

Aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen insbesondere im Automobilsektor – Bemerkungen aus Anwaltssicht

MARTIN THOMANN*

In einem Artikel in der sic! 1/2020 hat Dr. CARLA BEURET, Referentin im Sekretariat der Wettbewerbskommission, drei aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen im Automobilsektor beleuchtet¹. Der vorliegende Artikel ergänzt diese drei Entwicklungen (Beschwerdelegitimation bei hybriden Verfahren, von Bedeutung über den Automobilsektor hinaus; kartellrechtliche Zivilverfahren im Automobilsektor; Anpassungen an der KFZ-Bekanntmachung und den KFZ-Erläuterungen) aus Sicht eines Kartellrechtsanwalts und würdigt sie teilweise abweichend.

Dans un article paru dans la sic! 1/2020, Dr. CARLA BEURET, collaboratrice au Secrétariat de la Commission de la concurrence, a examiné trois développements actuels en droit de la concurrence dans le secteur automobile¹. Le présent article complète ces trois développements (qualité pour recourir en procédures hybrides, question d'importance au-delà du secteur automobile; procédures civiles en droit de la concurrence dans le secteur automobile; adaptation de la Communication automobile et de la note explicative CommAuto) du point de vue d'un avocat spécialisé en droit de la concurrence et les évalue en partie différemment.

I. Übersicht

II. Hybride Verfahren

1. Grundsätzliches
2. Das Verfahren «VPVW Stammtische/Repo 2013»
3. Problematik hybrider Verfahren
4. Fazit: Korrekte, aber nur beschränkt verallgemeinerungsfähige Bundesgerichtsurteile in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013»

III. Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes im Automobilsektor

1. Verhältnis von öffentlichem und zivilem Kartellrecht
2. Praxis der Zivilgerichte
3. Praktisch zentrale Rechtsfragen
4. Fazit

IV. Aktualisierung der Kfz-Bekanntmachung und der Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung

1. Inhaltliche Anpassungen an das «Gaba»-Urteil des BGer und an die aktuelle Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission
2. Grundsatzthema: Unterschiedliche Rechtslage in der Schweiz und in Europa
3. Politischer Vorstoss zum Erlass einer bundesrätlichen Verordnung im Automobilsektor

Zusammenfassung / Résumé

I. Übersicht

Bei sogenannten «hybriden Verfahren» der Wettbewerbskommission, bei denen nur ein Teil der Parteien eine einvernehmliche Regelung («EVR») mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission abschliesst, sind unterschiedliche Interessen zu berücksichtigen. Einerseits besteht ein öffentliches Interesse an Verfahrensökonomie und an der raschen Umsetzung der Regelung in der EVR und haben die EVR-Parteien ein Interesse an der Erledigung des Verfahrens und damit an Rechtssicherheit. Andererseits haben die Nicht-EVR-Parteien ein Interesse daran, dass ihre Stellung nicht präjudiziert wird und ihre Verfahrensrechte gewahrt werden. Die Bundesgerichtsurteile vom 8. Mai 2019, in denen die

* Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner bei ADROIT Anwälte, Zürich. Der Autor war während seiner früheren Tätigkeit als Counsel bei Homburger AG am besprochenen hybriden Verfahren (II.) als Rechtsvertreter der EVR-Partei und an mehreren Zivilverfahren betreffend Aufnahme ins Werkstattnetz (III.) auf Beklagtenseite beteiligt. Zurzeit führt er keine hängigen Verfahren zu den besprochenen Themen und gibt seine persönliche Auffassung wieder. Der Autor dankt RA lic. iur. Andreas Burger, LL.M., Counsel bei Homburger AG, und RA lic. iur. David Mamane, LL.M., Partner bei Schellenberg Wittmer AG, für die kritische Durchsicht des Manuskripts dieses Artikels und die hilfreichen Hinweise.

¹ C. BEURET, Aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen im Automobilsektor, sic! 1/2020, 11 ff.

Beschwerdelegitimation zweier Nicht-EVR-Parteien mit Bezug auf die Teilverfügung gegenüber der EVR-Partei verneint wurde, waren im spezifischen Einzelfall richtig. Sie sind jedoch kein Freipass für die Führung hybrider Verfahren. Bei richtiger Verfahrensführung, für welche die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat sorgen müssen und können, sind hybride Verfahren aber rechtlich zulässig und sinnvoll (vgl. hierzu II.).

Der überwiegende Teil der bisherigen kartellzivilrechtlichen Gerichtspraxis in der Schweiz betraf den Automobilsektor und insbesondere kartellrechtlich begründete Massnahmebegehren oder Klagen von Automobilgaragen gegen Importeure bezüglich Aufnahme in das bzw. Belassung im Werkstattnetz. Während solche Begehren bislang abgewiesen bzw. darauf nicht eingetreten wurde, hat das OGer Luzern in einem Massnahmeentscheid vom 29. Oktober 2019 erstmals den kartellrechtlichen Anspruch einer Automobilgarage bejaht. In der Praxis zentrale Rechtsfragen sind neben dem Bestehen oder Nichtbestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs die örtliche Zuständigkeit und im Massnahmeverfahren die Dringlichkeit (vgl. III.).

Die Wettbewerbskommission hat am 9. September 2019 ihre sogenannte Kfz-Bekanntmachung und die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung aktualisiert und punktuell angepasst. Die Anpassungen an die bundesgerichtliche Rechtsprechung und an die aktuelle Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission sind zu begrüßen. Es darf darob aber nicht vergessen gehen, dass die wettbewerbsrechtliche Regulierung des Automobilsektors in der Schweiz seit dem Jahr 2013 und unverändert strenger ist als in der Europäischen Union. Nachdem die Geltungsdauer der Kfz-Bekanntmachung am 9. September 2019 um ein Jahr bis zum 31. Dezember 2023 verlängert wurde, wird sich spätestens im Jahr 2023 die Frage stellen, ob dieser sektorspezifische Sonderfall Schweiz weiterhin aufrechterhalten werden soll (vgl. IV.).

II. Hybride Verfahren

1. Grundsätzliches

Ein hybrides Verfahren im weiteren Sinn ist ein kartellrechtliches Verfahren, das nur gegenüber einem Teil der Verfahrensparteien mit der Genehmigung einer EVR abgeschlossen wird. In einem hybriden Verfahren im engeren Sinn oder «sequenziell hybriden Verfahren» wird das Verfahren gegenüber den EVR-Parteien mit einer separaten Teilverfügung abgeschlossen und gegenüber den Nicht-EVR-Parteien in einem ordentlichen Verfahren weitergeführt². Die nachfolgend thematisierten Probleme stellen sich einzig in sequenziell hybriden Verfahren.

Eine Teilverfügung, in der das Verfahren gegenüber einzelnen Parteien abgeschlossen und im Übrigen weitergeführt wird, wird im Kartellgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es gelten deshalb gemäss Art. 39 KG die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren («VwVG»). Das VwVG enthält keine Voraussetzungen für den Erlass einer Teilverfügung. Es steht deshalb im pflichtgemässen Ermessen der verfügenden Behörde, ob sie eine Teilverfügung erlassen will, gestützt auf allgemeine verwaltungsrechtliche Kriterien (insbesondere öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit).

Öffentliche Interessen an einer Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien sind etwa die Verfahrensökonomie (Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens, insbesondere durch den Anreiz zum Abschluss einer EVR) und die raschere Umsetzung der Verpflichtungen durch die EVR-Parteien für die Zukunft. Zudem haben die EVR-Parteien ein Interesse an Verfahrensökonomie und daran, das Verfahren erledigen und damit Rechtssicherheit erlangen zu können.

Umgekehrt ist es aber das Recht jeder Verfahrenspartei, keine EVR abzuschliessen und eine kartellrechtliche Beurteilung ihres Verhaltens im ordentlichen Verfahren zu erwirken. Dadurch dürfen den Nicht-EVR-Parteien keine Nachteile entstehen, insbesondere darf deren Stellung im ordentlichen Verfahren nicht präjudiziert werden.

In diesem Spannungsverhältnis ist die Zulässigkeit von sequenziell hybriden Verfahren zu beurteilen. Die Bundesgerichtsurteile vom 8. Mai 2019 in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013» (vgl. II.2.) schaffen hierzu Klärung. Sie sind aber aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls nur beschränkt

² Vgl. zur Terminologie Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 13; S. MEIER/D. BRUCH, KG, Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 19 N 22 Fn. 27; C. BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht, in: Jusletter 27. März 2017, Rz. 21 ff.

verallgemeinerungsfähig und deshalb kein Freibrief für die Führung sequenziell hybrider Verfahren (vgl. II.3).

2. Das Verfahren «VPVW Stammtische/Repo 2013»

Den Bundesgerichtsurteilen vom 8. Mai 2019 in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013»³ lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde⁴. In einer Untersuchung der Wettbewerbskommission bezüglich Preisabsprachen zwischen verschiedenen Automobilhändlern beim Verkauf von Neufahrzeugen des Volkswagenkonzerns hatte eine Verfahrenspartei früh im Verfahren eine EVR abgeschlossen. Eine Teilverfügung vom 8. August 2014 des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission über die Genehmigung dieser EVR wurde vom BVGer mit wenig überzeugender Begründung infolge Unzuständigkeit als nichtig angesehen. In der Folge genehmigte die Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde mit Teilverfügung vom 6. Juni 2016 die EVR erneut. Zwischenzeitlich war am 19. Oktober 2015 bereits die Verfügung der Wettbewerbskommission gegenüber den übrigen Verfahrensparteien ergangen, in welcher diesen Sanktionen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auferlegt wurden.

Die Bundesgerichtsurteile vom 8. Mai 2019 betrafen die Beschwerden zweier Nicht-EVR-Parteien gegen die (neue) Genehmigungsverfügung gegenüber der EVR-Partei vom 6. Juni 2016. Das BGer schützte den Entscheid des BVGer, mangels Beschwerdelegitimation nicht auf diese Beschwerden einzutreten⁵.

Daneben haben einzelne der Nicht-EVR-Parteien Beschwerde gegen die (sie direkt betreffende) Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 eingereicht. Diese Beschwerden sind zurzeit noch vor dem BVGer hängig.

Das Verfahren «VPVW Stammtische/Repo 2013» betraf zwar den Automobilmarkt. Es ging dabei aber nicht um die sektorspezifische Regulierung oder kartellrechtliche Besonderheiten des Automobilsektors. Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission waren vielmehr mutmassliche Wettbewerbsabsprachen über eine gemeinsame Rabattpolitik, d.h. Preisabsprachen, wie sie in jeder Branche vorkommen können. Insofern sind die Aussagen in den Bundesgerichtsurteilen vom 8. Mai 2019 über den Einzelfall und den Automobilsektor hinaus verallgemeinerungsfähig.

Aussergewöhnlich am Verfahren «VPVW Stammtische/Repo 2013» ist hingegen die Tatsache, dass (aufgrund der Nichtigkeit der ursprünglichen Genehmigungsverfügung) der Verfahrensabschluss gegenüber der EVR-Partei erst *nach* dem Verfahrensabschluss gegenüber den Nicht-EVR-Parteien erfolgte. Diese pathologische Konstellation dürfte einzigartig bleiben. In aller Regel erfolgt der Verfahrensabschluss gegenüber den EVR-Parteien lange *vor* dem Abschluss des ordentlichen Verfahrens, das gegenüber den Nicht-EVR-Parteien weitergeführt wird. Dies hat zur Folge, dass die Bundesgerichtsurteile vom 8. Mai 2019 nur beschränkt verallgemeinerungsfähig sind (vgl. II.3 und II.4).

3. Problematik hybrider Verfahren

Das Hauptrisiko eines sequenziell hybriden Verfahrens mit einer Teilverfügung vor Abschluss des ordentlichen Verfahrens ist die mögliche Präjudizierung dieses ordentlichen Verfahrens. Eine Präjudizierung kann in *personeller* Hinsicht erfolgen, d.h. durch Vorbefassung, womit sich die Frage der Befangenheit der vorbereiteten Personen stellt (II.3.a). Sie kann aber auch in inhaltlicher Hinsicht erfolgen, wenn die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien den Inhalt der zeitlich späteren Verfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren präjudiziert (II.3.b).

³ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018 (auszugsweise publiziert in BGE 145 II 259 ff.; vollständig publiziert in RPW 2019, 1074 ff.) und 2C_525/2018.

⁴ Für eine ausführlichere Darstellung vgl. BEURET, (Fn.1), II. am Anfang.

⁵ BVGer vom 3. Mai 2018, B-5107/2016 und B-5113/2016.

a) *Personelle Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens: Vorbefassung*

aa) *Rechtliche Grundlagen*

In kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren sind die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 30 und 32 BV anwendbar⁶. Dabei ist es gemäss dem Bundesgerichtsurteil in Sachen «Publigroupe» ausreichend, wenn erst das BVGer als Rechtsmittelinstanz unabhängig und mit voller Kognition Entschiede der Wettbewerbskommission überprüft⁷. Ein Mindestanspruch auf Unbefangenheit besteht aber auch im Verwaltungsverfahren. Gemäss ausdrücklicher Regelung in Art. 22 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund gemäss Art. 10 VwVG vorliegt. Für Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission gilt Art. 10 VwVG⁸.

Praktisch relevant ist dabei primär der Ausstandsgrund, dass eine Person «aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte» (Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG). Dies ist der Fall, wenn bei objektiver Betrachtung der Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit vorliegen, wobei insbesondere Vorbefassung zur Gefahr der Voreingenommenheit führt⁹.

Im Strafverfahren stellt die Vorbefassung, d.h. die Tätigkeit in der gleichen Sache in einer anderen Stellung, einen ausdrücklichen Ausstandsgrund dar (Art. 56 lit. b StPO). Das BGer hat in den Urteilen vom 9. Mai 2019 in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013» eine (auch bloss analoge) Anwendung der strafprozessualen Normen auf die Beurteilung hybrider Verfahren abgelehnt. Das kartellrechtliche Verfahren vor der Wettbewerbskommission richte sich nach dem VwVG und nicht nach der Strafprozessordnung, auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich gelte¹⁰. Zur Konkretisierung, wann Vorbefassung zu Befangenheit führt, kann aber meines Erachtens dennoch die strafprozessuale Praxis berücksichtigt werden: Im Strafprozessrecht stellt gemäss der strafrechtlichen Kammer des BGer die Verurteilung eines Angeschuldigten in einem früheren Verfahren bei gleichem Lebenssachverhalt noch keinen Ausstandsgrund dar¹¹. Ein Ablehnungsrecht dürfte «nur in engen Grenzen anerkannt werden, und zwar zum Beispiel dort, wo der Richter im früheren Verfahren den Angeschuldigten A verurteilte in der Erwägung, es sei erwiesen, dass dieser mit dem im späteren Verfahren angeschuldigten B die Tat begangen habe»¹².

bb) *Wettbewerbskommission und Kammer für Teilverfügungen*

Auf der Ebene der Wettbewerbskommission als entscheidende Behörde wurde das Problem der Vorbefassung institutionell gelöst mit der Schaffung einer Kammer für Teilverfügungen im seit dem 1. November 2015 gültigen Geschäftsreglement¹³. Diese Kammer «schliesst auf Antrag des Sekretariats das Untersuchungsverfahren für einen Teil der Parteien mit Teilverfügung ab, während die Untersuchung gegen den übrigen Teil der Parteien weitergeführt wird» (Art. 19 Abs. 1 GR-WEKO). Die Wettbewerbskommission beabsichtigt damit, zu verhindern, «dass aufgrund der zeitlich früheren Teilverfügungen für einen Teil der Parteien die Beschlussfähigkeit der ganzen Kommission beim späteren Entscheid über die übrigen Parteien aufgrund einer allfälligen (oder behaupteten) Befangenheit (Vorbefassung) in Frage steht»¹⁴.

Der Entscheid über den Verfahrensabschluss gegenüber den übrigen Parteien bleibt in der Kompetenz der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde¹⁵. Hierbei stellt sich die Frage des Ausstands der Mitglieder der Kammer für Teilverfügungen wegen Vorbefassung. Grundsätzlich hat dabei jedes

⁶ BGE 139 I 72 ff., 78 ff. E. 2, «Publigroupe SA».

⁷ BGE 139 I 72 ff., 80 ff. E. 4, «Publigroupe SA».

⁸ R. KIENER/F. LAUBSCHER, KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 22 N 45; vgl. den generellen Verweis auf das VwVG in Art. 39 KG.

⁹ KIENER/LAUBSCHER (Fn. 8), KG 22 N 21 f.

¹⁰ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2 (BGE 145 II 259 ff., 268; RPW 2019, 1074 ff., 1078) und 2C_525/2018, E. 2.6.2; zur strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Natur der kartellrechtlichen Sanktionen vgl. BGE 143 II 297 ff., 337 E. 9.1, «Gaba»; BGE 139 I 72 ff., 79 E. 2.2.2 und 83 E. 4.5, «Publigroupe SA».

¹¹ BGE 115 Ia 34 ff., 40 E. 2.c.cc.

¹² BGE 115 Ia 34 ff., 40 E. 2.c.cc.

¹³ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015, vom Bundesrat genehmigt am 25. September 2015 («GR-WEKO»; SR 251.1).

¹⁴ Jahresbericht 2015 der Wettbewerbskommission, RPW 2016, 1 ff., 11; KIENER/LAUBSCHER (Fn. 8), KG 22 N 22.

¹⁵ Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO und Art. 19 GR-WEKO *e contrario*; Jahresbericht 2015 der Wettbewerbskommission, RPW 2016, 1 ff., 11.

einzelne Mitglied selbst und von Amtes wegen zu entscheiden, ob ein Ausstandsgrund gegeben ist. Damit sich die Nicht-EVR-Parteien zu dieser Frage äussern können, ist ihnen im Voraus bekannt zu geben, welche Mitglieder der Wettbewerbskommission am Entscheid gegenüber den Nicht-EVR-Parteien mitwirken¹⁶. Meines Erachtens ist ein Ausstand der Mitglieder der Kammer für Teilverfügungen wegen Vorbefassung immer erforderlich, wenn sich die Teilverfügung zum Sachverhalt (schon nur bezüglich der EVR-Parteien) und zu dessen rechtlicher Würdigung geäussert hat. Auch wenn in der Teilverfügung nichts zum Verhalten der Nicht-EVR-Parteien gesagt wird (vgl. zu diesem Erfordernis II.3.b), wird doch derselbe Sachverhalt beurteilt. Ein Ausstand dürfte nur dann nicht erforderlich sein, wenn die Teilverfügung bloss die EVR aufgrund übereinstimmender Anträge des Sekretariats und der EVR-Parteien genehmigt, ohne sich zum Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung zu äussern¹⁷.

Für die Beschlussfähigkeit der Wettbewerbskommission und ihrer Kammern ist von Gesetzes wegen verlangt, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder, in jedem Fall aber mindestens drei Mitglieder, anwesend sind¹⁸. Das Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission verlangt darüber hinaus, dass mehr als die Hälfte der anwesenden Mitglieder unabhängige Sachverständige sind¹⁹. Da von den drei Mitgliedern der Kammern der Wettbewerbskommission mindestens zwei Mitglieder unabhängige Sachverständige sein müssen²⁰, kann der Ausstand von Mitgliedern der Kammer für Teilverfügungen allenfalls zu Problemen bei der Beschlussfassung der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde führen. Solche praktischen Probleme dürfen aber nicht dazu führen, dass ein grosszügigerer Massstab an die Beurteilung des Ausstandsgrunds der Vorbefassung angelegt wird.

Eine gefestigte Praxis der Wettbewerbskommission zur Frage der Vorbefassung und des Ausstands besteht noch nicht. Im Verfahren «Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I» war ein Mitglied der Kammer für Teilverfügungen²¹, die am 10. Juli 2017 eine Teilverfügung erlassen hatte, auch am späteren Entscheid der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde vom 26. März 2018 beteiligt²². Dies erscheint aber insofern weniger problematisch, als mit der Teilverfügung vom 10. Juli 2017 bloss das Verfahren gegenüber zwei Parteien eingestellt worden war und damit nicht über die Beteiligung anderer Parteien an einer Wettbewerbsabrede zu befinden war. Im Verfahren «VPVW Stammtische/Repo 2013» war der Vizepräsident der Wettbewerbskommission, der ursprünglich die (vom BVGer als nichtig erachtete) Teilverfügung erlassen hatte, beim Entscheid über die Sanktionsverfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien in den Ausstand getreten²³. In verschiedenen anderen Verfahren hat die Kammer für Teilverfügungen das Verfahren gegenüber EVR-Parteien abgeschlossen, die Verfügungen der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde in den weitergeführten ordentlichen Verfahren sind aber noch nicht ergangen²⁴.

cc) Sekretariat der Wettbewerbskommission

Heikler ist das Thema der Vorbefassung meines Erachtens auf der Ebene des Sekretariats der Wettbewerbskommission. Das Sekretariat hat zwar als Untersuchungsbehörde grundsätzlich keine Entscheidungsfunktion²⁵. In der Praxis kommt dem Sekretariat der Wettbewerbskommission aber regelmässig eine erhebliche Bedeutung auch im Hinblick auf Entscheidungen der Wettbewerbskommission

¹⁶ Vgl. zu diesem Erfordernis im Allgemeinen KIENER/LAUBSCHER (Fn. 8), KG 22 N 33.

¹⁷ Dieses Postulat wäre in den bislang öffentlich bekannten Teilverfügungen, falls überhaupt, einzig in derjenigen in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013» (RPW 2017, 279 ff.) erfüllt gewesen, wenn auf die Verweise auf die Sanktionsverfügung verzichtet worden wäre. Im konkreten Fall waren diese Verweise unproblematisch, da die Sanktionsverfügung bereits zu einem früheren Zeitpunkt ergangen war.

¹⁸ Art. 21 Abs. 1 KG.

¹⁹ Art. 6 Abs. 1 lit. b GR-WEKO.

²⁰ Art. 11 Abs. 2 lit. a GR-WEKO.

²¹ Die beiden anderen Mitglieder der Kammer für Teilverfügungen waren zum Zeitpunkt der Verfügung der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde nicht mehr im Amt.

²² Die beiden erwähnten Verfügungen sind auf der Website der Wettbewerbskommission abrufbar unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>. Die Verfügung vom 28. März 2018 der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde ist zudem publiziert in RPW 2019, 322 ff.

²³ Wettbewerbskommission, (Sanktions-)Verfügung vom 19. Oktober 2015, RPW 2019, 84 ff., 112 Rz. 179 f., «VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013».

²⁴ Vgl. die Verfahren «Yen LIBOR/Euroyen TIBOR und EURIBOR» (Medienmitteilungen der Wettbewerbskommission vom 21. Dezember 2016), «Forex» (Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2019), «Yen LIBOR» (Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2019) sowie «Automobil-Leasing» (Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 11. Juli 2019). Sämtliche Medienmitteilungen sind auf der Website der Wettbewerbskommission abrufbar unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/medieninformationen.html>.

²⁵ Vgl. MEIER/BRUCH (Fn. 2), KG 23 N 9 und 49.

zu. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission stellt den Antrag an die Wettbewerbskommission²⁶, nimmt an den Sitzungen der Wettbewerbskommission teil²⁷ und redigiert auch die Verfügungen der Wettbewerbskommission, die in der Regel nur geringfügig vom Antrag abweichen.

Befangenheit von Sekretariatsmitarbeitern im Sinne von Art. 10 VwVG wird in der (Behörden- und Gerichts-)Praxis nur zurückhaltend angenommen²⁸. Soweit dabei darauf abgestellt wird, dass dem Sekretariat der Wettbewerbskommission formal keine Entscheidbefugnis zukommt²⁹, ist dies aufgrund der erheblichen Bedeutung des Sekretariats der Wettbewerbskommission für den Entscheidungsprozess der Wettbewerbskommission problematisch. Zudem haben auch Behördenmitglieder, die einen Entscheid bloss vorbereiten, unbefangen zu sein.

Dass Sekretariatsmitarbeiter nach Erlass einer Teilverfügung weiterhin am Untersuchungsverfahren beteiligt bleiben, dürfte regelmässig noch nicht zu einem Ausstandsgrund wegen Vorbefassung führen. Ein Erfordernis, die beiden Teile eines sequenziell hybriden Verfahrens durch verschiedene Sekretariatsmitarbeiter betreuen zu lassen, würde zudem die verfahrensökonomischen Vorteile wieder zunichtemachen und erscheint angesichts der beschränkten Ressourcen des Sekretariats der Wettbewerbskommission auch nicht praktikabel.

Zu verlangen ist aber geistige Ergebnisoffenheit der mit dem Fall befassten Sekretariatsmitarbeiter. Im gegenüber den EVR-Parteien abgeschlossenen Verfahren werden regelmässig die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert³⁰. Im ordentlichen Verfahren ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission deshalb verpflichtet, diese Sachverhaltsermittlungen nachzuholen und eine umfassende rechtliche Würdigung vorzunehmen. Dabei können sich neue tatsächliche oder rechtliche Elemente ergeben, welche im Verhältnis zu den EVR-Parteien nicht berücksichtigt werden konnten oder nicht berücksichtigt wurden. Die Sekretariatsmitarbeiter müssen im ordentlichen Verfahren auch tatsächlichen und rechtlichen Elementen nachgehen, die im Widerspruch zur Einschätzung in der Teilverfügung stehen, und dies sowohl aus eigenem Antrieb als auch (in der Praxis wohl häufiger) aufgrund der Argumente von Nicht-EVR-Parteien. Die Nichtberücksichtigung von entlastenden Elementen aufgrund eines *confirmation bias* kann zu Befangenheit «aus anderen Gründen» im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG führen und damit einen Ausstandsgrund begründen.

Ausser in krassen Fällen dürfte dieses Erfordernis der geistigen Ergebnisoffenheit zwar nur schwer justiziabel sein. Umso wichtiger ist die Bereitschaft der Sekretariatsmitarbeiter, die Gefahr eines *confirmation bias* zu erkennen und im ordentlichen Verfahren offen zu bleiben gerade auch für Elemente, welche den bisherigen Untersuchungsergebnissen widersprechen. Dabei ist es nicht ausreichend, dass geistige Ergebnisoffenheit bloss postuliert wird. Erforderlich und für die Akzeptanz der Arbeit des Sekretariats der Wettbewerbskommission entscheidend ist vielmehr, dass geistige Ergebnisoffenheit auch gelebt wird und für die Nicht-EVR-Parteien aus dem Verhalten im ordentlichen Verfahren ersichtlich wird.

²⁶ Art. 30 Abs. 1 KG.

²⁷ Art. 5 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 GR-WEKO; vgl. auch KIENER/LAUBSCHER (Fn. 8), KG 22 N 22.

²⁸ Vgl. Präsident der Wettbewerbskommission, Zwischenverfügung vom 21. September 2015, RPW 2016, 292 ff. (Ausstandsbegehren abgelehnt); BVGer vom 12. Februar 2016, B-6830/2015, RPW 2016, 338 ff. (Beschwerde gegen vorstehend erwähnte Zwischenverfügung abgelehnt); Präsident der Wettbewerbskommission, Zwischenverfügung vom 15. September 2010, RPW 2011, 306 ff. (Ausstandsbegehren abgelehnt); BVGer vom 9. Juni 2011, B-7483/2010, RPW 2011, 318 ff. (Beschwerde gegen vorstehend erwähnte Zwischenverfügung abgelehnt); BVGer vom 1. September 2008, B-8282/2007, RPW 2008, 508 ff. (Wiederholung von Verfahrenshandlungen nach freiwilligem Ausstand eines Sekretariatsmitarbeiters abgelehnt); BGer vom 24. März 2009, 2C_732/2008, RPW 2009, 331 ff. (Beschwerde gegen vorstehend erwähntes Urteil des BVGer abgelehnt).

²⁹ So BVGer vom 12. Februar 2016, B-6830/2015 E. 5.2, RPW 2016, 338 ff., 342.

³⁰ Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, «Vorlage Einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG», A. Vorbemerkungen lit. b).

b) *Inhaltliche Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens: Würdigung des Verhaltens der Nicht-EVR-Parteien*

aa) *Grundsätzliches*

Eine inhaltliche Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens erfolgt dann, wenn die Teilverfügung bereits das Verfahren der Nicht-EVR-Parteien kartellrechtlich würdigt, welches erst Gegenstand des ordentlichen Verfahrens bildet. Wird in der Teilverfügung festgehalten, die EVR-Parteien A und B hätten ein Kartell gebildet, an dem auch die Nicht-EVR-Parteien C und D beteiligt waren, präjudiziert dies das ordentliche Verfahren gegenüber C und D. Dies zwar wohl nicht rechtlich, da C und D nicht Verfügungsadressaten der Teilverfügung sind, wohl aber faktisch. In der Verfügung im ordentlichen Verfahren muss dann nämlich von einer früheren Einschätzung abgewichen werden. Eine solche faktische Präjudizierung erfolgt auch dann, wenn die Mitglieder der Kammer für Teilverfügungen beim Entscheid der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde in den Ausstand treten und wenn die Begründung der Teilverfügung den übrigen Mitgliedern der Wettbewerbskommission nicht bekannt ist³¹.

Gemäss BGer ist eine (auch bloss analoge) Anwendung der strafprozessualen Normen auf die Beurteilung hybrider Verfahren abzulehnen³². Auch wenn die Strafprozessordnung aber analog berücksichtigt würde, erlaubt diese die Erledigung eines Verfahrens gegenüber nur einem Teil der Verfahrensparteien. Gemäss Art. 30 StPO können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte Verfahren aus sachlichen Gründen ausnahmsweise trennen. Solche sachlichen Gründe können etwa darin liegen, dass das Verfahren gegen gewisse Beschuldigte im abgekürzten Verfahren oder mit einem Strafbefehl erledigt werden kann, wenn z.B. nur ein Teil der Angeschuldigten den relevanten Sachverhalt eingesteht³³. Auch strafprozessual ist aber erforderlich, dass die Trennung des Verfahrens nicht die Stellung und/oder die Verteidigungsrechte der Parteien beeinträchtigt, gegen welche das Verfahren weitergeführt wird³⁴.

Eine inhaltliche Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens ist auch der Kernpunkt zur Beurteilung der Beschwerdelegitimation der Nicht-EVR-Parteien mit Bezug auf die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien. Für die Beschwerdelegitimation vor dem BVer ist u.a. vorausgesetzt, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (materielle Beschwer, Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG). Wenn der Inhalt der Teilverfügung das ordentliche Verfahren und damit die Rechtsstellung der Nicht-EVR-Parteien präjudiziert, kann eine solche materielle Beschwer im Einzelfall gegeben sein.

Für die Beschwerdelegitimation ist zusätzlich die formelle Beschwer erforderlich, d.h., dass die Beschwerdeführerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG). Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn das gesamte Untersuchungsverfahren (gegenüber EVR-Parteien und Nicht-EVR-Parteien) als relevant angesehen wird. Dies ist meines Erachtens richtig. Eine Unterteilung in ein Genehmigungsverfahren gegenüber den EVR-Parteien und ein fortzuführendes ordentliches Verfahren gegenüber den Nicht-EVR-Parteien erfolgt regelmässig erst spät im Untersuchungsverfahren³⁵, und es erschiene künstlich, deswegen die formelle Beschwer zu verneinen.

Damit kann im Einzelfall die Beschwerdelegitimation der Nicht-EVR-Parteien gegeben sein, wenn der Inhalt der Teilverfügung das ordentliche Verfahren und damit die Rechtsstellung der Nicht-EVR-Parteien präjudiziert. Es besteht aber auch bei grundsätzlich gegebener Beschwerdelegitimation keine

³¹ Teilverfügungen der Kammer für Teilverfügungen werden in der Praxis der Wettbewerbskommission erst im Wortlaut publiziert, nachdem die Verfügung der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde ergangen ist. Zudem ist zu fordern, dass Teilverfügungen vor diesem Zeitpunkt auch intern den übrigen Kommissionsmitgliedern nicht zugänglich sind, d.h., dass behördenintern «Chinese walls» errichtet werden. Nach dem Verständnis des Autors wurde dies in einzelnen Fällen auch so gehandhabt.

³² BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2 (BGE 145 II 259 ff., 268; RPW 2019, 1074 ff., 1078) und 2C_525/2018, E. 2.6.2.

³³ N. SCHMID/D. JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, StPO 30 N 2 f.; F. RIKLIN, StPO Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, StPO 30 N 2.

³⁴ Vgl. U. BARTETZKO, BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, StPO 30 N 4, wonach die Verfahrensgarantien nicht beeinträchtigt werden dürfen.

³⁵ Dabei werden die Verfahren nicht formell (z.B. durch Verfahrensführung unter verschiedenen Verfahrensnummern) getrennt; die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien wird den Nicht-EVR-Parteien nicht formell eröffnet, aber zur Kenntnis gestellt.

Verpflichtung der Nicht-EVR-Parteien, eine Beschwerde einzureichen. Die Nicht-EVR-Parteien sind nicht Verfügungsadressaten der Teilverfügung, und das Dispositiv der Teilverfügung richtet sich nicht an sie, weshalb die Teilverfügung auch keine Rechtskraftwirkung ihnen gegenüber entfaltet. Es steht deshalb den Nicht-EVR-Parteien auch bei grundsätzlich gegebener Beschwerdelegitimation frei, die faktische Präjudizierung zu akzeptieren, ohne dadurch rechtliche Nachteile im Hinblick auf das ordentliche Verfahren gewärtigen zu müssen.

bb) Der Spezialfall «VPVW Stammtische/Repo 2013»

Im Fall «VPVW Stammtische/Repo 2013» bestand die Gefahr einer inhaltlichen Präjudizierung von vornherein nicht. Da die Genehmigungsverfügung gegenüber der EVR-Partei zeitlich erst *nach* der Sanktionsverfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien erging, konnte sie das Verfahren gegenüber den Nicht-EVR-Parteien gar nicht mehr beeinflussen. Es war deshalb korrekt, dass das BVGer eine materielle Beschwer der beiden beschwerdeführenden Nicht-EVR-Parteien verneinte und auf deren Beschwerden nicht eintrat und dass das BGer diese Nichteintretensentscheide bestätigte³⁶. Ebenso ist dem BGer zuzustimmen, wenn es festhält, dass «die hier streitige Genehmigungsverfügung [nicht] irgendeine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin» habe³⁷.

Nicht zielführend ist aber meines Erachtens die Begründung des BGer, soweit rein formal darauf abgestellt wird, dass die Genehmigungsverfügung im Dispositiv keine Feststellungen über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens getroffen habe³⁸. Mit einer Genehmigungsverfügung wird immer auch über die Sanktionierung der EVR-Partei(en) entschieden, wenn ein sanktionierbarer Tatbestand erfüllt ist. Entweder wird eine Sanktion ausgesprochen oder bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Sanktionserlass (wie im Fall «VPVW Stammtische/Repo 2013» aufgrund einer Selbstanzeige der EVR-Partei³⁹) wird auf eine Sanktion verzichtet. Damit wird – als notwendige Vorfrage mit Rechtskraftwirkung – auch das Verhalten der EVR-Partei als unzulässig qualifiziert.

Dies ist für sich alleine unproblematisch und präjudiziert das ordentliche Verfahren nicht, weshalb damit auch keine Beschwerdelegitimation für die Nicht-EVR-Parteien begründet wird, solange klar ist, dass das Verhalten der Nicht-EVR-Parteien nicht beurteilt wird⁴⁰. Hingegen kann die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien das ordentliche Verfahren präjudizieren, wenn in deren Begründung eine Beurteilung des Verhaltens der Nicht-EVR-Parteien vorgenommen wird. Wenn etwa in der Teilverfügung ausgeführt wird, dass die Teilnahme an einem bestimmten Treffen zwischen Wettbewerbern eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle, präjudiziert dies das ordentliche Verfahren für Nicht-EVR-Parteien, die ebenfalls an diesem Treffen teilgenommen haben. Sind bloss zwei Parteien an einem fraglichen Verhalten beteiligt, dürfte eine Aussage in der Teilverfügung, wonach die EVR-Partei A eine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen haben, das ordentliche Verfahren für die Nicht-EVR-Partei B ohne Weiteres präjudizieren.

cc) Schlussfolgerungen für den Regelfall eines sequenziell hybriden Verfahrens

Im Regelfall eines sequenziell hybriden Verfahrens, in dem die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien vor der Verfügung gegenüber den Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren ergeht, besteht das Risiko einer Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens. Dieses Risiko muss vom Sekretariat der Wettbewerbskommission und von der Kammer für Teilverfügungen im Auge behalten werden bei der Formulierung der Begründung der Teilverfügung, indem auf Subsumtionen verzichtet wird, welche (auch) das Verhalten der Nicht-EVR-Parteien betreffen. Dabei kann meines Erachtens ein blosser Hinweis nicht ausreichen, dass das Verhalten der Nicht-EVR-Parteien im ordentlichen Verfahren beurteilt werde⁴¹. Wenn festgehalten wird, die Parteien A, B, C und D hätten sich an einer Abrede

³⁶ Die Frage der formellen Beschwer konnte dabei vom BVGer und vom BGer offengelassen werden, da die Beschwerdelegitimationsvoraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 VwVG kumulativ erfüllt sein müssen.

³⁷ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018, E. 2.5.3 (BGE 145 II 259 ff., 266 f.; RPW 2019, 1074 ff., 1077) und 2C_525/2018, E. 2.5.3.

³⁸ BGer vom 8. Mai 2019, 2C_524/2018, E. 2.5.3 (BGE 145 II 259 ff., 266 f.; RPW 2019, 1074 ff., 1077) und 2C_525/2018, E. 2.5.3.

³⁹ Vgl. Dispositiv-Ziff. 2 der (Genehmigungs-)Verfügung vom 6. Juni 2016, RPW 2017, 279 ff., 282, «VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013»: «Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).»

⁴⁰ Insofern gleicher Meinung BEURET (Fn.1), II.4.e.

⁴¹ So wohl BEURET (Fn.1), II.4.e.

beteiligt und diese Abrede sei bezüglich A und B kartellrechtlich unzulässig, präjudiziert dies das weitere Verfahren bezüglich C und D. Vielmehr ist jegliche Würdigung des Verhaltens der Nicht-EVR-Parteien zu unterlassen.

Praktisch gesehen ist das Risiko einer Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens umso grösser, je ausführlicher die Teilverfügung ausfällt. Gemäss den standardmässig verwendeten Vorbemerkungen einer EVR kann «die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden»⁴². Hierzu ist die Praxis der Wettbewerbskommission noch nicht gefestigt. Die Genehmigungsverfügung gegenüber der EVR-Partei im Fall «VPVW Stammtische/Repo 2013» war ein fünfseitiger «Dass-Entscheid». In anderen Fällen umfasste die Teilverfügung rund 25 oder sogar über 50 Seiten. Um eine Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens und eine Beschwer der Nicht-EVR-Parteien zu vermeiden, ist eine möglichst kurze Begründung zu fordern⁴³.

4. Fazit: Korrekte, aber nur beschränkt verallgemeinerungsfähige Bundesgerichtsurteile in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013»

Zusammenfassend sind die Bundesgerichtsurteile in Sachen «VPVW Stammtische/Repo 2013» und die Nichteintretensentscheide des BVGer im konkreten Fall korrekt. Es lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass sequenziell hybride Verfahren voraussetzungslos zulässig wären bzw. dass die Beschwerdelegitimation von Nicht-EVR-Parteien mit Bezug auf die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien in jedem Fall zu verneinen wäre.

Dass eine Beschwerde gegen die Teilverfügung «rein strategisch motiviert⁴⁴» wäre, trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn die Teilverfügung gegenüber den EVR-Parteien das ordentliche Verfahren gegenüber den Nicht-EVR-Parteien präjudiziert. Diesfalls ist nämlich eine Beschwer der Nicht-EVR-Parteien nach dem Ausgeführten zu bejahen und dient eine Beschwerde der Wahrung legitimer Interessen.

Dabei kann nicht relevant sein, dass durch den Abschluss einer EVR die Verteidigungsposition der Nicht-EVR-Parteien faktisch schwieriger werden kann. Eine faktische Erschwerung, indem z.B. die EVR-Parteien das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr bestreiten, führt nicht zu einer Präjudizierung des ordentlichen Verfahrens. Die Nicht-EVR-Parteien haben aber ein schutzwürdiges Interesse daran, dass das ordentliche Verfahren durch die Teilverfügung nicht präjudiziert wird.

So gesehen sind die Bundesgerichtsurteile vom 8. Mai 2019 nur beschränkt verallgemeinerungsfähig und kein Freibrief für die Führung sequenziell hybrider Verfahren. Sequenziell hybride Verfahren sind aber zulässig und können so ausgestaltet werden, dass auch die Interessen der Nicht-EVR-Parteien gewahrt bleiben. Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat haben es in der Hand, den ausgeführten Bedenken in ihrer Praxis Rechnung zu tragen.

III. Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellgesetzes im Automobilsektor

1. Verhältnis von öffentlichem und zivilem Kartellrecht

Die kartellrechtlichen Bestimmungen zu unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG) schützen als Doppelnormen sowohl das öffentliche Interesse am Wettbewerb als Institution als auch das private Interesse der am Wettbewerb Beteiligten⁴⁵.

Die Bestimmungen können auch auf zwei unterschiedlichen Wegen durchgesetzt werden: von der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat im verwaltungsrechtlichen Verfahren (Art. 26 ff. KG) und von betroffenen Privaten im zivilrechtlichen Verfahren vor den Zivilgerichten (Art. 12 ff. KG). Im Verwaltungsverfahren haben die Wettbewerbsbehörden ein Ermessen, welchen Sachverhalten sie

⁴² Vgl. Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, «Vorlage Einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG», A. Vorbemerkungen lit. b).

⁴³ Und nur bei einer sehr kurzen Begründung der Teilverfügung, die sich nicht zum Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung äussert, ist meines Erachtens denkbar, dass die Mitglieder der Kammer für Teilverfügungen beim nachfolgenden Entscheid der Wettbewerbskommission als Gesamtbehörde nicht in Ausstand treten müssen (vgl. hierzu II.3.a)bb).

⁴⁴ So BEURET (Fn. 1), II.4.e Abs. 2, mit Bezug auf Rügen und Argumente, die gleichermassen gegen die Teilverfügung und gegen die Verfügung im ordentlichen Verfahren vorgebracht werden.

⁴⁵ M. VETTER, KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, Vor KG 12–15 N 1.

von Amtes wegen oder auf Anzeige hin nachgehen. Demgegenüber sind die Zivilgerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit verpflichtet, ein kartellzivilrechtliches Rechtsbegehren zu beurteilen.

Die praktische Relevanz des Kartellzivilverfahrens ist in der Schweiz bislang gering⁴⁶. Der überwiegende Teil der Kartellzivilverfahren betraf, soweit insbesondere aus den in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» («RPW») publizierten Entscheiden ersichtlich, den Automobilsektor.

2. Praxis der Zivilgerichte

BEURET hat in ihrem Artikel die in der RPW publizierten Entscheide von Zivilgerichten dargestellt und analysiert, welche sich mit Massnahmebegehren oder Klagen von Automobilgaragen gegen Importeure bezüglich Aufnahme in das bzw. Belassung im Werkstattnetz befassen⁴⁷. Zusätzlich zu den dort rapportierten, in der RPW publizierten Entscheiden sind mehrere, neuere Entscheide zu dieser Thematik relevant. Ein Entscheid wurde eben in der neusten Ausgabe der RPW publiziert; andere Entscheide wurden (noch) nicht in der RPW publiziert, sind aber online abrufbar.

Insbesondere hat das OGer Luzern mit Massnahmeentscheid vom 29. Oktober 2019 den Anspruch einer Automobilgarage auf Belassung im Werkstattnetz des Importeurs während der Dauer des Hauptverfahrens bejaht⁴⁸. Es handelt sich dabei soweit ersichtlich um den ersten und bislang einzigen Entscheid eines Schweizer Gerichts, in dem ein solcher Anspruch zumindest im Rahmen eines Massnahmeverfahrens bejaht wurde (vgl. hierzu III.3.a).

Sodann hat das HGer Zürich ein Massnahmebegehren betreffend (Wieder-)Aufnahme in das Werkstattnetz abgewiesen⁴⁹. Neben prozessualen Gründen war für diese Beurteilung massgeblich, dass das HGer Zürich gestützt auf die eigene frühere Praxis von einem markenübergreifend abzugrenzenden Aftersales-Markt ausging, weshalb die Gesuchstellerin keine Marktbeherrschung glaubhaft gemacht habe.

Weiter ist das HGer St.Gallen mit Entscheid vom 6. Juli 2017 mangels Zuständigkeit nicht auf ein Massnahmebegehren bezüglich Belassung im Werkstattnetz eingetreten⁵⁰. Das HGer erachtete eine vertragliche Gerichtsstandsklausel als anwendbar auch auf eine Streitigkeit um die Fortführung des Vertragsverhältnisses gestützt auf eine kartellrechtliche Grundlage (vgl. hierzu III.3.b). Eine materielle Beurteilung des geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruchs erfolgte dementsprechend nicht.

Schliesslich hat die CdJ Genf mit Entscheid vom 23. Juni 2017 ein Massnahmebegehren bezüglich Belassung im Werkstattnetz abgelehnt⁵¹. Die CdJ erachtete die Voraussetzung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) im konkreten Fall als nicht erfüllt. Ebenso erachtete sie Dringlichkeit als nicht mehr gegeben (vgl. hierzu III.3.c). Ob ein kartellrechtlicher Anspruch grundsätzlich bestehen kann, wurde deshalb mangels Entscheide relevanz offengelassen.

3. Praktisch zentrale Rechtsfragen

Im Artikel von BEURET sind die Gründe, weshalb Klagen bzw. Massnahmegesuche von Schweizer Zivilgerichten bislang abgewiesen wurden, ausführlich dargelegt: Stellung falscher Rechtsbegehren; Verneinung eines kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs; Verneinung eines markenspezifischen Aftersales-Markts; Verneinung individueller Abhängigkeit⁵².

Aus praktischer Sicht sind neben der grundsätzlichen materiellen Frage, ob kartellrechtlich ein Anspruch auf Zulassung in das bzw. Belassung im Werkstattnetz bestehen kann (vgl. hierzu III.3.a),

⁴⁶ VETTER (Fn. 46), Vor KG 12–15 N 4.

⁴⁷ BEURET (Fn. 1), III.1, insbesondere die Auflistung der Gerichtsentscheide in Fn. 45.

⁴⁸ OGer Luzern vom 29. Oktober 2019, 1F 19 2, abrufbar unter <gerichte.lu.ch/rechtsprechung/lgve/Ajax?EnId=10768>; vgl. BEURET (Fn. 1), III.1., Fn. 43.

⁴⁹ HGer Zürich vom 11. Juli 2019, HE190163-O, RPW 2019, 1101 ff. (auch abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/HE190163-O4.pdf>).

⁵⁰ HGer St.Gallen vom 6. November 2017, HG.2017.132, abrufbar unter <www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide-2017/handelsgericht/hg-2017-132.html>.

⁵¹ CdJ Genève vom 23. Juni 2017, C/6975/2017, abrufbar unter <ge.ch/justice/donnees/decis/acjc/show/1632885?meta=dt_decision%3A%5B01.01.2017+TO+31.12.2017%5D>.

⁵² BEURET (Fn. 1), III.1.a. ff.

auch die prozessualen Fragen der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (vgl. hierzu III.3.b) und einer allfälligen Verwirkung eines Massnahmeanspruchs (vgl. hierzu III.3.c) relevant.

a) *Bestehen oder Nichtbestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs*

aa) *Kartellgesetz als (einzige) mögliche Anspruchsgrundlage*

Ein kartellrechtlicher Anspruch auf Zulassung zum oder Belassung im Werkstattnetz eines Importeurs kann sich nur aus dem Kartellgesetz selbst ergeben, d.h. aus Art. 5 KG oder aus Art. 7 KG. Die Kfz-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission⁵³ ist eine Verwaltungsverordnung. Solche Verwaltungsverordnungen sind für die richterliche Auslegung nicht bindend⁵⁴. Die Kfz-Bekanntmachung und die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung gehen auch nicht von einem Kontrahierungszwang zulasten des Importeurs aus⁵⁵. Die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung weisen darauf hin, dass «in der Regel [...] all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit [haben,] als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden»⁵⁶, erlauben aber ausnahmsweise die Festlegung quantitativer Kriterien⁵⁷.

Ob eine Automobilgarage zum Werkstattnetz eines Importeurs zugelassen wird bzw. darin verbleiben kann, wird regelmässig vom Importeur autonom entschieden und nicht mit Dritten abgestimmt oder abgesprochen. Es liegt deshalb keine unter Art. 5 KG (unzulässige Wettbewerbsabreden) zu prüfende Abrede vor.

Ein allfälliger Anspruch der Automobilgarage muss sich folglich auf Art. 7 KG stützen, die Bestimmung über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Marktmachtmissbrauch). Ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, was Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist, hängt zentral von der Marktabgrenzung und der daraus folgenden Marktstellung des Importeurs ab. In der Praxis der Schweizer Gerichte war eine marktbeherrschende Stellung des Importeurs bis vor Kurzem einheitlich abgelehnt worden; im kürzlich ergangenen Massnahmeentscheid des OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 wurde eine solche nun erstmals bejaht.

bb) *Marktabgrenzung*

Die meisten Gerichte gingen bislang von einem markenübergreifend abzugrenzenden Aftersales-Markt aus, und nicht wie die Klägerinnen bzw. Gesuchstellerinnen von einem markenspezifisch abzugrenzenden Markt⁵⁸. Bei dieser Marktabgrenzung ist eine marktbeherrschende Stellung des Importeurs regelmässig zu verneinen.

Demgegenüber hat das OGer Luzern in seinem Massnahmeentscheid vom 29. Oktober 2019 einen Ressourcenmarkt angenommen, auf dem sich die Werkstätten als Nachfrager und die Importeure als Anbieter von Ressourcen für die Erbringung von Servicearbeiten gegenüberstehen⁵⁹, d.h. einen Vertragsabschlussmarkt, der dem Aftersales-Markt im Verhältnis zwischen Werkstätten und Endkunden vorgelagert ist. Dieser Ressourcenmarkt bzw. Vertragsabschlussmarkt sei (unter rechtsvergleichender Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des deutschen BGH) dann markenübergreifend abzugrenzen, wenn freie Werkstätten keine wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeiten hätten, Servicearbeiten an Personenwagen einer bestimmten Marke auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers bzw. Importeurs auszuüben⁶⁰. In einer summarischen Prüfung kam das OGer Luzern

⁵³ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 (Stand am 9. September 2019).

⁵⁴ BGE 143 II 297 ff., 320 E. 5.3.3, «Gaba»; BGE 129 II 18 ff., 25 E. 5.2.1, «Buchpreisbindung»; KGer Wallis vom 3. Dezember 2015, E. 4.4, RVJ 2016, 154 ff., 160 f.; vgl. ausdrücklich Erwägung VIII der Kfz-Bekanntmachung.

⁵⁵ Die Erläuterungen aus dem Jahr 2010 zu Ziff. 6 der Kfz-Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002 hatten den Begriff «Kontrahierungszwang» verwendet. Dieser ist aber in den Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung 2015 nicht mehr enthalten.

⁵⁶ Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor vom 29. Juni 2015 (Stand am 9. September 2019), Rz. 23.

⁵⁷ Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung, Rz. 27.

⁵⁸ Vgl. die Hinweise bei BEURET (Fn. 1), III.1.c; ebenso neuerdings HGer Zürich vom 11. Juli 2019 (Fn. 44), E. 7.3.2, RPW 2019, 1101 ff., 1107 f.

⁵⁹ OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 7.1–7.6.

⁶⁰ OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 7.6, mit Verweis auf ein Urteil des deutschen BGH vom 26. Januar 2016, KZR 41/14, «Jaguar-Vertragswerkstatt», abrufbar unter <juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f08fd615315f2e9339b7a8d1e4acc73&nr=74526&pos=0&anz=1>.

zum Schluss, dass der Status als Vertragswerkstatt unentbehrlich sei. Entsprechend hielt es in einer *prima facie*-Beurteilung einen markenspezifisch abzugrenzenden Ressourcenmarkt für Fahrzeuge der betreffenden Marken⁶¹ für glaubhaft gemacht, auf welchem die Importeurin marktbeherrschend sei⁶².

Der deutsche BGH hat im vom OGer Luzern berücksichtigten Urteil für die Beurteilung, ob der Status einer Vertragswerkstatt eine notwendige Ressource für die Erbringung von Servicearbeiten bei Personenwagen einer bestimmten Marke sei, die «Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer bei der Inanspruchnahme solcher Leistungen» als massgeblich erachtet, die gerichtlich festzustellen seien⁶³. Das Verfahren wurde an die Vorinstanz, das OLG Frankfurt, zu weiterer Abklärung und neuer Entscheidung zurückgewiesen.

Das OLG Frankfurt kam in Prüfung der vom BGH aufgestellten Kriterien zum Schluss, es sei nicht dargetan, dass der Status als Jaguar-Vertragswerkstatt eine notwendige Ressource darstelle, um Werkstattleistungen an Jaguar-Fahrzeugen zu erbringen⁶⁴. Auch eine freie Werkstatt könne Reparaturen und Serviceleistungen an Jaguar-Fahrzeugen erbringen, mit Ausnahme von Garantieleistungen, Kulanzleistungen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist und Leistungen im Rahmen von Rückrufaktionen, für welche aber nicht dargetan sei, dass sie einen substanziellen Teil des Werkstatt-Geschäftes der Klägerin darstellen würden⁶⁵. Entsprechend nahm das OLG Frankfurt einen markenübergreifend abzugrenzenden Ressourcenmarkt an, auf dem die beklagte Importeurin nicht marktbeherrschend sei⁶⁶.

Diese Überlegungen des OLG lassen sich auch auf den Schweizer Markt übertragen. Eine freie Werkstatt kann auch ohne Werkstattvertrag mit dem Importeur alle Servicearbeiten an Fahrzeugen einer bestimmten Fahrzeugmarke erbringen, mit Ausnahme von Arbeiten bei Rückrufaktionen. Ausserdem hat eine freie Werkstatt keinen Anspruch auf Kostenersatz bei herstellerbezahlten Garantie- und Kulanzarbeiten. Die technischen Informationen, die zur Wartung und Reparatur von Fahrzeugen notwendig sind, müssen gestützt auf Art. 17 der Kfz-Bekanntmachung auch freien Werkstätten zugänglich gemacht werden. Als «Spezialistin» für Fahrzeuge einer bestimmten Marke kann sich eine Automobilgarage aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁶⁷ auch bezeichnen, ohne zum Werkstattnetz des Importeurs zu gehören. Entsprechend müsste eine freie Werkstätte nachweisen, dass Rückrufarbeiten und der Kostenersatz bei herstellerbezahlten Garantie- und Kulanzarbeiten für eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit erforderlich sind. Ob dies der Fall ist, erscheint (entgegen der provisorischen Einschätzung des OGer Luzern⁶⁸) zweifelhaft.

cc) Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Wenn ein markenspezifisch abzugrenzender Markt und eine marktbeherrschende Stellung des Importeurs bejaht werden, muss der Nichtabschluss bzw. die Nichtverlängerung eines Werkstattvertrags zu dem einen Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG darstellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht einem generellen Kontrahierungszwang untersteht und grundsätzlich frei ist, seine Geschäftspartner nach eigenen Kriterien auszuwählen⁶⁹.

⁶¹ Die betroffenen Fahrzeugmarken sind in der Internetfassung des Massnahmeentscheids anonymisiert («Marken <X> und <Y>»). Gemäss Medienberichterstattung betrifft das Verfahren anscheinend die Marken Jaguar und Land Rover.

⁶² OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 7.7–7.9.

⁶³ BGH vom 26. Januar 2016 (Fn. 55), Leitsatz a) und E. 1.b.

⁶⁴ OLG Frankfurt vom 21. Dezember 2017, 11 U 6/14, «Jaguar-Vertragswerkstatt», abrufbar unter <www.rv.hessenrecht.hessen.de/jportal/recherche3doc/OLG_Frankfurt_11_U_6-14_Kart_LARE190019386.pdf?json=%7B%22format%22%3A%22pdf%22%2C%22docPart%22%3A%22L%22%2C%22docId%22%3A%22LARE190019386%22%2C%22portalId%22%3A%22bsh%22%7D&_=%2FOLG_Frankfurt_11_U_6-14_Kart_LARE190019386.pdf)>.

⁶⁵ OLG Frankfurt vom 21. Dezember 2017 (Fn. 59), E. II.1.

⁶⁶ Entsprechend wurde die Berufung der Klägerin abgewiesen und das Urteil des LG Frankfurt a.M. vom 13. November 2013 bestätigt, mit welchem die Klage abgewiesen worden war; vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Dezember 2017 (Fn. 59), Tenor Ziff. 1. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig, das Verfahren ist wiederum vor dem BGH anhängig unter Verfahrens-Nr. KZR 2/18; vgl. <dejure.org> ' Rechtsprechung.

⁶⁷ BGE 128 III 146 ff., 151 E. 2.c.aa. (die Bezeichnung «Spezialist», verwendet in einem nüchternen Schriftbild und ohne Markenlogos, weist nicht auf eine besondere Beziehung zu den Fahrzeugherstellern als Markeninhaber hin); BGer vom 15. Juli 2019, 4A_95/2019, E. 2.2 (Bestätigung von BGE 128 III 146 ff.; die Bezeichnung «VW-Land Toggenburg» ist aber markenrechtlich unzulässig bei Verwendung durch einen Betrieb, der nicht zum Vertriebssystem des Volkswagenkonzerns gehört).

⁶⁸ OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 7.7–7.9.

⁶⁹ Botschaft zur KG-Revision von 1995, BBl 1995 I 468 ff., 570; J. BORER, Wettbewerbsrecht I. Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, KG 7 N 11.

Ein Missbrauch liegt nur dann vor, wenn die Klägerin bzw. Gesuchstellerin im Wettbewerb behindert oder benachteiligt wird und wenn für die Nichtzulassung in das bzw. für die Nichtbelassung im Werkstattnetz keine sachlichen Gründe (*legitimate business reasons*) bestehen. In mehreren Verfahren behaupteten die Zivilgerichte solche sachlichen Gründe und lehnten das Begehren aus diesem Grund ab⁷⁰.

Im Massnahmeverfahren hat die Gesuchstellerin schliesslich gemäss Art. 261 ZPO nicht nur die Verletzung oder drohende Verletzung eines Anspruchs (Hauptsachenprognose) geltend zu machen, sondern auch einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (Nachteilsprognose), Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahmen⁷¹. Eine positive Nachteilsprognose wurde von der CdJ Genf verneint⁷². Am Erfordernis der Dringlichkeit kann es insbesondere mangeln, wenn die Gesuchstellerin mit dem Massnahmegesuch zu lange zuwartet⁷³ (vgl. hierzu separat III.3.c).

b) *Örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts*

Bevor über die materielle Frage zu befinden ist, ob ein kartellrechtlicher Anspruch besteht, ist die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu klären.

Werden kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht, liegt eine Klage aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 36 ZPO vor⁷⁴. Für eine solche Klage bestehen alternative Hauptsachezuständigkeiten am Wohnsitz bzw. Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort (Art. 36 ZPO). Für Massnahmebegehren besteht eine Zuständigkeit am Ort, an dem die Hauptsachezuständigkeit gegeben ist (Art. 13 lit a ZPO), und zusätzlich am Vollstreckungsort (Art. 13 lit. b ZPO), der aber regelmässig mit einem der Orte zusammenfallen wird, an dem eine Hauptsachezuständigkeit gegeben ist.

Kartellzivilrechtliche Klagen werden häufig von Automobilgaragen geltend gemacht, die zum Werkstattnetz des Importeurs gehörten, und die nach Kündigung der Vertragsbeziehung die Belassung im Werkstattnetz verlangen. In diesem Fall ist zu beurteilen, ob eine Gerichtsstandsklausel im vorbestehenden Vertrag auch für die Beurteilung des kartellrechtlichen Anspruchs massgeblich ist. Die Praxis der Schweizer Gerichte zu dieser Frage ist uneinheitlich.

Einzelne Gerichte haben verneint, dass die Gerichtsstandsklausel nebst vertraglichen Ansprüchen auch kartellrechtliche Ansprüche regelt, und sind zum Schluss gekommen, dass kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die vertragliche Gerichtsstandsklausel fallen, womit auf die Klage an einem anderen Ort als dem vertraglich vereinbarten Gerichtsstand einzutreten sei⁷⁵. Andere Gerichte haben die Gerichtsstandsklausel als anwendbar erachtet und sind auf die Klage an einem anderen Ort als dem vertraglich vereinbarten Gerichtsstand nicht eingetreten⁷⁶. Die Beurteilung hängt u.a. ab von der Formulierung der vertraglichen Gerichtsstandsklausel (ob z.B. Ansprüche aus unerlaubter Handlung im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis ausdrücklich erwähnt werden) und von den gestellten Rechtsbegehren (ob z.B. eine Fortführung des bestehenden Vertragsverhältnisses oder der Abschluss eines neuen Vertrags verlangt wird).

Potenzielle Kläger haben dies sorgfältig abzuwägen bei der Beurteilung der Frage, wo eine kartellzivilrechtliche Klage eingereicht wird. Einzelne Kläger in den bislang entschiedenen kartellzivilrechtlichen Verfahren haben wohl mit einer Klage an ihrem Sitz die Zuständigkeit des HGer Zürich vermeiden wollen, da dieses in mehreren Verfahren Ansprüche auf Zulassung zum bzw. Belassung im Werkstattnetz abgelehnt hatte⁷⁷. Ein solches Vorgehen kann aber vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Praxis der Schweizer Gerichte zur örtlichen Zuständigkeit das Risiko bergen, dass auf eine Klage bzw. ein Massnahmebegehren ohne inhaltliche Prüfung nicht eingetreten wird.

⁷⁰ Vgl. die Hinweise bei BEURET (Fn.1), III.1.b.

⁷¹ T. SPRECHER, BSK ZPO, ZPO 261 N 10; L. HUBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, ZPO 261 N 17 ff.

⁷² CdJ Genève vom 23. Juni 2017 (Fn. 46), E. 2.3 Abs. 1 bis 4.

⁷³ CdJ Genève vom 23. Juni 2017 (Fn. 46), E. 2.3 zweitletzter Absatz.

⁷⁴ H. HEMPEL, BSK ZPO, ZPO 36 N 7.

⁷⁵ Vgl. OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 5.5; HGer Bern vom 26. März 2018, E. 3.4, RPW 2018, 482 ff., 483 ff.

⁷⁶ Vgl. HGer Luzern vom 6. November 2017 (Fn. 45), E. 2 ff.; OGer Obwalden vom 19. Dezember 2018, E. 3, RPW 2019, 221 ff., 224 ff. (Hauptsacheverfahren); OGer Obwalden vom 2. Mai 2018, E. 1.4, RPW 2019, 214 ff., 217 ff. (Massnahmeverfahren).

⁷⁷ Vgl. die Hinweise bei BEURET (Fn. 1), III.1, Fn. 45.

c) Dringlichkeit

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist (neben einer positiven Hauptsachen- und Nachteilsprognose) vorausgesetzt, dass zeitliche Dringlichkeit besteht⁷⁸. Insbesondere darf die Gesuchstellerin mit ihrem Massnahmegesuch nicht derart lange zugewartet haben, dass ihr zwischenzeitlich eine Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs im ordentlichen Verfahren möglich gewesen wäre⁷⁹. Das Abwarten vor der Einreichung eines Massnahmegesuchs, um sich danach auf Dringlichkeit zu berufen, kann rechtsmissbräuchlich sein oder zum Verlust des Rechtsschutzinteresses («Verwirkung») führen⁸⁰.

Im jüngsten Entscheid hat das OGer Luzern zu dieser Voraussetzung einen grosszügigen Masstab angelegt. Es hat Dringlichkeit bejaht, obwohl die Gesuchstellerin nach Abschluss einer Vereinbarung über die befristete Fortführung der Vertragsbeziehung rund 14 Monate zugewartet und ihr Massnahmegesuch erst einen Monat vor Vertragsablauf eingereicht hatte⁸¹. Demgegenüber hat die CdJ Genf Dringlichkeit verneint mit der Begründung, dass die Gesuchstellerin ihr Massnahmegesuch erst wenige Monate vor Vertragsbeendigung am 30. Juni 2017 eingereicht hatte, obwohl sie seit Juni 2015 von der Vertragskündigung wusste und sogar seit 2013 von der Absicht der Gesuchsgegnerin, die Verträge mittelfristig zu kündigen⁸².

Die ordentliche vertragliche Kündigungsfrist für Händler- und Werkstattverträge im Automobilsektor beträgt in der Schweiz regelmässig zwei Jahre. Dies aufgrund der Regelung in der Kfz-Bekanntmachung, wonach bei unbefristeten Verträgen eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Jahren einzuhalten ist⁸³. Eine Automobilgarage wird also regelmässig mindestens zwei Jahre im Voraus von einer Vertragskündigung wissen. Wenn sie während dieser Kündigungsfrist längere Zeit untätig bleibt, läuft sie ein relevantes Risiko, dass ein Massnahmegesuch mangels Dringlichkeit abgewiesen werden könnte.

4. Fazit

Die relativ umfangreiche Gerichtspraxis zu Klagen auf Erfüllung eines bestehenden bzw. Abschluss eines neuen Werkstattvertrags beweist, dass im Automobilsektor von der Möglichkeit der zivilrechtlichen Durchsetzung Gebrauch gemacht wird. Aus Sicht einer Klägerin bzw. Gesuchstellerin im Massnahmeverfahren sind dabei verschiedene Hürden zu nehmen. Wie der kürzlich ergangene Massnahmeentscheid des OGer Luzern aufzeigt, sind diese aber nicht unüberwindlich. Es kann deshalb meines Erachtens nicht argumentiert werden, dass ein Eingreifen der Wettbewerbskommission auf dem Weg des Verwaltungsverfahrens erforderlich wäre, da die zivilrechtliche Durchsetzung nicht funktioniere⁸⁴.

Ob das Kartellzivilrecht generell (also unabhängig vom betroffenen Sektor) gestärkt werden soll, ist eine politische Frage. Diese wird vom Gesetzgeber im Rahmen eines allfälligen neuen Anlaufs für eine Revision des Kartellgesetzes zu beurteilen sein⁸⁵.

IV. Aktualisierung der Kfz-Bekanntmachung und der Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung

1. Inhaltliche Anpassungen an das «Gaba»-Urteil des BGer und an die aktuelle Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission

Die Wettbewerbskommission hat am 9. September 2019 ihre Kfz-Bekanntmachung und die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung aktualisiert und punktuell angepasst. Die Kfz-Bekanntmachung ist eine sektorspezifische Bekanntmachung für den Automobilbereich, welche darlegt, welche Arten von vertikalen Abreden die Wettbewerbskommission als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen

⁷⁸ SPRECHER (Fn. 72), ZPO 261 N 39 ff.

⁷⁹ SPRECHER (Fn. 72), ZPO 261 N 43 ff. m.w.H.

⁸⁰ F. BOHNET, Code de procédure civile, Bâle 2011, CPC 261 N 12.

⁸¹ OGer Luzern vom 29. Oktober 2019 (Fn. 43), E. 9.2.

⁸² CdJ vom 23. Juni 2017 (Fn. 46), E. 2.3 zweitletzter Absatz.

⁸³ Gemäss Art. 19 Ziff. 2 Kfz-Bekanntmachung ist ansonsten von einer qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen.

⁸⁴ So im Ergebnis wohl auch BEURET (Fn. 1), III. Einleitung und letzter Absatz.

⁸⁵ Vgl. hierzu BEURET (Fn. 1), V. Absatz 2.

des Wettbewerbs ansieht. Die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung legen deren wichtigste Grundsätze im Sinne einer Auslegungshilfe dar⁸⁶.

a) *Anpassungen an das «Gaba»-Urteil des BGer*

Die inhaltlichen Änderungen beinhalten einerseits eine Anpassung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen *Gaba*⁸⁷. Sie reflektieren die Tatsache, dass Abreden im Sinne von u.a. Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Preisbindung und absoluter Gebietsschutz) gemäss BGer grundsätzlich und ohne weitere Prüfung quantitativer Kriterien als erheblich gelten⁸⁸.

Über die Richtigkeit der bundesgerichtlichen *Gaba*-Praxis lässt sich auch nach dreieinhalb Jahren noch trefflich streiten, was den Rahmen dieses Artikels sprengen würde⁸⁹. Es handelt sich dabei aber um die geltende höchstrichterliche Rechtsprechung. *Losanna locuta, causa finita*. Vor diesem Hintergrund sind die inhaltlichen Anpassungen am Prüfschema der Kfz-Bekanntmachung folgerichtig.

b) *Anpassungen an die aktuelle Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission*

Die inhaltlichen Änderungen reflektieren andererseits die aktuelle Praxis des Sekretariats mit Bezug auf die kartellrechtliche Beurteilung von Garantien im Automobilsektor.

Dabei wird nun terminologisch sauberer unterschieden zwischen der gesetzlichen Gewährleistung des Verkäufers (Autohändlers) einerseits und freiwilligen Garantien des Herstellers bzw. Importeurs andererseits⁹⁰. Diese Klarstellung ist zu begrüssen, da die vormalige Formulierung der Kfz-Bekanntmachung und der Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung unklar war und in der Praxis für Missverständnisse sorgte.

Ausserdem wird neu festgehalten, dass es in einem selektiven Vertriebssystem zulässig ist, die Herstellergarantie auf Fahrzeuge zu beschränken, die Endverbraucher (selbst oder über einen Vermittler) bei zugelassenen Händlern gekauft haben⁹¹. Auch diese Anpassung ist zu begrüssen. Es ist unbestritten, dass in einem selektiven Vertriebssystem ein Verbot des Verkaufs an unautorisierte Wiederverkäufer zulässig ist. Es handelt sich dabei geradezu um das Wesen eines selektiven Vertriebssystems. Die Beschränkung einer Garantie auf Produkte, die bei einem autorisierten Händler gekauft wurden, dient demselben Zweck, nämlich sicherzustellen, dass die Produkte nicht durch Systemfremde in den Handel gebracht werden. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH⁹², die von der Wettbewerbskommission in der Untersuchung *Jura*⁹³ übernommen worden war. Es war und ist nicht ersichtlich, weshalb für Automobile etwas anderes gelten sollte als für sonstige Güter wie z.B. Kaffeemaschinen. Die Anpassung ist deshalb folgerichtig.

Eine allfällige Beschränkung der Herstellergarantie auf bei einem autorisierten Händler gekaufte Fahrzeuge führt nicht zu einer Behinderung von Parallelimporten⁹⁴. In der Praxis dürfte sie hingegen zu einer Preisdifferenzierung führen: Ein nicht zum selektiven Vertriebssystem gehörender Händler kann die entsprechenden Fahrzeuge ausschliesslich mit einer Verkäufergewährleistung zu einem tieferen Preis anbieten oder aber mit einer weitergehenden, von ihm selbst finanzierten (und gegenüber dem Endkunden im Kaufpreis eingepreisten) Garantie. Dies ist im Sinne des Wettbewerbs positiv.

2. Grundsatzthema: Unterschiedliche Rechtslage in der Schweiz und in Europa

Die punktuellen, nach dem Ausgeführten folgerichtigen bzw. zu begrüssenden Detailanpassungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass das kartellrechtliche Umfeld im Automobilsektor in der Schweiz (seit dem Jahr 2013 und weiterhin) deutlich strenger ist als in Europa.

⁸⁶ Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung, Rz. 2; A. GRABER CARDINAUX/A. MASCHERER, DIKE-KG, KG 6 N 309.

⁸⁷ BGE 143 II 297 ff., «Gaba»; bestätigt in BGE 144 II 194, «BMW»).

⁸⁸ Vgl. BEURET (Fn. 1), IV.1, für eine ausführlichere Beschreibung der vorgenommenen Anpassungen.

⁸⁹ Vgl. beispielhaft N. BIRKHÄUSER/M. REINERT, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018 I, 121 ff., m.w.H.

⁹⁰ Vgl. BEURET (Fn. 1), IV.2.a für eine ausführlichere Beschreibung der vorgenommenen Anpassungen.

⁹¹ Vgl. BEURET (Fn. 1), IV.2.b für eine ausführlichere Beschreibung der vorgenommenen Anpassungen.

⁹² EuGH vom 13. Januar 1994 (*Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG/Cartier SA*), Rz. 32.

⁹³ Wettbewerbskommission, Verfügung vom 30. Juni 2014, RPW 2014, 407 ff., 410 f. Rz. 39 ff. (*Jura*).

⁹⁴ Vgl. hierzu ausführlich BEURET (Fn. 1), IV.2.b letzter Absatz.

Die Europäische Union hat mit Wirkung auf den 1. Juni 2013 die kartellrechtliche Regulierung des Automobilssektors gelockert. Für den Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen («Handel»; sogenannter Primärmarkt) gilt seither ausschliesslich die allgemeine Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung⁹⁵, das Gegenstück zur Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission⁹⁶. Diese ist in der Schweiz im Automobilssektor bloss subsidiär anwendbar, soweit sich die Kfz-Bekanntmachung nicht äussert (vgl. Art. 13 der Kfz-Bekanntmachung). Die sektorspezifische Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung⁹⁷ regelt seit dem 1. Juni 2013 ausschliesslich die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen («Service») und für den Vertrieb von Ersatzteilen (zusammen mit dem Service sogenannter Sekundärmarkt) und enthält bloss drei Kernbeschränkungen. Zudem hat die Europäische Kommission Ergänzende Leitlinien⁹⁸ erlassen, welche Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sowohl des Primärmarkts als auch des Sekundärmarkts enthalten.

Die Wettbewerbskommission hat diesen Liberalisierungsschritt in der Europäischen Union im Jahr 2013 nicht nachvollzogen. Zuerst behielt sie die alte, noch restriktivere Kfz-Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002 unverändert bei. Mit der heute gültigen Kfz-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015 erfolgten zwar Anpassungen, die aber deutlich hinter der Liberalisierung des Automobilssektors in der Europäischen Union zurückblieben. Dies wurde damit begründet, dass «aufgrund der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen im Automobilmarkt [...] eine vollständige Übernahme des europäischen Rechts als nicht angemessen erschien»⁹⁹. Welche Besonderheiten diesen Sonderfall Schweiz im Automobilssektor begründen, wurde dabei nicht weiter ausgeführt und ist auch nicht ersichtlich.

Diese sektorspezifischen regulatorischen Unterschiede zwischen der EU und der Schweiz führen dazu, dass die zumeist EU- bzw. EWR-weiten Vertriebssysteme im Automobilssektor in der Schweiz nicht unverändert übernommen werden können. Zudem weicht die Praxis der Wettbewerbskommission teilweise auch in nicht sektorspezifischer Hinsicht vom EU-Wettbewerbsrecht ab, so z.B. bezüglich der Qualifikation von Bezugsbeschränkungen als sanktionierbarem absolutem Gebietsschutz¹⁰⁰, die erst kürzlich in einem Entscheid zum Vertrieb von (Traktor-)Ersatzteilen bestätigt wurde¹⁰¹. Es ist deshalb bei der Ausgestaltung von Vertriebssystemen ein «*Swiss Finish*» erforderlich, der den strengeren Vorgaben in der Kfz-Bekanntmachung und der Praxis der Wettbewerbskommission Rechnung trägt.

Angesichts des bereits im Jahr 2015 gefällten Grundsatzentscheids, die Anpassungen im sektorspezifischen Wettbewerbsrecht der Europäischen Union nicht vollständig zu übernehmen, ist die am 9. September 2019 beschlossene Verlängerung der Geltungsdauer der Kfz-Bekanntmachung um ein Jahr bis zum 31. Dezember 2023 von untergeordneter Bedeutung. Die Verlängerung erlaubt es, die zukünftige Entwicklung des EU-Wettbewerbsrechts im Automobilssektor nach Auslaufen der heutigen Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung am 31. Mai 2023 zu berücksichtigen beim Entscheid, ob die Kfz-Bekanntmachung nochmals weiter verlängert oder angepasst werden soll¹⁰². Es wird sich also spätestens im Jahr 2023 wieder die Frage nach dem sektorspezifischen Sonderfall Schweiz stellen.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.

⁹⁷ 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 (Amtsblatt der Europäischen Union vom 28. Mai 2010, L 129/52).

⁹⁸ Bekanntmachung der Kommission, Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen (Amtsblatt der Europäischen Union vom 28. Mai 2010, C 138/16).

⁹⁹ Wettbewerbskommission, Medienmitteilung vom 15. Juli 2015, «WEKO revidiert die KFZ-Bekanntmachung und deren Erläuterungen», abrufbar unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-58117.html>.

¹⁰⁰ So Wettbewerbskommission, Verfügung vom 28. November 2011, RPW 2016, 442 ff., 468 f. Rz. 226 ff. und 471, Rz. 252 (*Nikon*); bestätigt in BVGer vom 16. September 2016, B-581/2012, E. 7.3.2, RPW 2016, 831 ff., 853; zu Recht kritisch dazu BIRKHÄUSER/REINERT (Fn. 90), ZSR 2018 I, 121 ff., 137 f.

¹⁰¹ Wettbewerbskommission, Verfügung vom 1. Juli 2019, Rz. 59 ff., insbesondere 66 ff., «Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren»; die Verfügung ist auf der Website der Wettbewerbskommission abrufbar unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>.

¹⁰² Vgl. hierzu BEURET (Fn. 1), IV.3.

3. Politischer Vorstoss zum Erlass einer bundesrätlichen Verordnung im Automobilsektor

Auf der politischen Ebene hat Nationalrat Gerhard Pfister am 27. September 2018 eine Motion eingereicht¹⁰³. Mit dieser soll der Bundesrat beauftragt werden, durch eine auf Art. 6 KG beruhende Verordnung sicherzustellen, dass die Regeln in der Kfz-Bekanntmachung «effektiv vollzogen werden». Zur Begründung der Motion wird ausgeführt, dass der Vollzug der Kfz-Bekanntmachung in der Praxis angeblich «ungenügend bis inexistent» sei.

Der Bundesrat beantragte mit Stellungnahme vom 21. November 2018¹⁰⁴ die Ablehnung der Motion Pfister. Er wies darauf hin, dass eine spezifische kartellrechtliche Kfz-Verordnung keinen Zusatznutzen zur heutigen Situation mit der Kfz-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission bringen würde. Die Wettbewerbskommission sei aufgrund ihrer Tätigkeit nahe an der Praxis und könne dadurch rasch, zielgerichtet und flexibel auf die Rechtsprechung reagieren. Zudem bezwecke das Kartellgesetz grundsätzlich nicht die Schaffung branchenspezifischer kartellrechtlicher Regulierungen. Dieser Einschätzung des Bundesrates ist vollumfänglich beizupflichten.

Im Nationalrat wurde die Motion Pfister noch nicht behandelt.

Zusammenfassung

Bei sogenannten «hybriden Verfahren» der Wettbewerbskommission, bei denen nur ein Teil der Parteien eine einvernehmliche Regelung («EVR») abschliesst, sind unterschiedliche Interessen zu berücksichtigen. Mit Urteilen vom 8. Mai 2019 hat das BGer die Beschwerdelegitimation zweier Nicht-EVR-Parteien mit Bezug auf die Teilverfügung gegenüber der EVR-Partei verneint. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass diese Urteile im spezifischen Einzelfall richtig waren, jedoch kein Freipass für die Führung hybrider Verfahren sind. Die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat müssen und können bei der Führung hybrider Verfahren die unterschiedlichen Interessen berücksichtigen.

Schweizer Zivilgerichte haben bislang kartellrechtlich begründete Massnahmebegehren oder Klagen von Automobilgaragen gegen Importeure bezüglich Aufnahme in das bzw. Belassung im Werkstattnetz abgewiesen bzw. sind nicht darauf eingetreten. Das OGer Luzern hat nun aber in einem Massnahmeentscheid vom 29. Oktober 2019 erstmals den kartellrechtlichen Anspruch einer Automobilgarage bejaht. Der vorliegende Beitrag beleuchtet diesen Entscheid und verschiedene praktisch zentrale Rechtsfragen.

Die Wettbewerbskommission hat am 9. September 2019 ihre sogenannte Kfz-Bekanntmachung und die Erläuterungen zur Kfz-Bekanntmachung aktualisiert und punktuell angepasst. Die Anpassungen an die bundesgerichtliche Rechtsprechung und an die aktuelle Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission sind zu begrüssen. Wie der vorliegende Beitrag darlegt, ist aber nicht zu vergessen, dass die wettbewerbsrechtliche Regulierung des Automobilsektors in der Schweiz seit dem Jahr 2013 strenger ist als in der Europäischen Union und dies mindestens bis zum 31. Dezember 2023 bleiben wird.

Résumé

Dans les procédures dites «hybrides» de la Commission de la concurrence, dans lesquelles seules certaines parties ont conclu un accord amiable («AA»), différents intérêts doivent être pris en compte. Dans des arrêts du 8 mai 2019, le Tribunal fédéral a refusé à deux parties n'ayant pas conclu un AA la qualité pour recourir contre une décision partielle concernant la partie à l'AA. La présente contribution montre que ces arrêts étaient corrects dans le cas d'espèce, mais qu'ils ne constituent pas une carte blanche pour la conduite de procédures hybrides. La Commission de la concurrence et son Secrétariat doivent et peuvent tenir compte des intérêts différents dans la conduite de procédures hybrides.

¹⁰³ Motion Pfister Gerhard 18.3898 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel», abrufbar unter <www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183898>; vgl. auch Interpellation Pfister Gerhard 17.4151 «Missbräuchliche Abschottung des Schweizer KFZ-Marktes» und Interpellation Fässler Daniel 17.3035 «Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel».

¹⁰⁴ Ebenfalls abrufbar unter <www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183898>.

Jusqu'à présent, les tribunaux civils suisses ont soit rejeté les demandes de mesures provisionnelles ou les actions fondées sur le droit de la concurrence déposées par des garages automobiles contre des importateurs concernant l'admission ou le maintien dans le réseau d'ateliers, soit ne sont pas entrés en matière. Cependant, le Tribunal cantonal de Lucerne a admis pour la première fois, dans une décision sur mesures provisionnelles du 29 octobre 2019, la prétention d'un garage automobile fondée sur le droit de la concurrence. La présente contribution donne un éclairage sur cette décision et sur diverses questions juridiques centrales d'un point de vue pratique.

Le 9 septembre 2019, la Commission de la concurrence a mis à jour et adapté sur certains points sa Communication automobile et les notes explicatives CommAuto. Les adaptations à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la pratique actuelle du Secrétariat de la Commission de la concurrence sont bienvenues. Toutefois, comme l'explique le présent article, il ne faut pas oublier que la réglementation du droit de la concurrence dans le secteur automobile est plus stricte en Suisse que dans l'Union européenne depuis 2013 et le demeurera au moins jusqu'au 31 décembre 2023.