

**NIEDERER KRAFT & FREY**

Niederer Kraft & Frey Ltd  
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich  
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080  
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



# Cross-Border Outsourcing und kartellrechtliche Fragen

EuropaInstitut

Seminar «Cross-Border Outsourcing – Rechtsfragen und Lösungen»

Nicolas Birkhäuser

28. September 2016

NKF

# Inhaltsübersicht

---

- 1. Outsourcing als Unternehmenszusammenschluss:  
Zusammenschlusskontrolle**
  
- 2. Outsourcing als Abrede:**
  - 1. Übersicht über die (Prüf-)Systematik des Kartellgesetzes (KG)**
  - 2. Exkurs: Nebenabreden im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss: Zusammenschlusskontrolle**
  - 3. Outsourcing: Vertikale Abreden**
  - 4. Outsourcing: Horizontale Abreden**



# 1. Outsourcing als Unternehmenszusammenschluss: Zusammenschlusskontrolle

# Zusammenschlusskontrolle

## Wann liegt ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor:

- Zusammenschluss von **Unternehmen** oder **Teilen von Unternehmen**, die
- Bisher **voneinander unabhängig** waren;
- Es muss eine **Strukturveränderung** vorliegen, nämlich:
  - Eine Fusion, oder
  - Ein Erwerb alleiniger Kontrolle, oder
  - Ein Erwerb gemeinsamer Kontrolle;
- Die Strukturveränderung muss **dauerhaft** sein.
  
- **Beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle** muss zusätzlich erfüllt sein:
  - Das Gemeinschaftsunternehmen, das gemeinsam kontrolliert wird, muss ein **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen** sein.
  - Falls das Gemeinschaftsunternehmen *neu gegründet* wird, müssen **Geschäftstätigkeiten** mindestens einer Muttergesellschaft einfließen.

# Zusammenschlusskontrolle

## Was qualifiziert als Unternehmen i.S. von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG:

- Als **Unternehmen** gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG):
  - **Juristische Person, z.B. AG, GmbH**, einfache Gesellschaft, andere Rechtsgemeinschaften (Eigenständigkeit i.d.R. zu bejahen);
  - **Natürliche Personen.**

In der Praxis befinden sich bei Outsourcings (insbesondere IT-Outsourcings) auszulagernde Geschäftsbereiche **häufig nicht in einer eigenen Gesellschaft**, sondern sind ein Bestandteil des auslagernden Unternehmens.

→ In diesem Fall ist zu prüfen, ob der auszulagernde Geschäftsbereich (z.B. IT-Abteilung) als **Unternehmensteil** i.S. von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG qualifiziert:

# Zusammenschlusskontrolle

## Was qualifiziert als *Unternehmensteil* i.S. von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG:

- Von einem **Unternehmensteil** ist auszugehen, wenn:
  - **Vermögenswerte** (z.B. Maschinen, Hard- und Software, Verträge, Inventar) und/oder **Personal** (mit Know-how) werden übertragen.
  - Der Geschäftsbereich muss eine **eigene Marktpräsenz** haben.
  - Dem Geschäftsbereich muss ein **eigener Marktumsatz** zugewiesen werden können (auch erforderlich für Berechnung der Schwellenwerte).
  - Unbeachtlich ist, falls der *Unternehmensteil* **bisher keinen konzernexternen Umsatz** erzielt; es genügt interner Umsatz mit Konzerngesellschaften (wie bei Outsourcing regelmässig der Fall ist).
- **Kein Unternehmensteil** wird hingegen übertragen, insbesondere wenn **keine Vermögenswerte übertragen** werden → in diesem Fall liegt ein normaler Dienstleistungsvertrag vor (sog. einfaches Outsourcing).

# Zusammenschlusskontrolle

**Wann hat ein Geschäftsbereich die erforderliche eigene Marktpräsenz, um als Unternehmensteil i.S. von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG zu qualifizieren:**

- Wie erwähnt: Die übertragenen Vermögenswerte müssen einen Geschäftsbereich bilden, der eine **eigene Marktpräsenz** hat:
  - Die zuvor vom veräußernden Unternehmen intern verwendeten Vermögenswerte müssen es dem Outsourcing-Dienstleister ermöglichen, **Dienstleistungen kurzfristig** nach der Übertragung nicht nur an den Outsourcing-Kunden, sondern **auch an Dritte zu erbringen**.
  - Dies ist zu bejahen, wenn:
    - Die übertragene Geschäftseinheit **bereits zuvor die fraglichen Dienstleistungen an Dritte** erbracht hat.
    - Falls aber zuvor keine Dienstleistungen an Dritte erbracht wurden, müssen die übertragenen Vermögenswerte **mindestens die wesentlichen Elemente enthalten**, um eine Marktpräsenz aufzubauen.

# Zusammenschlusskontrolle

Falls kein Unternehmen oder Unternehmensteil übertragen wird, stellt sich noch die Frage, ob Outsourcing (a) hohen Einfluss auf das auslagernde Unternehmen oder (b) eine Abhängigkeit des auslagernden Unternehmens begründet:

- Die Frage ist, ob der **Outsourcing Vertrag** dem Outsourcing Partner einen **derart grossen Einfluss** auf das auslagernde Unternehmen verleiht, dass von einem **faktischen Kontrollerwerb** i.S. von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG auszugehen ist.
- Auch bei einer **Abhängigkeit des auslagernden Unternehmens** vom Outsourcing Partner wäre von einem **faktischen Kontrollerwerb** auszugehen.

→ Prüfen:

- Es ist zu prüfen, ob das auslagernde Unternehmen seine vollständige Unabhängigkeit bewahrt hat.
- Falls sich das Outsourcing auf einen bestimmten Bereich (z.B. den IT-Bereich) beschränkt, dürfte ein Verlust der Unabhängigkeit unwahrscheinlich sein. Das Risiko steigt, wenn andere Bereiche hinzukommen, wie z.B. Kapitalbeteiligung, Darlehen, Einsitz in VR.



# Zusammenschlusskontrolle

## Aufgreifkriterien der Meldepflicht bei Zusammenschlussvorhaben (Schweiz):

- **Schwellenwerte (Umsatz):** Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:
  - (a) die beteiligten Unternehmen **weltweit einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden** oder **einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen** erzielten;  
**und**
  - (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz **in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen** erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG).
- Die **Meldepflicht besteht ungeachtet des Umsatzes**, wenn ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem KG **rechtskräftig festgestellt worden ist, dass** es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt **eine beherrschende Stellung hat**, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen ihm vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft (Art. 9 Abs. 4 KG).

# Zusammenschlusskontrolle

## Berechnung des Umsatzes beim Outsourcing:

- Beteiligte Unternehmen bei einer Kontrollübernahme sind (i) das/die kontrollierende/n Unternehmen und (ii) das kontrollierte Unternehmen.
- Es ist jeweils der konzernweite Umsatz eines beteiligten Unternehmens relevant.
- Bei einem Unternehmensteil kann der Umsatz wie folgt berechnet werden:
  - Falls vorhanden: **Früherer konzerninterner Umsatz** des auszulagernden Unternehmensteils mit anderen Konzerngesellschaften.
  - **Kosten des auszulagernden Unternehmensteils**, wobei «at arm's length» Gewinn hinzugerechnet werden muss.
  - **Marktpreise** (allerdings u.U. schwierig).
  - **Erträge, die im Rahmen des Outsourcing Vertrags** mit dem Veräusserer voraussichtlich erzielt werden (dies dürfte dem Marktwert der bisher durch den Unternehmensteil intern erbrachten Leistungen entsprechen).
- Wenn **Umsätze in anderen Jurisdiktionen** erzielt werden, sind Meldepflichten auch dort zu prüfen.



## 2.1. Outsourcing als Abrede: Übersicht über die (Prüf-)Systematik des Kartellgesetzes (KG)

# Wettbewerbsabreden – (Prüf-)Systematik KG

## Unzulässige Wettbewerbsabreden und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG):

- Abreden, die den **Wettbewerb erheblich beeinträchtigen** und **sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen**, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, **sind unzulässig** (Art. 5 Abs. 1 KG).
- Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind **durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt**, wenn sie:
  - (a) notwendig sind, um die **Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken**, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, [...] oder um **Ressourcen rationeller zu nutzen**; und
  - (b) den beteiligten Unternehmen **in keinem Fall** Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu **beseitigen** (Art. 5 Abs. 2 KG).
- BGer i.S. Gaba/Gebro am 28.06.2016: **Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG** (vgl. nächste Folie) gelten *aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als unzulässig*, vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. → Keine Möglichkeit mehr, geltend zu machen, dass der Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt ist. – Es gilt die **per se-Erheblichkeit!**

# Wettbewerbsabreden – (Prüf-)Systematik KG

**Unzulässige Wettbewerbsabreden: Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (diese Abreden sind direkt sanktionierbar, vgl. nächste Folie):**

- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei folgenden **horizontalen Abreden** zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: Abreden über
  - (a) die direkte oder indirekte **Festsetzung von Preisen**;
  - (b) die **Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen**;
  - (c) die **Aufteilung von Märkten** nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei folgenden **vertikalen Abreden** zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen: Abreden über
  - (a) **Mindest- oder Festpreise**;
  - (b) sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die **Zuweisung von Gebieten**, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

# Wettbewerbsabreden – (Prüf-)Systematik KG


## Unzulässige Wettbewerbsabreden: Wichtigste Risiken (Art. 49a Abs. 1 KG / OR):

- Ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, wird mit einem **Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren (kumulativ) in der Schweiz erzielten Umsatzes** belastet (Busse) (Art. 49a Abs. 1 KG).
- Bei der Prüfung von Vertragsklauseln bzw. Abreden ist wie folgt vorzugehen:
  - In einem **1. Schritt** ist zu prüfen, ob eine **Kernbeschränkung** vorliegt. Da ist besondere Vorsicht geboten: Falls ja, drohen (i) unmittelbare (sog. direkte) Sanktionen und (ii) zivilrechtliche Nichtigkeit.
  - Falls keine Kernbeschränkung, ist in einem **2. Schritt** zu prüfen, ob eine **andere unzulässige Wettbewerbsbeschränkung** vorliegt. Falls ja, droht (i) Verbot mit Sanktionsdrohung für Widerhandlungsfall und (ii) zivilrechtliche Nichtigkeit.
  - In einem **3. Schritt** ist ggf. zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung **aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt** werden kann.
- Nota bene: **Bisher gab es kaum Fälle**, in denen eine als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsabrede **aus Gründen der wirtschaftl. Effizienz gerechtfertigt** wurde.

# Wettbewerbsabreden – (Prüf-)Systematik KG

## Unzulässige Wettbewerbsabreden: Zwischenfazit:

- Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind seit dem Entscheid des BGer i.S. Gaba/Gebro am 28.06.2016 **grundsätzlich unzulässig**. – Es gilt die per se-Erheblichkeit!
- Was bleibt, ist die **Möglichkeit einer Rechtfertigung** dieser Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz.
- **Bisher gab es allerdings kaum Fälle**, in denen Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wurden. – Es bleibt abzuwarten, ob sich dazu eine neue Praxis entwickeln wird. – In jedem Fall ist kaum vorstellbar, dass eine Wettbewerbsabrede, die als Preis- oder Gebietsabrede **ausgelegt** wird, gerechtfertigt werden kann.
- In der Tendenz **weite Auslegung der Tatbestände** von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.
- Bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG droht eine **Sanktion bis zu 10%** des in den letzten drei Geschäftsjahren (kumulativ) in der Schweiz erzielten Umsatzes. → **Hohe Risiken**.
- **Was tun?** – Nachfolgend werden Kriterien zur Beurteilung von Abreden beleuchtet.



## 2.2. Exkurs: Nebenabreden im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss: Zusammenschlusskontrolle



# Wettbewerbsabreden – Exkurs: Nebenabreden

## Exkurs: Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen bei Unternehmenszusammenschlüssen: Nebenabreden («ancillary restraints»):

- In Verbindung mit einem Zusammenschluss (d.h. einer Übernahme oder der Gründung eines Joint Venture) **können sog. Nebenabreden gerechtfertigt sein, wenn sie mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden** und für diesen **in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig** sind.
- Als Nebenabreden kommen insbesondere folgende Wettbewerbsabreden in Betracht: **Wettbewerbsverbote, Abwerbeverbote** und **Vertraulichkeitsklauseln**. Ferner **Lizenzvereinbarungen** sowie **Bezugs- und Lieferverpflichtungen**.
- Die Prüfung erfolgt im Rahmen der **Zusammenschlusskontrolle** und muss **beantragt** werden. Sind die Voraussetzungen erfüllt, gelten die Nebenabreden **nicht als Wettbewerbsabreden**. – **Andernfalls normale Prüfung** als Abreden.
- **Unterschiedliche Voraussetzungen** sind anwendbar im Zusammenhang mit (i) der Übernahme eines Unternehmens und (ii) der Gründung eines Joint Venture.
- Die **Bekanntmachung der Europäische Kommission** betreffend Nebenabreden (2005/C 56/03) wird auch in der Schweiz oft zur Orientierung berücksichtigt.



## 2.3. Outsourcing: Vertikale Abreden

# Wettbewerbsabreden – Vertikale Abreden

## Vertikale Abreden:

- Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) der Europäischen Kommission betreffend vertikale Abreden (2010/C 130/01) : «Die meisten **vertikalen Beschränkungen** sind nur dann wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn auf einer oder mehreren Handelsstufen kein ausreichender Wettbewerb besteht, d.h. wenn der Anbieter oder der Abnehmer oder beide ein gewisses Maß an Marktmacht besitzen. Vorausgesetzt, diese Beschränkungen beinhalten keine Kernbeschränkungen, d.h. keine bezweckten Beschränkungen, [...], Vermutung der Rechtmäßigkeit, die allerdings vom Marktanteil des Anbieters und des Abnehmers abhängt.» (Rz. 23).
- Wenn die Parteien eines Outsourcing Vertrags nicht Wettbewerber sind, so **hat der Outsourcing Vertrag i.d.R. kaum wettbewerbsbeschränkende Wirkungen**. Ein Unternehmen bezieht lediglich Dienstleistungen, die es bisher selbst hergestellt hat.
- Entsprechend dürften Outsourcing Verträge zwischen Nicht-Wettbewerbern **i.d.R. keine Wettbewerbsabreden im Sinne des KG** darstellen, da sie nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».



## 2.4. Outsourcing: Horizontale Abreden

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Horizontales Outsourcing: Mögliche Abreden (1):

Eine **auslagerndes Unternehmen** bezieht Dienstleistungen bzw. Waren bei einem Wettbewerber (= **Outsourcing Partner**). Häufig finden sich die folgenden Abreden in Outsourcing Verträgen, die möglicherweise kartellrechtlich problematisch sind:

1. **Exklusivbelieferungsverpflichtung:** Der Outsourcing Partner wird verpflichtet, die Dienstleistungen bzw. Waren **exklusiv dem auslagernden Unternehmen zu liefern**. Der Outsourcing Partner darf die Dienstleistungen **keinem anderen Unternehmen (Wettbewerber) liefern**. Im Gegenzug verpflichtet sich das auslagernde Unternehmen, die Dienstleistungen bzw. Waren beim Outsourcing Partner zu beziehen.
2. **Exklusivbezugsverpflichtung:** Das auslagernde Unternehmen muss alle Vertragsprodukte inkl. ihrer Substitute beim Outsourcing Partner beziehen.

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Horizontales Outsourcing: Mögliche Abreden (2):

Fortsetzung:

3. **Wettbewerbsverbot:** Verbot der Konkurrenzierung der Dienstleistungen oder Waren des Vertragspartners. Das Wettbewerbsverbot kann entweder das auslagernde Unternehmen (den Abnehmer) oder den Outsourcing Partner verpflichten. Unter Wettbewerbern i.d.R. unzulässig.
4. **Zuweisung von Märkten oder Kunden:** Dienstleistungen oder Waren werden nur für den Einsatz in bestimmten Territorien geliefert, z.B. für Territorien, in denen der Outsourcing Partner selbst nicht tätig ist. Diese Art von Outsourcing tritt häufig in der Form von Technologie- und Belieferungsverträgen auf.
5. **Exklusivität:** Siehe Exklusivbelieferungsverpflichtung, Exklusivbezugsverpflichtung, Zuweisung von Märkten oder Kunden.
6. **Weitere mögliche Abreden:** Kundenabwerbeverbot, Geheimhaltungsverpflichtung, etc.

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Horizontale Abreden: Orientierung an der Rechtslage in der EU?

- In der EU gibt es **Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)**, in denen gewisse **Typen von Wettbewerbsabreden generell freigestellt** werden.
- Systematisch handelt es sich dabei um Wettbewerbsabreden, die **aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz** als gerechtfertigt betrachtet werden.
- Die Freistellung gilt regelmässig **nur bis zu bestimmten Marktanteilen** von je nach Typ der Wettbewerbsabrede i.d.R. zwischen 20% und 30%.
- Im Fall von Outsourcing sind **insbesondere folgende GVO** zu beachten:
  - GVO betreffend **Spezialisierungsvereinbarungen** Nr. 1218/2010
  - GVO betreffend **Technologietransfer**-Vereinbarungen Nr. 316/2014
  - GVO betreffend Vereinbarungen über **Forschung u. Entwicklung** Nr. 1217/2010
- Die Europäische Kommission hat ferner **Leitlinien** erlassen, so u.a.:
  - Leitlinien betr. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2011/C 11/01)
  - Leitlinien betr. Technologietransfer-Vereinbarungen (2014/C 89/03)

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Exklusivbelieferungsverpflichtung (auch Alleinbelieferungsverpflichtung):

Mögliche Lösung: Outsourcing als **Spezialisierungsvereinbarung** (GVO 1218/2010):

- «„**Vereinbarung über die einseitige Spezialisierung**“ [ist] eine Vereinbarung [...], mit der sich die eine Vertragspartei verpflichtet, die **Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen** oder von deren Produktion abzusehen und **diese Produkte von der anderen Partei zu beziehen**, die sich **ihrerseits verpflichtet**, diese Produkte zu produzieren und zu liefern» (Art. 1 Abs. 1 lit. b). – Es gibt auch gegenseitige Spezialisierungsvereinbarungen.
- **Freistellung**, «wenn die Parteien (a) eine Alleinbezugs- oder eine Alleinbelieferungsverpflichtung akzeptieren oder (b) die Spezialisierungsprodukte nicht selbst verkaufen, sondern gemeinsam vertreiben.» (Art. 2 Abs. 3).
- «„**Alleinbelieferungsverpflichtung**“ [ist] die Verpflichtung, das Spezialisierungsprodukt nicht an einen Wettbewerber zu liefern [...].» (Art. 1 Abs. 1 lit. o).
- **Marktanteilsschwelle**: Gemeinsamer Marktanteil der Parteien von **20%** (Art. 3).
- **Kernbeschränkungen verboten**: (a) Festsetzung der Preise, (b) Beschränkung von Produktion / Absatz – mit Ausnahmen, (c) Zuweisung von Märkten / Kunden (Art. 4).



# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## **Exklusivbezugsverpflichtung (auch Alleinbezugsverpflichtung):**

Mögliche Lösung: Outsourcing als **Spezialisierungsvereinbarung** (GVO 1218/2010):

- Gleiche Analyse und Kriterien wie bei der **Exklusivbelieferungsverpflichtung** (vgl. vorige Folie).
- «„**Alleinbezugsverpflichtung**“ [ist] die Verpflichtung, das Spezialisierungsprodukt nur von einer Vertragspartei zu beziehen» (Art. 1 Abs. 1 lit. p).

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Wettbewerbsverbot:

- Kaum möglich, aus dem Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG zu nehmen.
- Im Bereich **Technologietransfer** erkennt die Europäische Kommission wettbewerbsfördernde Wirkung von **Wettbewerbsverboten** an, wenn:
  - Der Lizenzgeber andernfalls **keine Lizenz** erteilen würde, weil er **Preisgabe** der Technologie befürchten muss, oder
  - **Notwendigkeit besteht**, um dem Lizenznehmer Anreiz zu geben, **Investitionen** in die Technologie zu tätigen, oder
  - Lizenznehmerspezifische **Investitionen des Lizenzgebers** geschützt werden.
- Prüfung im Einzelfall, ob nicht **milderes Mittel** möglich ist (z.B. Geheimhaltungsvereinbarung, «best effort» Klauseln).
- Im Bereich **F&E** Art. 5 lit. b) iv) GVO 1217/2010: Bei gemeinsamer Verwertung der F&E Ergebnisse für die **Dauer des Verwertungszeitraums** keine Produkte zu verkaufen oder Technologien zu verwenden, die mit den F&E Ergebnissen in Wettbewerb stehen. Gilt auch, wenn die gemeinsame Verwertung nur durch **eine Partei** erfolgt (Art. 1 Abs. 1 lit. m) iii) und lit. o F&E GVO).

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Zuweisung von Märkten oder Kunden:

Mögliche Lösung: Outsourcing als **Technologietransfer-Vereinbarung** (GVO 316/2014):

- «„**Technologietransfer-Vereinbarung**“: [ist] (i) eine [...] Vereinbarung über die Lizenzierung von Technologierechten mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer, **oder** (ii) eine Übertragung von Technologierechten [...] mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten, bei der das mit der Verwertung der Technologierechte verbundene Risiko zum Teil beim Veräußerer verbleibt» (Art. 1 Abs. 1 lit. c).
- **Freistellung**: «gilt, solange die lizenzierten Technologierechte nicht abgelaufen, erloschen oder für ungültig erklärt worden sind oder – im Falle von lizenziertem Know-how – solange das Know-how geheim bleibt» (Art. 2 Abs. 2).
- **Marktanteilsschwelle**: Bei Wettbewerbern gemeinsamer Marktanteil **20%** (Art. 3).
- **Kernbeschränkungen verboten**: Bei Wettbewerbern: (a) Festsetzung der Wiederverkaufspreise, (b) Beschränkung Output **ausser gewisse Output-Beschränkungen gegen Lizenznehmer in Bezug auf die Vertragsprodukte**, (c) **Zuweisung von Märkten / Kunden mit Ausnahmen (vgl. nächste Folie)**, (d) u.a. Beschränkung des Lizenznehmers, eigene Technologierechte zu verwerten (Art. 4 Abs. 1). Vgl. Art. 5.

# Wettbewerbsabreden – Horizontale Abreden

## Zuweisung von Märkten oder Kunden:

Mögliche Lösung: Outsourcing als **Technologietransfer-Vereinbarung** (GVO 316/2014):

- **Ausnahmen zum Verbot der Zuweisung von Märkten oder Kunden** bei Wettbewerbern (Art. 4 Abs. 1 lit. c):
  - (i) Verpflichtung des Lizenzgebers und/oder Lizenznehmers in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung, **mit den lizenzierten Technologierechten in dem Exklusivgebiet**, das der anderen Partei vorbehalten ist, **nicht zu produzieren** und/oder in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe **nicht aktiv und/oder passiv zu verkaufen**,
  - (ii) in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung **Beschränkung des aktiven Verkaufs durch Lizenznehmer in das Exklusivgebiet** oder an die Exklusivkundengruppe, das bzw. die vom Lizenzgeber **einem anderen Lizenznehmer zugewiesen** worden ist, sofern dieser zum Zeitpunkt seiner eigenen Lizenzerteilung nicht in Konkurrenz zum Lizenzgeber stand,
  - (iii) Verpflichtung des Lizenznehmers, die **Vertragsprodukte nur für den Eigenbedarf zu produzieren**, sofern keine Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs der Vertragsprodukte als Ersatzteile für seine eigenen Produkte,
  - (iv) [...].

# Wettbewerbsabreden

## Abschliessende Gedanken:

- Wenn die Parteien eines Outsourcing Vertrags **keine Wettbewerber** sind, so hat der Outsourcing Vertrag i.d.R. **kaum** wettbewerbsbeschränkende Wirkungen.
- Outsourcing Verträge **zwischen Wettbewerbern** sind **heikler** und bergen eine grössere Gefahr einer unzulässigen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens.
- Die im Vergleich zu den Materialien in der Schweiz umfassenderen und detaillierteren **Materialien in der EU** können zur Orientierung berücksichtigt werden.
- Es besteht **aber keine Sicherheit**, dass die Rechtslage in der EU durch Behörden und Gerichte in der Schweiz berücksichtigt wird. Z.B. ging das BGer in der mündlichen Beratung i.S. Gaba/Gebro am 28.06.2016 praktisch nicht auf den Umstand ein, dass zwischen Gaba und Gebro ein Lizenzverhältnis bestand.
- Im **cross-border Verhältnis** kommt grundsätzlich jeweils das Recht derjenigen Jurisdiktionen zur Anwendung, in denen sich die Wettbewerbsabreden auswirken (Auswirkungsprinzip).

# Kontakt

Nicolas Birkhäuser  
Attorney-at-law, LL.M., Partner

Niederer Kraft & Frey AG  
Bahnhofstrasse 13  
CH-8001 Zürich

Switchboard: +41 58 800 80 00  
Direct dial: +41 58 800 84 76  
Mobile: +41 79 706 57 72

[nicolas.birkhaeuser@nkf.ch](mailto:nicolas.birkhaeuser@nkf.ch)

