entsprechenden Legitimation fehlte¹³. Das BGer bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 8. Mai 2019¹⁴. Dieses Urteil steht insofern mit dem Automobilsektor in Zusammenhang, als die ihm zugrunde liegenden Verfügungen der WEKO die Beurteilung von horizontalen Preiskartellen unter Autogaragen betrafen. Aufgrund des Gegenstands – der Beurteilung der Beschwerdelegitimation in hybriden Verfahren – ist das Urteil allerdings nicht nur für hybride Verfahren im Automobilsektor, sondern für sämtliche hybride Verfahren unabhängig vom betroffenen Wirtschaftsbereich von Bedeutung. Die folgenden Ausführungen (II.1.–4.) gelten daher nicht nur für hybride Verfahren im Automobilsektor.

1. Beschwerdelegitimation nach VwVG

Das BGer stellte zunächst klar, dass das Kartellgesetz keine spezifischen Regelungen zur Legitimation enthalte, weshalb die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zur Beschwerdelegitimation zur Anwendung gelangen¹⁵. Demnach sei zur Beschwerde ans BVGer legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen habe oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten habe

⁴ WEKO vom 19. Oktober 2015, RPW 2019, 84 ff., «*VPVW* Stammtische/Projekt Repo 2013» (Verfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien), und WEKO vom 6. Juni 2016, RPW 2017, 279 ff., «*VPVW* Stammtische/Projekt Repo 2013» (Teilverfügung gegenüber der EVR-Partei).

⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ Bekanntmachung der WEKO vom 29. Juni 2015 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Stand 9. September 2019; KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek).

⁷ Art. 12 Abs. 1 KFZ-Bek.

⁸ Rz. 1 der Erläuterungen der WEKO vom 29. Juni 2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Stand 9. September 2019; KFZ-Erläuterungen).

⁹ WEKO vom 19. Oktober 2015 (Fn. 4), 141.

¹⁰ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4).

¹¹ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4), 282.

¹² BVGer vom 3. Mai 2018, B-5107/2016 (Fn. 3), 458.

¹³ BVGer vom 3. Mai 2018, B-5107/2016 (Fn. 3), 463, E. 2.7.

¹⁴ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1).

¹⁵ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.1.

(*formelle Beschwer*), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sei und über ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung verfüge (*materielle Beschwer*¹⁶). Da die Legitimationsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssten, könne die Frage nach der formellen Beschwer offenbleiben, wenn sich erweise, dass es an der materiellen Beschwer fehle¹⁷.

2. Keine materielle Beschwer

Das BVGer war zum Schluss gekommen, dass es den Beschwerdeführerinnen an der *materiellen Beschwer* fehle: Die angefochtene Teilverfügung beschränke sich auf die Genehmigung der EVR und den Verzicht auf eine Sanktion gegenüber der EVR-Partei. Die Nicht-EVR-Parteien seien dadurch *nicht besonders berührt*. Einerseits handle es sich bei der EVR um eine prospektive Regelung ausschliesslich im Verhältnis zur EVR-Partei. Andererseits sei die rechtliche Würdigung des Sachverhalts mit der im Zeitpunkt der Teilverfügung bereits erlassenen Sanktionsverfügung¹⁸ gegenüber den Nicht-EVR-Parteien erfolgt; eine Aufhebung der Teilverfügung würde daher den Beschwerdeführerinnen *keinen praktischen Nutzen* bringen¹⁹.

3. Keine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens

Das BGer bestätigte das BVGer und erwog seinerseits, dass das Verfahren der EVR «nicht darauf angelegt [sei], gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig [sei] oder nicht. Würde nun einem Dritten die Legitimation zur Anfechtung der Teilverfügung zuerkannt mit der Begründung, es liege gar kein unzulässiges Verhalten vor, so müsste *systemwidrig in diesem Verfahren die Rechtmässigkeit des Verhaltens beurteilt werden*»²⁰.

Weiter führte das BGer aus, die Beschwerdeführerinnen seien durch «die EVR und ihre Genehmigung» in der Teilverfügung «nicht direkt betroffen»²¹. Die angefochtene Teilverfügung enthalte «*in ihrem Dispositiv keine Feststellungen über die Rechtswidrigkeit des in der Vergangenheit erfolgten Verhaltens*, sondern regl[e] nur das künftige Verhalten der [EVR-Partei] und einen Sanktionsverzicht. Selbst soweit in den Erwägungen der [Teilverfügung] das Verhalten, das der Regelung zugrunde lieg[e], als unzulässig bezeichnet [werde], [sei] dies bloss ein Begründungselement, das als solches nicht angefochten werden könne. Es [verhalte] sich hier *anders als bei einer Sanktionsverfügung, welche zugleich die Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens [feststelle]*, was zur Folge [habe], dass alle diejenigen, die dieses Verhalten [praktizierten], mit einer Sanktionierung oder Bestrafung rechnen [müssten] und deshalb zur Beschwerde legitimiert [seien]. Die hier streitige [Teilverfügung betreffe] demgegenüber ausschliesslich die Beschwerdegegnerin, welche die genehmigte [EVR] abgeschlossen [habe]»²².

4. Kritische Würdigung

a) Beschwerdelegitimation zu Recht verneint

Das BVGer und das BGer haben die Beschwerdelegitimation der Nicht-EVR-Parteien nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht verneint, weil diese durch die gegenüber der EVR-Partei ergangene Teilverfügung nicht materiell beschwert sind. Materiell beschwert sind sie durch die gegen sie gerichtete, im ordentlichen Verfahren ergangene Verfügung²³, die sie ebenfalls angefochten haben. Die entsprechenden Beschwerdeverfahren sind zurzeit vor BVGer hängig²⁴.

¹⁶ Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) i.V.m. Art. 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

¹⁷ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.2.2.

¹⁸ WEKO vom 19. Oktober 2015 (Fn. 4).

¹⁹ BVGer vom 3. Mai 2018, B-5107/2016 (Fn. 3), E. 2.4–2.7.

²⁰ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.5.2, kursive Hervorhebungen und Formulierungen in eckigen Klammern durch die Autorin.

²¹ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.5.3.

²² BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.5.3, kursive Hervorhebungen und Formulierungen in eckigen Klammern durch die Autorin.

²³ WEKO vom 19. Oktober 2015 (Fn. 4).

²⁴ BVGer, B-7756/2015; B-7920/2015; B-7834/2015.

b) Spezialfall VPVW

Die Begründung des BGer, weshalb die Nicht-EVR-Parteien durch die Teilverfügung nicht materiell beschwert sind, ist nach der hier vertretenen Auffassung allerdings insofern unklar, als das BGer u.a. darauf abstellt, dass in der angefochtenen Teilverfügung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens (im Dispositiv) nicht festgestellt wird (siehe vorne, I.3.)²⁵.

Denn in der WEKO-Untersuchung in Sachen VPVW trifft es zwar zu, dass die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung im Dispositiv nicht explizit festgestellt wurde, es handelt sich allerdings um einen Spezialfall, dies aus den folgenden Gründen: Da die EVR-Partei eine Selbstanzeige eingereicht und die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer allfälligen Sanktion erfüllt hatte, wurde in der ersten Teilverfügung vom 8. August 2014 ausnahmsweise nicht beurteilt, ob das Verhalten der EVR-Partei unzulässig war. Diese Frage wurde bewusst offengelassen, um den späteren Entscheid gegenüber den Nicht-EVR-Parteien nicht vorwegzunehmen. Weil die erste Teilverfügung vom BVGer – «mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO» zum Erlass solcher Teilverfügungen – für nichtig erklärt worden war²⁶, erliess die WEKO am 6. Juni 2016 – und damit erst nach der Verfügung im ordentlichen Verfahren²⁷ – eine neue Teilverfügung²⁸. In dieser Teilverfügung konnte die WEKO in der Begründung auf die zeitlich frühere Verfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren und die darin enthaltene Beurteilung der Unzulässigkeit des Verhaltens²⁹ sowie auf die Selbstanzeige der EVR-Partei verweisen³⁰. Im Dispositiv der angefochtenen Teilverfügung hat die WEKO zumindest implizit festgehalten, dass die EVR-Partei zwar an einer unzulässigen Abrede beteiligt war (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1 KG) und folglich zu sanktionieren wäre (Art. 49a Abs. 1 KG), aber infolge der Selbstanzeige auf eine Sanktion verzichtet wird (Art. 49a Abs. 2 KG)³¹. Somit enthält das Dispositiv der Teilverfügung zwar keinen expliziten, aber doch immerhin einen impliziten Verweis auf die Unzulässigkeit des Verhaltens.

c) Sequenziell hybride Verfahren

In der Regel schliesst die WEKO in den «hybriden Verfahren» das Verfahren gegenüber den EVR-Parteien vorzeitig mit einer Teilverfügung ab (sog. «sequenziell hybride Verfahren»)³². Die Wettbewerbsbehörden entsprechen damit dem zunehmenden Bedürfnis nach einem raschen individuellen Verfahrensabschluss gegenüber den EVR-Parteien³³. Um sicherzustellen, dass die WEKO bei ihrem späteren Entscheid gegenüber den Nicht-EVR-Parteien den Fall neutral beurteilen kann und aufgrund der zeitlich früheren Teilverfügung(en) nicht als befangen oder vorbefasst gilt, hat sie eine Kammer für Teilverfügungen eingeführt³⁴. Diese schliesst das Verfahren gegenüber den EVR-Parteien mit einer Teilverfügung ab, während die Untersuchung gegenüber den anderen Parteien weitergeführt wird (Art. 19 GR-WEKO³⁵). Die Kammer für Teilverfügungen hat bereits in mehreren hybriden Verfahren Teilverfügungen erlassen³⁶.

²⁵ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018; 2C_525/2018 (Fn. 1), E. 2.5.2 f.

²⁶ BVGer vom 13. April 2016, B-5293/2014, RPW 2017, 338 ff., 342, E. 5.9.

²⁷ WEKO vom 19. Oktober 2015 (Fn. 4).

²⁸ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4).

²⁹ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4), 280.

³⁰ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4), 281.

³¹ WEKO vom 6. Juni 2016 (Fn. 4), 282, Dispositivziffer 2.

³² WEKO-Sekretariat, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen (Fn. 2), Rz. 6, 8 und 13.

³³ S. MEIER/D. BRUCH, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), Kartellgesetz, Zürich 2018, KG 19 N 28 f.; B. ZIRLICK/D. BRUCH, Ausgewählte verfahrensrechtliche Fragen: Hybrid-Verfahren und Sanktionsbemessung, in: IDé, 10. Tagung zum Wettbewerbsrecht – Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle, I. Hochreutener/W.A. Stoffel/M. Amstutz (Hg.), 2019, 3 f.

³⁴ MEIER/BRUCH (Fn. 33), KG 19 N 27 ff.; ZIRLICK/BRUCH (Fn. 33), 6 f.

³⁵ Geschäftsreglement der WEKO vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

³⁶ Vgl. z.B. Medienmitteilung der WEKO vom 11. Juli 2019 «WEKO büsst acht Unternehmen in der Untersuchung Automobil-Leasing»; Medienmitteilungen der WEKO vom 21. Dezember 2016: «WEKO büsst Banken wegen Teilnahme am EURIBOR Kartell» und «WEKO büsst Banken wegen Teilnahme an Yen LIBOR/Euroyen TIBOR-Kartellen», abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> 'Dokumentation' Medieninformationen (September 2019).

d) Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der EVR-Partei in der Teilverfügung

In der Teilverfügung gegenüber der EVR-Partei hat die Kammer grundsätzlich die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der EVR-Partei zu beurteilen. Denn seit der Einführung direkter Sanktionen im Kartellgesetz führt der Abschluss einer EVR üblicherweise nicht mehr zur Einstellung einer Untersuchung ohne Folgen, wenn Anhaltspunkte für eine sanktionierbare unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen³⁷. Daher enthält das Dispositiv der Teilverfügung, neben der Genehmigung der EVR über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung, auch einen Punkt zu den Sanktionen und damit zumindest einen impliziten Hinweis auf die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

e) Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren

Aufgrund der Begründung des BGer, wonach die Beschwerdeführerinnen u.a. deshalb nicht materiell beschwert seien, weil die angefochtene Teilverfügung im Dispositiv keine Feststellungen über die Rechtswidrigkeit des in der Vergangenheit erfolgten Verhaltens enthalte, sondern nur das künftige Verhalten der EVR-Partei regle (siehe vorne, I.3.), ist fraglich, wie das BGer die Beschwerdelegitimation der Nicht-EVR-Parteien gegen die Teilverfügung beurteilen würde, wenn darin das Verhalten der EVR-Partei als unzulässig beurteilt und im Dispositiv explizit festgehalten würde, dass die EVR-Partei wegen der Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sanktioniert wird, aber aus der Teilverfügung gleichzeitig klar hervorgehe, dass das Verhalten der Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren beurteilt wird.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre die Legitimation der Nicht-EVR-Parteien zur Anfechtung der Teilverfügung zu verneinen. Denn gegenüber den Nicht-EVR-Parteien entscheidet die WEKO im ordentlichen Verfahren ebenfalls mittels anfechtbarer Verfügung. Eine Beschwerde der Nicht-EVR-Parteien gegen die Teilverfügung dürfte jedenfalls insofern nicht begründet sein, als sie darin dieselben Rügen und Argumente vorbringen wie in der Beschwerde gegen die Verfügung im ordentlichen Verfahren. In diesem Fall dürfte die Beschwerde gegen die Teilverfügung rein strategisch motiviert sein.

III. Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes im Automobilsektor

«Kartellrecht ist zugleich öffentliches Recht und Privatrecht: Einerseits wird es – unter der Kontrolle der Gerichte – von der WEKO durchgesetzt. Andererseits können die Betroffenen ihr Recht auch selbst in die Hand nehmen und den Zivilrechtsweg beschreiten.»³⁸ Die verwaltungsrechtlichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden unterliegen dem Verhältnismässigkeits- bzw. Opportunitätsprinzip. Aufgrund der begrenzten Kapazitäten und der Notwendigkeit wettbewerbspolitischer Schwerpunktsetzung sind die Wettbewerbsbehörden nicht dazu verpflichtet, auf Antrag Betroffener ein Verwaltungsverfahren durchzuführen³⁹. Folgerichtig stellt der Entscheid der Wettbewerbsbehörden, kein Kartellverwaltungsverfahren zu eröffnen, keine anfechtbare Verfügung dar⁴⁰. Aufgrund der beschränkten Ressourcen untersuchen die Wettbewerbsbehörden prioritär Wettbewerbsbeschränkungen mit volkswirtschaftlich besonders schädlichen Auswirkungen. Vor diesem Hintergrund ist es gängige Praxis des WEKO-Sekretariats, Unternehmen, deren Anzeigen ausschliesslich oder überwiegend in deren privaten Interessen stehen, auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

1. Praxis der Zivilgerichte

Soweit die Praxis der Zivilgerichte in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) abgebildet ist, ergibt sich, dass ein Grossteil der kartellzivilrechtlichen Verfahren den Automobilsektor betraf⁴¹. In den meisten Fällen klagte eine Autogarage, deren Servicepartnervertrag gekündigt worden

³⁷ Zur Bedeutung der EVR vor und nach Einführung direkter Sanktionen: B. ZIRLICK/C. TAGMANN, in: Kartellgesetz, M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basel 2010, KG 29 N 5 ff.; BEURET (Fn. 33), KG 29 N 43.

³⁸ A. HEINEMANN, Defizite bei der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellgesetzes, in: Die Volkswirtschaft 2009, 29 ff.

³⁹ A. HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zürich 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 50 ff., 112, m.w.H. abrufbar unter <www.weko.admin.ch> 'Dokumentation' Evaluation und Revision des KG (September 2019).

⁴⁰ BGE 135 II 60, 67 f. E. 3.1.2.

⁴¹ Systematisches Verzeichnis der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) ab 1997, 68 f., abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> 'Dokumentation' Recht und Politik des Wettbewerbs (September 2019).

war, gegen den KFZ-Anbieter⁴² auf Erfüllung des bestehenden – nach Auffassung der Autogarage unwirksam gekündigten – Servicepartnervertrags oder auf Abschluss eines neuen Servicepartnervertrags und beantragte vorsorglichen Rechtsschutz. Soweit ersichtlich wurden bisher – bis auf eine Ausnahme⁴³ – sämtliche Klagen bzw. Gesuche um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen⁴⁴, sofern darauf eingetreten wurde⁴⁵, dies im Wesentlichen aus den nachfolgend dargelegten Gründen.

a) Falsche Rechtsbegehren

Erstens wurden in verschiedenen Fällen, nach Ansicht der Gerichte, die *Rechtsbegehren nicht korrekt* gestellt. Beispielsweise klagten die Garagen, nachdem ihnen der Servicepartnervertrag ordentlich – und nach Auffassung des Gerichts wirksam – gekündigt worden war, auf Aufrechterhaltung bzw. Weitererfüllung des Servicepartnervertrags anstatt auf Abschluss eines neuen Servicepartnervertrags⁴⁶. In diesem Zusammenhang hielt z.B. das HGer Zürich fest: «Ob ein Vertrag wirksam gekündigt und aufgelöst worden ist, bestimmt sich einzig und allein nach Zivilrecht»⁴⁷. Im betreffenden Fall erachtete das Gericht die Kündigung als zivilrechtlich wirksam, womit der Klage auf Aufrechterhaltung bzw. Erfüllung nach Auffassung des Gerichts die Anspruchsgrundlage fehlte. Die Klägerin hatte es versäumt, einen Antrag auf Anordnung eines Vertragsabschlusses zu stellen, weshalb das Gericht die entsprechenden Voraussetzungen nicht prüfte⁴⁸.

b) Kein Kontrahierungszwang

Zweitens lehnten die Zivilgerichte in diversen Fällen einen kartellrechtlichen *Kontrahierungszwang* gestützt auf Art. 5 und/oder 7 KG u.a. deshalb ab, weil die Beklagte sachliche Gründe gegen einen Vertragsabschluss vorbrachte. Einzelne Garagen beriefen sich auf Ziff. 6 Abs. 2 der KFZ-Erläuterungen

⁴² Unter KFZ-Anbieter sind die Hersteller von KFZ oder ihre zugelassenen Importeure in der Schweiz zu verstehen (Art. 2 KFZ-Bek).

⁴³ KGer Luzern vom 29. Oktober 2019, Nr. 1 F 19 2 abrufbar unter: www.gerichte.lu.ch ' Rechtsprechung (November 2019), Gutheissung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen (v.M.), die beklagte KFZ-Anbieterin wurde für die Dauer des Hauptverfahrens verpflichtet, der Garage Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes zu gewähren, sie mit Originalersatzteilen zu beliefern, ihr die nötigen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen, ihr die notwendigen Schutzrechte zu gewähren sowie sie für die Durchführung von Garantie- und Servicearbeiten zuzulassen und zu entschädigen, hingegen verzichtete das Gericht darauf, die Beklagte vorsorglich zum Abschluss eines neuen Servicevertrags zu verpflichten.

⁴⁴ Nach Abweisung der Gesuche um v.M. verzichteten die Geschwister in den meisten Fällen auf eine Klageeinreichung.

⁴⁵ (1) HGer Zürich vom 11. Juli 2019, RPW 2019, 214, «A. AG/B. AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin Zugang zu den IT-Systemen zu gewähren; (2) HGer Bern vom 14. Dezember 2018, RPW 2019, 239, «A. AG/B. AG», Nichteintreten auf Gesuch um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, mit der Klägerin einen Servicevertrag für die Marken C und D abzuschliessen, Begründung: Das Gesuch sei bereits mit Entscheid vom 26. März 2018 beurteilt worden (res iudicata) und es lägen keine neuen erheblichen Tatsachen vor; (3) OGer Obwalden vom 19. Dezember 2018, RPW 2019, 221, «A. AG/B. AG», Nichteintreten auf Klage, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, mit der Klägerin einen Servicevertrag für die Marke C abzuschliessen, Begründung: örtliche Zuständigkeit nicht gegeben; (4) OGer Obwalden vom 2. Mai 2018, RPW 2019, 214, «A. AG/B. AG», Nichteintreten auf das Gesuch um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, mit der Klägerin einen Servicevertrag für die Marke C abzuschliessen, Begründung: örtliche Zuständigkeit nicht gegeben, das BGer trat nicht auf die dagegen erhobene Beschwerde ein, weil eine Beschwerde gegen Zwischenentscheide betreffend v.M. nur möglich sei, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (BGer vom 10. September 2018, 4A_340/2018); (5) HGer Bern vom 26. März 2018, RPW 2018, 482 «A. AG/B. AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, mit der Klägerin einen Servicevertrag für die Marke C abzuschliessen; (6) HGer Zürich vom 6. März 2015, RPW 2015, 724, «A. AG/B. AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, den Kläger in das Netz zugelassener B.-Werkstätten aufzunehmen; (7) HGer Zürich vom 17. Dezember 2014, RPW 2014, 825 ff., «Baldag AG/Jaguar Land Rover Schweiz AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, den Servicevertrag mit der Klägerin zu erfüllen, insb. die Klägerin weiterhin als offizielle Land-Rover-Werkstätte zuzulassen, das BGer trat nicht auf die dagegen erhobene Beschwerde ein, weil die Beschwerdeführerin keinen Antrag in der Sache gestellt hatte (BGer vom 28. Januar 2015, 4A_41/2015); (8) OGer Zug vom 23. August 2013, RPW 2013, 455 ff. «Garage Zimmermann AG/Auto Wild AG Kriens», Abweisung der Klage, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, den zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Renault-Servicehändlervertrag zu erfüllen; (9) AmtsGer Luzern vom 9. November 2010, RPW 2011, 216, «A. AG/B. AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach der Beklagten zu verbieten sei, die Renault-Kunden darüber zu informieren, dass die Klägerin keine Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten mehr leisten kann und die Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin weiterhin Originalersatzteile zu liefern; (10) HGer Zürich vom 30. Dezember 2010, RPW 2010, 807 ff. «A. AG/B. AG», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, den VW-Servicepartnervertrag mit der Klägerin weiter zu erfüllen; bestätigt durch BGer vom 6. September 2011, 4A.101/2011; (11) KGer Waadt vom 26. Februar 2008, RPW 2008, 519 ff. «Speedy Garage SA/BMW (Suisse) SA», Abweisung des Gesuchs um v.M., wonach die Beklagte zu verpflichten sei, die Klägerin als offizielle Servicepartnerin zuzulassen.

⁴⁶ RPW 2010, 807; RPW 2011, 216; RPW 2013, 455; RPW 2014 (Fn. 45), 825.

⁴⁷ RPW 2010 (Fn. 45), 808.

⁴⁸ RPW 2010 (Fn. 45), 808.

2010⁴⁹, die von einem Kontrahierungszwang ausgingen, wenn eine Garage die qualitativen Kriterien zur Aufnahme ins selektive Vertriebssystem des KFZ-Anbieters erfüllte⁵⁰. Die Zivilgerichte – welche durch die KFZ-Bekanntmachung nicht gebunden sind⁵¹ – anerkannten dies nicht ohne Weiteres. Das OGer Zug hielt bspw. fest, «auch wenn die KFZ-Erläuterungen 2010 von einem Kontrahierungszwang ausgehen, sofern die entsprechenden qualitativen Kriterien erfüllt sind, bedeutet das keineswegs, dass ein Vertragsverhältnis nicht von anderen, sachlich begründeten Voraussetzungen (wie z.B. Zahlungsmoral des Händlers) abhängig gemacht werden dürfte»⁵². Auch das HGer Zürich liess sachliche Gründe gelten⁵³.

c) Kein markenspezifischer Aftersales-Markt

Drittens gingen die Zivilgerichte jeweils von einem *markenübergreifenden* und nicht wie die Klägerinnen von einem markenspezifischen *Aftersales*-Markt aus⁵⁴. Das HGer Zürich setzte sich im Urteil vom 17. Dezember 2014 und im Beschluss vom 6. März 2015 ausführlich mit der Marktabgrenzung auseinander⁵⁵. Es verwies zunächst auf das Leiturteil des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen *MAN Vertragswerkstatt*⁵⁶, in dem der BGH zum Ergebnis kam, dass der Status einer Vertragswerkstatt keine notwendige Ressource für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Nutzfahrzeugen einer bestimmten Marke darstellt und den Markt markenübergreifend abgrenzte⁵⁷. Das HGer Zürich ging davon aus, dass dieses Präjudiz, bei dem es um Nutzfahrzeuge der Marke MAN ging, analog für Personenwagen gilt⁵⁸. Es kam zum Schluss, gesamthaft spreche mehr für die Annahme eines *markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes* als für den von der klagenden Garage behaupteten markenspezifischen *Aftersales*-Markt für die Fahrzeuge der betreffenden Marke⁵⁹. Im Beschluss vom 6. März 2015 bezog sich das HGer Zürich auf das vorgenannte Urteil und hielt fest, es spreche mehr dafür, einen markenübergreifenden als einen markenbezogenen *Fahrzeug-Reparaturmarkt* abzugrenzen⁶⁰. Das HGer Bern grenzte im Entscheid vom 26. März 2018 den *Aftersales*-Markt im KFZ-Bereich ebenfalls nicht markenspezifisch ab⁶¹.

d) Keine individuelle Abhängigkeit

Viertens wurden die behaupteten *individuellen Abhängigkeitsverhältnisse der Garagen von den KFZ-Anbietern* nach Auffassung der Gerichte jeweils nicht genügend substantiiert⁶². In diesem Zusammenhang hielt das HGer Zürich bspw. fest, die Klägerin versuche das Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten mit Hinweisen auf ihren Umsatzanteil mit Fahrzeugen der betreffenden Marke sowie mit der angeblich exklusiven Bezugsquelle für Originalteile und Informationen zu begründen. Die Beklagte halte ihr jedoch entgegen, sie könne sämtliche Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten als unabhängige Werkstatt durchführen. Sie habe die Möglichkeit, die notwendigen Originalersatzteile, Spezialwerkzeuge und Diagnoseapparate ungehindert bei Mitgliedern des Vertriebsnetzes der betreffenden Marke zu beziehen. Allein die Abrechnung von Arbeiten im Rahmen der Werksgarantie gegenüber der

⁴⁹ Erläuterungen der WEKO vom 21. Oktober 2010 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Erläuterungen 2010, nicht aktuell).

⁵⁰ In Ziff. 6 Abs. 2 KFZ-Erläuterungen 2010 wurde festgehalten, dass all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang).

⁵¹ Erwägungsgrund VIII. KFZ-Bek und 5. Lemma der Erwägungsgründe zur Bekanntmachung der WEKO vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung 2002, nicht aktuell).

⁵² RPW 2013 (Fn. 45), 455.

⁵³ RPW 2015 (Fn. 45), 728.

⁵⁴ RPW 2014, 829; RPW 2015, 727; RPW 2018 (Fn. 45), 489.

⁵⁵ RPW 2014, 828 ff.; RPW 2015 (Fn. 45), 726 ff.

⁵⁶ BGH vom 30. März 2011, KZR 6/09, BGHZ 189, 94 Rz. 11 ff., «MAN Vertragswerkstatt».

⁵⁷ RPW 2014 (Fn. 45), 829.

⁵⁸ RPW 2014 (Fn. 45), 829.

⁵⁹ RPW 2014 (Fn. 45), 829.

⁶⁰ RPW 2015 (Fn. 45), 726 f.

⁶¹ RPW 2018, 489 (Fn. 45).

⁶² RPW 2014, 831; RPW 2015 (Fn. 45), 728.

Beklagten und die Ausführung von Arbeiten im Rahmen der optionalen Anschlussgarantie seien Vertragswerkstätten vorbehalten⁶³.

2. Kritische Würdigung

Was die *Rechtsbegehren* anbelangt, wird allgemein ersichtlich, dass es in den meisten Fällen an einem Eventualbegehren gemangelt haben dürfte, wonach die Beklagte, für den Fall, dass die Vertragskündigung rechtmässig war, zu verpflichten sei, mit der Klägerin einen neuen Vertrag abzuschliessen. Denn bei Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung können die Zivilgerichte *auf Antrag der Klägerin* einen Vertragsabschluss zu branchenüblichen Konditionen anordnen⁶⁴. Indem das Kartellgesetz explizit darauf verweist, dass dies auf Antrag der Klägerin möglich ist, wird klargestellt, dass die Zivilgerichte an die Dispositionsmaxime gebunden sind und «einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen [dürfen], als sie verlangt»⁶⁵. Vor diesem Hintergrund ist es ratsam, als Klägerin, neben dem Antrag auf Vertragserfüllung, eventualiter einen Antrag auf Abschluss eines neuen Vertrags zu stellen⁶⁶. Damit einher geht, dass sich die Garage auch dann für einen neuen Servicepartnervertrag bewerben sollte, wenn sie davon ausgeht, dass die Kündigung nicht rechtmässig erfolgt und der Vertrag somit nach wie vor gültig ist.

In Bezug auf die Verneinung eines *Kontrahierungszwangs* ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmen, die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, Anspruch auf Beseitigung der Behinderung im kartellzivilrechtlichen Verfahren haben⁶⁷. In diesem Verfahren kann das Gericht, wie erwähnt, auf Antrag des Klägers einen Vertragsabschluss anordnen, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt⁶⁸. Dies ist dann der Fall, wenn das beklagte Unternehmen an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG beteiligt ist oder es über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt und diese gemäss Art. 7 KG missbraucht.

Insofern als die klagenden Garagen auf die KFZ-Erläuterungen 2010 verwiesen, die von einem Kontrahierungszwang ausgingen, wenn eine Garage die qualitativen Kriterien zur Aufnahme ins selektive Vertriebssystem des KFZ-Anbieters erfüllte (siehe vorne, III.1.b.), machten sie implizit geltend, beim selektiven Vertriebssystem des KFZ-Anbieters handle es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG. In diesem Zusammenhang ist auf Folgendes hinzuweisen: Die KFZ-Bekanntmachung enthält keine spezifischen Regeln zum selektiven Vertrieb⁶⁹. Folglich kommen bei selektiven Vertriebssystemen im Automobilbereich die Bestimmungen der allgemeinen Vertikalbekanntmachung zur Anwendung⁷⁰. Im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen ist zwischen dem rein qualitativen und dem quantitativen Selektivvertrieb zu unterscheiden: Während beim rein qualitativen Selektivvertrieb die Händler ausschliesslich nach rein objektiven Kriterien ausgewählt werden, die sich nach den Anforderungen des konkreten Produkts richten⁷¹, können beim quantitativen Selektivvertrieb auch quantitative Kriterien, z.B. ein Mindestumsatz oder die direkte Beschränkung der Anzahl Händler, eine Rolle spielen⁷². Gemäss der Vertikalbekanntmachung gelten rein qualitative Selektivvertriebssysteme unter den in Ziff. 14 VertBek genannten Voraussetzungen unabhängig von den Marktanteilen der daran beteiligten Unternehmen als unerheblich (sog. Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb, siehe hinten, IV.2.b.)⁷³. Zudem gelten selektive Vertriebssysteme, unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien (d.h. rein qualitative und quantitative) in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, solange die Marktanteile der Anbieter und der Abnehmer auf dem relevanten Markt jeweils nicht mehr als 30% betragen und die selektiven Vertriebssysteme keine qualitativ schwerwiegenden Abreden oder solche, die sich mit anderen kumulativ auf

⁶³ RPW 2015 (Fn. 45), 728.

⁶⁴ Art. 13 lit. b KG.

⁶⁵ Art. 58 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

⁶⁶ Zu den Rechtsbegehren: ARNET (Fn. 33), KG 13 N 45 ff.; R. ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss: eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit, Bern 2008, N 237 f., 246 ff.

⁶⁷ Art. 12 ff. KG.

⁶⁸ Art. 13 lit. b KG.

⁶⁹ Bei Art. 3 und 4 KFZ-Bek handelt es sich lediglich um Begriffsbestimmungen.

⁷⁰ Art. 13 KFZ-Bek.

⁷¹ Ziff. 4 (2) VertBek.

⁷² GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn. 33), KG 6 N 148.

⁷³ Ziff. 14 VertBek.

den Markt auswirken, enthalten (siehe hinten, IV.2.b.)⁷⁴. Sobald diese Marktanteilsschwelle überschritten wird, findet eine Einzelfallprüfung statt, in deren Rahmen sich die Wettbewerbsbehörden an den in den KFZ-Erläuterungen⁷⁵ und in den VertBek-Erläuterungen⁷⁶ enthaltenen Grundsätzen zum selektiven Vertrieb orientieren. Nach Auffassung der Autorin bedeutet dies, dass die in den KFZ-Erläuterungen enthaltenen Grundsätze zu selektiven Vertriebssystemen für zugelassene Werkstätten⁷⁷ erst im Rahmen der Einzelfallprüfung bei Marktanteilen über 30% relevant sind. Es ist zu beachten, dass in diesen Grundsätzen zwar immer noch eine Formulierung enthalten ist, wonach all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die vom KFZ-Anbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit haben, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden⁷⁸. Dabei handelt es sich allerdings nicht mehr um einen Kontrahierungszwang, wie er noch in den KFZ-Erläuterungen 2010 enthalten war⁷⁹. Im Allgemeinen gilt nach der Vertikalbekanntmachung, dass im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen kein Kontrahierungszwang besteht, solange der Anbieter nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Weigert sich ein Anbieter allerdings, sämtliche Händler, welche die qualitativen Kriterien erfüllen, ins selektive Vertriebssystem aufzunehmen, so liegt kein unerheblicher, rein qualitativer Selektivvertrieb im Sinne von Ziff. 14 VertBek vor⁸⁰.

Insofern als die klagenden Garagen eine unzulässige Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Art. 7 KG geltend machten, drangen sie damit jeweils nicht durch, weil es nach Auffassung der Gerichte bereits an der marktbeherrschenden Stellung des KFZ-Anbieters auf dem relevanten Markt fehlte. Die Zivilgerichte gingen von einer *anderen Marktabgrenzung* aus als die klagenden Garagen. Namentlich erachteten sie einen markenübergreifenden Systemmarkt oder einen markenübergreifenden vorgelagerten Markt als naheliegender als den von den Klägerinnen behaupteten markenspezifischen *Aftersales*-Markt für die Fahrzeuge einer bestimmten Marke. Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies im Einzelfall durchaus zutreffen. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt stets aus Sicht der Marktgegenseite und damit auf den strittigen Einzelfall fokussiert⁸¹. Im Wesentlichen geht es bei der Marktabgrenzung darum, zu bestimmen, welche Waren und Dienstleistungen aus der Sicht der von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Nachfrager (der sog. Marktgegenseite) als Ausweich- bzw. Substitutionsmöglichkeiten betrachtet werden⁸². Das heisst, es ist zunächst zu definieren, wer die Marktgegenseite ist. In einem weiteren Schritt ist abzuklären, welche Alternativen aus deren Sicht infrage kommen.

Das WEKO-Sekretariat ging im Schlussbericht zur Vorabklärung *AMAG Vertriebsnetz*⁸³ provisorisch von einem separaten, markenspezifischen Markt für Serviceleistungen aus⁸⁴. Es orientierte sich dabei an den Leitlinien der Europäischen Kommission zum Automobilsektor⁸⁵. In der Literatur zum europäischen Wettbewerbsrecht wird die markenspezifische Abgrenzung des Servicemarkts u.a. damit begründet, dass die Eigentümer von KFZ einer bestimmten Marke nur zugelassene oder unabhängige Werkstätten als substituierbar ansehen, die KFZ dieser Marke reparieren können, nicht hingegen solche, die als zugelassene oder unabhängige Werkstätten KFZ anderer Marken instand setzen⁸⁶. Die Marktabgrenzung in Sachen *AMAG Vertriebsnetz* erfolgte allerdings nicht im Hinblick auf die Beurteilung eines kartellrechtlichen Anspruchs einer Garage auf Zugang zum offiziellen Werkstattnetz und kann daher nicht ohne Weiteres auf diese Fälle übernommen werden.

⁷⁴ Art. 16 der Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek) und Rz. 17 der Erläuterungen der WEKO vom 12. Juni 2017 zur VertBek (VertBek-Erläuterungen); dazu im Einzelnen: GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn. 33), KG 6 N 228 ff.

⁷⁵ Rz. 23 ff. KFZ-Erläuterungen.

⁷⁶ Rz. 11 ff. VertBek-Erläuterungen.

⁷⁷ Rz. 23 ff. KFZ-Erläuterungen.

⁷⁸ Rz. 23 KFZ-Erläuterungen.

⁷⁹ Siehe vorne, Fn. 50, dazu im Einzelnen: GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn. 33), KG 6 N 309, 321 und 336.

⁸⁰ Ziff. 14 VertBek; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn. 33), KG 6 N 217 ff., 223.

⁸¹ BGE 139 I 72, 93, E. 9.2.3.1. «Publigroupe».

⁸² ZIRLICK/BANGERTER (Fn. 33), KG 5 N 62.

⁸³ RPW 2019, 251 ff., «AMAG Vertriebsnetz».

⁸⁴ RPW 2019, 251 ff. (Fn. 83), 274 f.

⁸⁵ Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. vom 28. Mai 2010 Nr. C 138, 16 ff., (KFZ-Leitlinien), Rz. 15 und 57.

⁸⁶ R. ELLGER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Einl. Kfz-GVO, N 16 und 17, Kfz-GVO 4 N 27.

Einschlägig sind in diesem Zusammenhang hingegen die Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen «Jaguar Vertragswerkstatt»⁸⁷. Der BGH setzte sich darin mit der Frage auseinander, ob «der Status einer Vertragswerkstatt eine notwendige Ressource für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Personenkraftfahrzeugen einer bestimmten Marke darstellt» und kam zum Ergebnis, dass dies «maßgeblich durch die Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer bei der Inanspruchnahme solcher Leistungen bestimmt» werde⁸⁸. Der BGH hielt fest, bezüglich der Tätigkeit von Vertragswerkstätten komme es für die Marktabgrenzung auf dem vorgelagerten Ressourcenmarkt darauf an, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenkraftwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit hätten, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben⁸⁹. Sei dies nicht der Fall, so sei der Hersteller hinsichtlich des Zugangs zu Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für seine Marken marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen. Die Zulassungen als Vertragswerkstätten anderer Marken oder die Möglichkeit, als freie Werkstatt tätig werden zu können, seien nach dem zugrunde zu legenden Bedarfsmarktkonzept dann nicht geeignet, den Bedarf der auf dem Reparatur- und Wartungsmarkt für Fahrzeuge einer bestimmten Marke tätigen Unternehmen anderweitig zu decken⁹⁰.

Im Zusammenhang mit den *individuellen Abhängigkeitsverhältnissen*, die nach Auffassung der Gerichte jeweils nicht genügend substantiiert wurden, ist die Argumentation des BGH in Sachen *MAN Vertragswerkstatt* interessant. Der BGH war der Auffassung, dass die klagende Werkstatt für Nutzfahrzeuge, welche bereits über einen Vertrag mit Daimler verfügte und sich zusätzlich bei MAN bewarb, auch unter dem Gesichtspunkt der *sortimentsbedingten Abhängigkeit*⁹¹ keiner Zulassung zum Servicenetz der Beklagten bedürfe, und begründete dies wie folgt: Die Werkstatt könne auch ohne eine solche Zulassung erfolgreich im Werkstattgeschäft tätig sein; so z.B. als Vertragswerkstatt von Daimler. Darüber hinaus könne sie als freie Werkstatt, abgesehen von Garantie- und Kulanzleistungen, grundsätzlich für alle Nutzfahrzeugmarken Service- und Reparaturarbeiten erbringen. Dass sie für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit davon abhängig sei, Garantie- und Kulanzleistungen ausführen zu können, sei weder festgestellt noch sonst ersichtlich⁹². In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass sowohl die europäische KFZ-GVO 2010⁹³ als auch die schweizerische KFZ-Bekanntmachung den Zugang unabhängiger Marktteilnehmer zu technischen Informationen, Werkzeugen und Schulungen sicherstellt⁹⁴. Damit werden unabhängige Werkstätten in die Lage versetzt, auch ohne offizielle Markenvertretung sämtliche nicht unter die Herstellergarantie fallenden, Reparatur- und Servicearbeiten zu erbringen.

Fraglich ist, wie die Beurteilung des BGH ausgefallen wäre, wenn die Garage bereits bei MAN unter Vertrag gewesen wäre, dann hätte sich nämlich möglicherweise die Frage der *unternehmensbedingten Abhängigkeit* bzw. des *lock in*-Effekts gestellt⁹⁵. In Sachen «Jaguar Vertragswerkstatt» hat das OLG Frankfurt eine unternehmensbedingte Abhängigkeit allerdings verneint, dies u.a. deshalb, weil die klagende Werkstatt zu einer Mehrmarken-Unternehmensgruppe gehörte und es ihr nicht unzumutbar erschien, «innerhalb dieser Unternehmensgruppe auf Werkstatteleistungen an anderen Fahrzeugen zu wechseln bzw. ihre Tätigkeit als freie Werkstatt fortzusetzen»⁹⁶. Im Zusammenhang mit der Frage einer möglichen unternehmensbedingten Abhängigkeit ging das WEKO-Sekretariat im Schlussbericht in Sachen AMAG Vertriebsnetz davon aus, dass dem Schutz der Investitionen, die ein Händler

⁸⁷ BGH vom 26. Januar 2016, KZR 41/14, und BGH vom 23. Januar 2018, «Jaguar-Vertragswerkstatt».

⁸⁸ BGH vom 26. Januar 2016 (Fn. 87).

⁸⁹ BGH vom 26. Januar 2016 E.III.1b) aa) und BGH vom 23. Januar 2018 (Fn. 87), Rz. 23.

⁹⁰ BGH vom 23. Januar 2018 (Fn. 87), Rz. 23.

⁹¹ Zum Begriff siehe: STÄUBLE/SCHRANER (Fn. 33), KG 4 Abs. 2 N 124.

⁹² BGH vom 30. März 2011 (Fn. 56), Rz. 27.

⁹³ Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. vom 28. Mai 2010, Nr. L 129, 52 (KFZ-GVO 2010).

⁹⁴ Art. 5 KFZ-GVO 2010; Rz. 62-68 der KFZ-Leitlinien (Fn 85); Art. 17 KFZ-Bek und Rz. 41-43 KFZ-Erläuterungen, vgl. auch Art. 15 Abs. 3 KFZ-Bek.

⁹⁵ J. NOTHDURFT, Relative Marktmacht, Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 17. Januar 2015, 42 und 47 f.

⁹⁶ OLG Frankfurt vom 21. Dezember 2017, 11 U 6/14 Kart, «Jaguar-Vertragswerkstatt», II. 3b) ff.

oder eine Werkstätte in eine Markenvertretung getätigt hat, in der Regel genügend Rechnung getragen wird, wenn die Kündigung der Markenvertretung in Übereinstimmung mit den Grundsätzen zur Vertragsauflösung in Art. 19 KFZ-Bekanntmachung erfolgt⁹⁷.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass in den letzten zehn Jahren, soweit aus der RPW ersichtlich, keine Garage erfolgreich bei den Zivilgerichten einen kartellrechtlichen Anspruch auf Erfüllung eines bestehenden oder auf Abschluss eines neuen Servicevertrages eingeklagt hat. Im Wesentlichen vermochten die Klägerinnen die Zivilgerichte nicht davon zu überzeugen, dass die Serviceverträge in unzulässiger Weise gekündigt bzw. verweigert wurden. Eine zentrale Rolle spielte dabei die Abgrenzung des relevanten Markts. Die WEKO hat sich bisher im Zusammenhang mit der Kündigung von Serviceverträgen noch nicht zur Marktabgrenzung geäußert. Sie könnte dies z.B. im Rahmen eines Gutachtens im Auftrag eines Zivilgerichts tun. Denn falls die Frage der Marktabgrenzung in einem zivilrechtlichen Verfahren unklar ist, so haben die Zivilgerichte die Frage der WEKO zur Begutachtung vorzulegen⁹⁸.

IV. Aktualisierung der KFZ-Bekanntmachung und der KFZ-Erläuterungen

In der KFZ-Bekanntmachung führt die WEKO aus, welche Beschränkungen, neben denjenigen in der Vertikalbekanntmachung, im Automobilssektor zusätzlich als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden⁹⁹. Deren Erheblichkeit und die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen¹⁰⁰. In den zugehörigen KFZ-Erläuterungen führt die WEKO die wichtigsten Grundsätze für die Beurteilung von vertikalen Beschränkungen im Automobilssektor auf.

Aufgrund des «Gaba»-Urteils¹⁰¹ und der jüngsten Praxis des WEKO-Sekretariats im Zusammenhang mit der Herstellergarantie hat die WEKO am 9. September 2019 aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz die nachfolgend aufgeführten Anpassungen an der KFZ-Bekanntmachung und an den KFZ-Erläuterungen vorgenommen (siehe hinten, IV.1. und 2.). Bei dieser Gelegenheit hat sie die Geltungsdauer der KFZ-Bekanntmachung bis zum 31. Dezember 2023 verlängert (siehe hinten, IV.3.). Es handelt sich nur um eine Aktualisierung der KFZ-Bekanntmachung und der KFZ-Erläuterungen, die Frage einer Revision wird sich erst im Hinblick auf den Ablauf der Geltungsdauer Ende 2023 stellen.

1. Anpassung ans «Gaba»-Urteil des BGer

In Art. 15 bis 19 KFZ-Bekanntmachung werden gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert, die unter Umständen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen «Gaba» gelten solche Abreden nun ohne weitere Prüfung quantitativer Elemente grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen¹⁰². Vor diesem Hintergrund hat die WEKO in Art. 14 Abs. 1 KFZ-Bek klargestellt, dass nur Abreden, *die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden*, als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden, wenn sie eine der in den Art. 15 bis 19 KFZ-Bek aufgeführten Beschränkungen zum Gegenstand haben. Sofern ein Sachverhalt hingegen Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, gilt er aufgrund des «Gaba»-Urteils ohne weitere Prüfung quantitativer Elemente grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung¹⁰³. Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die KFZ-Erläuterungen wurden entsprechend angepasst¹⁰⁴.

In Art. 14 Abs. 2 KFZ-Bek hat die WEKO das Wort «auch» gestrichen, welches am Anfang des Absatzes stand und sich darauf bezog, dass vor dem «Gaba»-Urteil «auch» bei Sachverhalten, die Art. 5 Abs. 4 KG erfüllten und bei denen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden konnte, anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien geprüft wurde, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

⁹⁷ RPW 2019 (Fn. 83), 171, 251 ff.

⁹⁸ Art. 15 Abs. 2 KG.

⁹⁹ Art. 15 bis 19 KFZ-Bek.

¹⁰⁰ Art. 14 Abs. 2 KFZ-Bek; siehe dazu im Einzelnen: GRABER CARDINAUX/MASCHERER (Fn. 33), KG 6 N 313 ff.

¹⁰¹ BGE 143 II 297, «Gaba».

¹⁰² GRABER CARDINAUX/MASCHERER (Fn. 33), KG 6 N 310.

¹⁰³ Art. 14 Abs. 1 KFZ-Bek, vgl. Ziff. 12 Abs. 1 lit. a VertBek.

¹⁰⁴ Vgl. Rz. 4 und 5 KFZ-Erläuterungen, vgl. Ziff. 12 Abs. 1 lit. b VertBek.

2. Anpassung an die aktuelle Praxis

Abklärungen des WEKO-Sekretariats im Zusammenhang mit der Herstellergarantie haben ergeben, dass einerseits der in der KFZ-Bekanntmachung verwendete Begriff «gesetzliche Herstellergarantie» und andererseits ein in den KFZ-Erläuterungen aufgeführter Grundsatz zur Geltung der Herstellergarantie im selektiven Vertrieb zu präzisieren sind.

a) Unterscheidung zwischen Garantie und Gewährleistung

Im Automobilssektor geben die KFZ-Anbieter¹⁰⁵, welche selbst nicht am Kaufvertrag zwischen dem Händler und dem Endkunden beteiligt sind, regelmässig Garantieerklärungen ab, wonach die Kosten für Reparaturen bzw. den Service während einer bestimmten Dauer oder bis zum Erreichen einer bestimmten Anzahl zurückgelegter Kilometer vom Hersteller übernommen werden. Diese sog. Hersteller- oder Werksgarantien sind von der Gewährleistung des Verkäufers zu unterscheiden. Während die Herstellergarantie freiwillig ist und deren Inhalt und Dauer durch Vertrag festgelegt werden kann¹⁰⁶, ist die Gewährleistung des Verkäufers gesetzlich geregelt. Nach Art. 197 OR¹⁰⁷ haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat. Diese Gewährleistung kann vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden¹⁰⁸. Sie verjährt mit Ablauf von zwei Jahren nach Ablieferung des Fahrzeugs an den Käufer¹⁰⁹. Um klarzustellen, dass die vertragliche Herstellergarantie von der gesetzlich geregelten Gewährleistung des Verkäufers zu unterscheiden ist, hat die WEKO diese Begriffe in Art. 15 Abs. 2 und 3 KFZ-Bek sowie in den zugehörigen Erläuterungen präzisiert¹¹⁰. Zudem hat sie in den Erläuterungen festgehalten, dass unter der in Art. 15 Abs. 3 KFZ-Bek erwähnten «erweiterten Herstellergarantie» die Erweiterung der Garantie durch die Schweizer Tochtergesellschaft der Herstellerin oder die zugelassene Importeurin zu verstehen ist¹¹¹.

b) Geltung der Herstellergarantie im selektiven Vertrieb

Im Automobilssektor sind die Regeln zum Selektivvertrieb von besonderer Bedeutung, weil die meisten Hersteller und Importeure sowohl auf dem Primär- als auch auf dem Sekundärmarkt über selektive Vertriebssysteme verfügen¹¹². Wie bereits ausgeführt (siehe vorne, III.2.) gelten selektive Vertriebssysteme unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30% weder vom Anbieter auf dem Absatzmarkt noch vom Abnehmer auf dem Beschaffungsmarkt überschritten wird. Etwas anderes gilt, wenn sie harte oder qualitativ schwerwiegende Vertikalabreden enthalten oder infolge paralleler Vertriebsnetze ein kumulativer Abschottungseffekt vorliegt¹¹³. Darüber hinaus gelten rein qualitative Selektivvertriebssysteme unter bestimmten, strengen Voraussetzungen – welche in der Praxis nur selten erfüllt sein dürften – unabhängig von den Marktanteilen der daran beteiligten Unternehmen als unerheblich (Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb, siehe vorne, III.2.)¹¹⁴. Schliesslich gelten Selektivvertriebssysteme in der Regel als unerheblich, wenn die beteiligten Unternehmen je maximal 15% Marktanteil haben (sog. Bagatellfälle)¹¹⁵. Diese Regeln gelten auch für Selektivvertriebssysteme im Automobilssektor¹¹⁶.

Im Rahmen eines – wie soeben beschrieben – gerechtfertigten oder unerheblichen selektiven Vertriebssystems gelten Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler im Gebiet, für wel-

¹⁰⁵ Siehe vorne, Fn. 42.

¹⁰⁶ A.F. RUSCH/A. SCHWIZER, Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen, AJP 2016, 1299, 1300, Fn. 8.

¹⁰⁷ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁰⁸ Art. 199 OR.

¹⁰⁹ Art. 210 OR.

¹¹⁰ Rz. 12–15 der KFZ-Erläuterungen.

¹¹¹ Rz. 15, Fn. 16 KFZ-Erläuterungen.

¹¹² GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn. 33), KG 6 N 320; European Commission, Evolution of the motor vehicle markets since Regulation 1400/2002 entered into force, EC Staff working document [Datum], N° 2, 15; abrufbar unter: European Commission ' Competition ' Motor Vehicles ' Legislation ' Archive (September 2019).

¹¹³ Ziff. 16 VertBek.

¹¹⁴ Ziff. 14 VertBek.

¹¹⁵ Ziff. 13 VertBek.

¹¹⁶ Art. 13 KFZ-Bek.

ches der Selektivvertrieb vorgesehen ist, nicht als qualitativ schwerwiegend im Sinne der schweizerischen Vertikalbekanntmachung bzw. nicht als Kernbeschränkung im Sinne der europäischen Vertikal-GVO¹¹⁷. Folglich ist es mit dem Kartellrecht vereinbar, wenn ein Anbieter den zugelassenen Händlern verbietet, die betreffenden Waren an unabhängige Händler zu verkaufen¹¹⁸. Vor diesem Hintergrund hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in Sachen «Metro/Cartier» entschieden, dass der Anbieter auch die Herstellergarantie auf Vertragswaren beschränken darf, die bei zugelassenen Händlern gekauft wurden¹¹⁹. Nach Auffassung des EuGH dient die Garantiebeschränkung auf zugelassene Händler demselben Zweck wie die Beschränkung des Verkaufs auf zugelassene Händler, nämlich der Sicherstellung, dass die Vertragsware nicht durch Systemfremde in den Handel gebracht wird¹²⁰.

Im Nachgang zum «Metro/Cartier»-Urteil liess die EU-Kommission zunächst in einer Medienmitteilung verlauten, dass dieses Urteil für vertikale Abreden im KFZ-Sektor nicht massgebend sei¹²¹. In der Zwischenzeit hat sie allerdings anders entschieden: Im Rahmen der Beurteilung der Anzeige eines französischen Händlerverbands gegen die Fahrzeugherstellerin *Hyundai* wegen deren Beschränkung der Herstellergarantie hat sie sich an das «Metro/Cartier»-Urteil gehalten und darauf verwiesen, dass die erwähnte Medienmitteilung nicht rechtsverbindlich war¹²².

Das WEKO-Sekretariat ist in seinen Abklärungen zur Beschränkung der Herstellergarantie zum gleichen Ergebnis gelangt, denn es sprechen keine Gründe dafür, weshalb für den KFZ-Sektor diesbezüglich andere Regeln gelten sollten als für andere Wirtschaftsbereiche. In der Untersuchung «Jura»¹²³, in der es um Kaffeemaschinen ging, hielt die WEKO in Anlehnung an das «Metro/Cartier»-Urteil fest, dass im Rahmen eines selektiven Vertriebs eine Beschränkung von Garantieleistungen auf Erzeugnisse, die bei Händlern bezogen wurden, welche zum selektiven Vertrieb zugelassen wurden, grundsätzlich nicht als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG zu werten ist¹²⁴. Diese Praxis fand Eingang in die VertBek-Erläuterungen. Darin hält die WEKO fest, dass Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler im für den Selektivvertrieb festgelegten Gebiet als nicht qualitativ schwerwiegend gelten, weil sie dem Schutz vor dem Vertrieb durch systemfremde Händler dienen, und folgert daraus, dass auch dann keine qualitativ schwerwiegende Abrede vorliege, wenn ein Hersteller seine Garantieleistungen auf Produkte beschränkt, die bei zugelassenen Händlern bezogen wurden¹²⁵.

Vor diesem Hintergrund hat die WEKO nun auch die KFZ-Erläuterungen entsprechend präzisiert. Neu steht in Rz. 12 der KFZ-Erläuterungen, dass die KFZ-Anbieter im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems das Recht haben, die Herstellergarantie auf Fahrzeuge zu beschränken, die Endverbraucher – selbst oder über einen «bevollmächtigten Vermittler»¹²⁶ – bei zugelassenen Händlern gekauft haben.

Damit sind Parallelimporte und Direktimporte von neuen Fahrzeugen nach wie vor möglich: Die zugelassenen Händler in der Schweiz haben weiterhin die Möglichkeit, die Fahrzeuge bei zugelassenen Händlern im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zu beziehen, die sog. Querlieferungen innerhalb des selektiven Vertriebsnetzes werden nicht beschränkt. Zudem können die Endkundinnen und Endkunden die Fahrzeuge weiterhin direkt selbst bei einem Händler im EWR beziehen oder einen sog. «bevollmächtigten Vermittler»¹²⁷ mit dem Import eines neuen Fahrzeugs beauftragen; auch die sog. Direktimporte sind also weiterhin möglich. Der Umstand, dass die Garantie lediglich dann uneingeschränkt gewährt werden muss, wenn der Bezug bei einem zugelassenen Händler im EWR oder in der Schweiz erfolgt ist, kann zwar ein Argument für den Kauf bei einem zugelassenen Händler sein.

¹¹⁷ Ziff. 12 Abs. (2) b) iii) VertBek und Art. 4 b) iii) der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. vom 23. April 2010, Nr. L 102, 1 (Vertikal-GVO).

¹¹⁸ Ziff. 4 Abs. 1 VertBek; Rz. 22 KFZ-Erläuterungen.

¹¹⁹ EuGH vom 13. Januar 1994, C-376/92, Slg. 1994 I-15, Rz. 32 ff., «Metro/Cartier».

¹²⁰ EuGH vom 13. Januar 1994 (Fn. 119), Rz. 34.

¹²¹ EU-Kommission, Medienmitteilung vom 6. Juli 1994, IP/94/488, abrufbar unter: European Commission ' Press releases database ' Press Release details (September 2019).

¹²² EU-Kommission vom 4. Dezember 2017, C (2017) 8319, Rz. 9–15, «Hyundai Garantie Constructeur».

¹²³ RPW 2014, 410 f. Rz. 39 ff., «Jura».

¹²⁴ Vgl. RPW 2014 (Fn. 123), 410 f., Rz. 42.

¹²⁵ Rz. 12 VertBek-Erläuterungen.

¹²⁶ Als bevollmächtigte Vermittler gelten Personen und Unternehmen, die im Auftrag und auf Rechnung eines bestimmten Verbrauchers ein neues Kraftfahrzeug beziehen, ohne Mitglied des jeweiligen Vertriebssystems zu sein (Rz. 18 KFZ-Erläuterungen).

¹²⁷ Siehe vorne, Fn. 126.

Allerdings steht es den unabhängigen Händlern¹²⁸ (jedenfalls denen in der Schweiz) frei, als Verkäufer selbst eine Garantie (sog. Garantie des Verkäufers) anzubieten. Aus der Sicht des Konsumentenschutzes ist es zentral, dass die unabhängigen Händler die Kunden gegebenenfalls darüber aufklären, dass auf dem Fahrzeug keine Herstellergarantie besteht.

3. Anpassung der Geltungsdauer

Die Geltungsdauer der KFZ-Bekanntmachung wurde um ein Jahr bis zum 31. Dezember 2023 verlängert. Dies vor dem folgenden Hintergrund: Die aktuelle KFZ-Bekanntmachung basiert auf der KFZ-Bekanntmachung 2002, welche sich ihrerseits an die KFZ-GVO 2002¹²⁹ der Europäischen Union (EU) anlehnte, die am 1. Juni 2010 durch die KFZ-GVO 2010 ersetzt wurde¹³⁰. Diese gilt nur noch für den Sekundärmarkt, für den Primärmarkt gilt seit dem 1. Juni 2013 die Vertikal-GVO. Die EU begründete diesen Regimewechsel damit, dass es im Primärmarkt für den Verkauf von neuen Fahrzeugen offenbar keine erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs gebe, womit die Anwendung strengerer, KFZ-spezifischer Regeln als jene in der Vertikal-GVO¹³¹ nicht notwendig sei. Vielmehr sei durch die Marktanteilsschwellen, den Ausschluss bestimmter vertikaler Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung und die in der Vertikal-GVO enthaltenen weiteren Voraussetzungen sichergestellt, dass vertikale Vereinbarungen über den Vertrieb neuer KFZ den Anforderungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV¹³² entsprechen¹³³. In Bezug auf Vereinbarungen über den Vertrieb von Ersatzteilen sowie über die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen kam die EU-Kommission hingegen zum Ergebnis, dass dort bestimmte Besonderheiten des KFZ-Anschlussmarktes berücksichtigt werden müssten, welche strengere Voraussetzungen an eine Freistellung erforderten. So würde z.B. die Frage, ob auf einem möglicherweise separat abzugrenzenden Anschlussmarkt wirksamer Wettbewerb herrsche, vom Grad des Wettbewerbs zwischen zugelassenen und unabhängigen Werkstätten abhängen. Deren Wettbewerbsfähigkeit hänge wiederum vom Zugang zu wesentlichen Vorleistungen wie Ersatzteilen und technischen Informationen ab¹³⁴. Daher erachtete die EU-Kommission die in der Vertikal-GVO festgelegten Regeln, einschliesslich der 30%-Marktanteilsschwelle für die Freistellung vertikaler Vereinbarungen, die keine Kernbeschränkungen enthalten¹³⁵, als nicht ausreichend, um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf dem Sekundärmarkt erfüllt sind¹³⁶. Die EU-Kommission entschied daher, die Vereinbarungen auf dem Sekundärmarkt weiterhin nach einer sektorspezifischen GVO zu prüfen, und erliess die KFZ-GVO 2010. Diese enthält neben den in der Vertikal-GVO genannten Kernbeschränkungen drei zusätzliche, auf die KFZ-Anschlussmärkte zugeschnittene Kernbeschränkungen für Vereinbarungen über Service und Reparatur und Vereinbarungen über die Lieferung von Ersatzteilen¹³⁷. Diese zielen u.a. darauf ab, den Zugang unabhängiger Werkstätten zu Ersatzteilen, Instandsetzungsgeräten, Diagnose- oder Ausrüstungsgegenständen sicherzustellen (siehe vorne, III.2.). Die EU-Kommission befristete die KFZ-GVO 2010 bis zum 31. Mai 2023 und stellte in Aussicht, sie werde die Entwicklungen im KFZ-Sektor laufend beobachten und einen Bewertungsbericht über die KFZ-GVO erstellen¹³⁸. Dieser Bewertungsbericht soll bis zum 31. Mai 2021 vorliegen¹³⁹. Auch die für den Primärmarkt geltende Vertikal-GVO ist befristet, sie gilt bis zum 31. Mai 2022.

Um die Entwicklungen in der EU bei einer allfälligen Revision der KFZ-Bekanntmachung besser berücksichtigen zu können, hat die WEKO am 9. September 2019 entschieden, die Geltungsdauer der KFZ-Bekanntmachung um ein Jahr bis zum 31. Dezember 2023 zu verlängern.

¹²⁸ Ein unabhängiger Händler ist ein Händler von neuen KFZ, der nicht dem vom KFZ-Anbieter eingerichteten Vertriebssystem angehört (Art. 5 Abs. 1 KFZ-Bek).

¹²⁹ Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. vom 1. August 2002, Nr. L 203, 30 (KFZ-GVO 2002).

¹³⁰ Erwägungsgründe II. und III. der KFZ-Bekanntmachung.

¹³¹ Erwägungsgrund 10 der KFZ-GVO 2010.

¹³² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung, ABl. vom 26. Oktober 2012, Nr. C 326, 49 ff. (AEUV).

¹³³ Erwägungsgründe 5 ff. der KFZ-GVO.

¹³⁴ Erwägungsgrund 13 der KFZ-GVO.

¹³⁵ Art. 3 Vertikal-GVO.

¹³⁶ Erwägungsgrund 14 der KFZ-GVO.

¹³⁷ Art. 5 KFZ-GVO; Rz.16 der KFZ-Leitlinien (Fn. 85).

¹³⁸ Erwägungsgründe 20 ff. der KFZ-GVO.

¹³⁹ Art. 7 KFZ-GVO.

V. Fazit und Ausblick

Mit der EVR haben die Wettbewerbsbehörden ein wirksames Instrument, um im Einvernehmen mit den an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen den rechtmässigen Zustand – d.h. wirksamen Wettbewerb auf den Märkten – rasch wiederherzustellen und ein Verfahren effizient zum Abschluss zu bringen. Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf hybride Verfahren zu hoffen, dass die Rechtsmittelinstanzen die Beschwerdelegitimation der Nicht-EVR-Parteien zur Anfechtung der gegenüber den EVR-Parteien ergangenen Teilverfügungen auch dann verneinen, wenn in der Teilverfügung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der EVR-Parteien beurteilt wird. Denn ansonsten könnte die EVR für die vergleichswilligen Unternehmen an Attraktivität einbüßen.

Die Evaluation des Kartellgesetzes vor rund zehn Jahren hat gezeigt, dass in der Schweiz ein grosses Potenzial besteht, das Kartellzivilrecht zu stärken¹⁴⁰. Vor diesem Hintergrund war eines der Ziele der vom Bundesrat im Februar 2012 verabschiedeten Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes, den zivilrechtlichen Weg mit der Ausweitung der Klagelegitimation auf die privaten und öffentlichen Haushalte als Endkunden zu beleben. Mit dem Nichteintretensentscheid des Nationalrats vom September 2014 scheiterte dieses Revisionsprojekt. In der Zwischenzeit wurde in der EU die Schadensersatzrichtlinie¹⁴¹ eingeführt, womit die zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der EU an Bedeutung gewonnen hat. Die EU-Kommission weist in ihren Pressemitteilungen darauf hin, dass Unternehmen, die von dem beschriebenen wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen sind, vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf Schadensersatz klagen können¹⁴². In der Schweiz gibt es momentan erneut Anstösse für eine KG-Revision. In diesem Rahmen müsste auch die Diskussion über eine Stärkung des Kartellzivilrechts wieder auf den Tisch kommen.

Im Zusammenhang mit einer allfälligen Revision der KFZ-Bekanntmachung im Jahr 2023 wird zu beurteilen sein, ob eine sektorspezifische KFZ-Bekanntmachung weiterhin erforderlich ist und, falls ja, ob dies für den Primärmarkt gleichermassen gilt wie für den Sekundärmarkt. Im Rahmen der letzten Revision der KFZ-Bekanntmachung erachtete es die WEKO aufgrund der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen im Automobilsektor als nicht angemessen, die gleiche Lösung wie in der EU zu wählen und entschied sich für eine Beibehaltung der KFZ-Bekanntmachung für den Primärmarkt und den Sekundärmarkt¹⁴³. Es ist zu erwarten, dass die WEKO eine Vernehmlassung durchführen wird, in deren Rahmen sich die interessierten Kreise zu einer allfälligen Revision der KFZ-Bekanntmachung werden äussern können.

Zusammenfassung

Im Automobilsektor hat sich in letzter Zeit aus kartellrechtlicher Sicht einiges bewegt. Das BGer äusserte sich auf Beschwerde von zwei Autogaragen hin zum ersten Mal zur Beschwerdelegitimation in einem hybriden kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, in dem nur eine der Parteien eine einvernehmliche Regelung (EVR) mit dem WEKO-Sekretariat abgeschlossen hatte. Es verneinte die Legitimation der Nicht-EVR-Parteien zur Anfechtung der gegenüber der EVR-Partei ergangenen Teilverfügung. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Begründung des BGer und zeigt auf, dass diese auf den konkreten Einzelfall zugeschnitten ist und nicht telquel auf andere hybride Verfahren übernommen werden kann.

Verschiedene kantonale Zivilgerichte beurteilten Klagen von Autogaragen auf Aufnahme ins offizielle Servicepartnernetz eines KFZ-Anbieters. Die Klägerinnen brachten u.a. vor, die Kündigung eines be-

¹⁴⁰ A. HEINEMANN/C. BAUDENBACHER, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, Zürich 2008; Projekt P9 der KG Evaluation gemäss Art. 59a KG (gemäss Fn. 39).

¹⁴¹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014, Nr. L 349, 1 (Schadensersatzrichtlinie).

¹⁴² Vgl. z.B. EU-Kommission, Pressemitteilung IP/19/5911 vom 27. September 2019, «Kartellrecht: EU-Kommission verhängt gegen Coroos und Groupe CECAB in einem Vergleichsverfahren Geldbußen in Höhe von 31.6 Mio. EUR wegen Beteiligung an einem Kartell für Dosengemüse», abrufbar unter <www.europa.eu> ' Press releases (Oktober 2019).

¹⁴³ WEKO-Medienmitteilung vom 5. Juli 2015: «WEKO revidiert die KFZ-Bekanntmachung und deren Erläuterungen», abrufbar unter <www.weko.admin.ch> ' Dokumentation ' Mediendokumente (September 2019).

stehenden oder die Verweigerung eines neuen Vertrags sei in kartellrechtlich unzulässiger Weise erfolgt, drangen mit ihren Begehren allerdings nicht durch. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Gründen für die Abweisung der Klagen auseinander.

Die WEKO hat ihre KFZ-Bekanntmachung und die zugehörigen Erläuterungen aktualisiert. Sie hat darin die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen «Gaba» aufgenommen, die Begriffe und die Praxis im Zusammenhang mit der Herstellergarantie präzisiert und die Geltungsdauer der KFZ-Bekanntmachung um ein Jahr verlängert. Der vorliegende Beitrag legt dar, welche Anpassungen aus welchen Gründen erfolgt sind.

Résumé

Dans le secteur automobile, beaucoup de changements ont eu lieu récemment du point de vue du droit de la concurrence. À la suite du recours administratif de deux garages automobiles, le TF a statué pour la première fois sur le droit de recours dans le cadre d'une procédure administrative hybride, dans laquelle seulement l'une des parties a conclu un accord amiable avec le secrétariat de la COMCO. Le TF a nié le droit de recourir des parties qui n'ont pas signé l'accord pour contester la décision partielle rendue à l'encontre de la partie signataire de l'accord. Le présent article examine le raisonnement du TF et montre qu'il est adapté au cas individuel spécifique et ne peut être repris tel quel pour d'autres procédures hybrides.

Plusieurs tribunaux civils cantonaux ont jugé des actions intentées par des garages automobiles en vue de leur admission dans le réseau officiel de partenaires de service d'un fournisseur de véhicules automobiles. Les requérants faisaient valoir, entre autre, que la résiliation d'un contrat existant ou le refus d'un nouveau contrat était illicite en vertu du droit des cartels. Leurs demandes ont cependant été rejetées. Cet article traite des motifs du rejet de ces actions.

La COMCO a mis à jour sa Communication automobile et les notes explicatives correspondantes. Elle a intégré la jurisprudence du TF dans l'affaire Gaba, clarifié les définitions et la pratique relatives à la garantie du constructeur et prolongé d'un an la durée de validité de la Communication automobile. Cet article expose quelles modifications ont été effectués et pour quelles raisons.