IDé

Institut Droit et Economie
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Inge Hochreutener/Walter A. Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.)

9ème Journée de droit de la concurrence / 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht

Grundlegende Fragen
Questions fondamentales

GROWTH
PUBLISHER LAW

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Growth Publisher Law, Bern 2018
ISBN 978-3-906235-95-0 (Growth Publisher Law)

www.growthpublisher-law.ch

Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts – Eine kritische Analyse

Mani Reinert

Inhalt

I. Einleitung

II. Räumlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes
- A. Die Argumentation des Bundesgerichts
- B. Kritische Würdigung
  - 1. Herrschende Lehre: unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen
  - 2. Widerlegung einzelner Argumente des Bundesgerichts
    - a) Klarstellung der Geltung des Auswirkungsprinzips
    - b) Keine umfassende materielle Prüfung
    - c) Unteilbarkeit des Schutzguts „schweizerische Wettbewerbsordnung“
    - d) Verbot der internationalen Einmischung
  - 3. Unklarheit der Schwelle der „möglichen Auswirkung“
  - 4. Fazit: Konkrete Auswirkungen erforderlich

III. Erheblichkeit
- A. Die Argumentation des Bundesgerichts
  - 1. Grammatikalische Argumentation
  - 2. Historisches Element
  - 3. Systematisches Element
  - 4. Teleologisches Element
- B. Kritische Würdigung
  - 1. Grammatikalisches Argument
    - a) Bedeutung des Begriffs „erheblich“
    - b) Widersprüchlichkeit der Argumentation des Bundesgerichts
    - c) Schlussfolgerung
  - 2. Historisches Element
    - a) Bagatellkriterium?
    - b) Die Botschaft 1994 verweist nicht auf die Spürbarkeit
    - c) Verweis auf Erheblichkeit unter den alten Kartellgesetzen
    - d) Erheblichkeit als Regelfall bei Vermutungswiderlegung?
    - e) Materielle Übernahme der VertBM 2002 ins Gesetz?
    - f) Gescheiterter Versuch der Einführung des Teilkartellverbots
    - g) Schlussfolgerung

3. Systematisches Argument
a) Marktmacht als Aufgreifkriterium
b) Unterschied zwischen Erheblichkeits- und Effizienzprüfung
c) Unzulässige De maiore ad minus-Argumentation
d) Verfassungskonforme Auslegung
e) Schlussfolgerung
4. Teleologisches Argument
a) Entlastung der Verwaltung
b) Kumulative Erforderlichkeit der quantitativen und qualitativen Erheblichkeit
c) Schlussfolgerung
5. Fazit
a) Grundsätzliche Erheblichkeit ist nicht überzeugend
b) Wie die Erheblichkeit richtigerweise zu verstehen wäre
c) Erheblichkeit unter der *Gaba*-Rechtsprechung

III. Beeinträchtigung des Wettbewerbs
A. Argumentation des Bundesgerichts
B. Kritische Würdigung
1. Was das Urteil sagt
2. Das Missbrauchsprinzip verlangt eine tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkung
3. Soziale Schädlichkeit

IV. Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG
A. Argumentation des Bundesgerichts
B. Kritische Würdigung
1. Einleitende Bemerkungen
a) Massgeblichkeit des EU-Rechts für Vermutungsbasis
b) Keine Bindung an bestimmte ökonomische Auffassungen und Theorien
c) „Materiell zu EU-Recht identische Regelung"
2. Vertriebsvertrag
a) Wörtliche Auslegung
b) Historische Auslegung
c) Rechtsvergleichende Auslegung
3. Ausschluss von Verkäufen
4. Fazit

V. Fazit

I. Einleitung

Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) („**Colgate-Palmolive**") hatte mit der Gebro Pharma GmbH („**Gebro**") (Österreich) 1982 einen Lizenzvertrag zur Herstellung und zum Vertrieb von Elmex-Produkten abgeschlossen. Der Lizenzvertrag untersagte Gebro, Elmex ausserhalb Österreich zu verkaufen und verpflichtete Gebro, eine Ausfuhr zu verhindern.

Die Wettbewerbskommission („**Weko**“) kam zum Schluss, dass dieser Vertrag unter Art. 5 Abs. 4 KG falle, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegt werden könne, die Abrede indessen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könne und deshalb unzulässig sei.

Die Beschwerden von Colgate-Palmolive und Gebro gegen diese Verfügung wurden sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch vom Bundesgericht[1] abgewiesen.

Das Urteil des Bundesgerichts erging an einer öffentlichen Urteilsberatung mit drei zu zwei Stimmen. Während sich am Ende der Beratung alle Richter einig waren, dass die Beschwerde in casu abzuweisen sei (zu Beginn der Verhandlung hatten zwei Richter noch die Gutheissung der Beschwerde beantragt), bestanden grosse Meinungsunterschiede zu Grundsatzfragen, v.a. im Hinblick auf die Erheblichkeit. Diese Meinungsverschiedenheiten haben sich nicht in einer ausgewogenen Begründung des Urteils niedergeschlagen. Vielmehr wird im Urteil einseitig argumentiert, die eigene Praxis ignoriert und auch selektiv zitiert. Zudem muss sich das Bundesgericht den Vorwurf gefallen lassen, dass es sich ohne Not dazu hinreissen liess, schon beim ersten Fall ein Leiturteil zu erlassen. Dies ist umso unglücklicher, als sich der Fall *Gaba* bei den meisten Fragen nicht für ein Leiturteil eignete, weil der Fall (so wie er sachverhaltlich vom Bundesverwaltungsgericht bindend entschieden worden war) ein Lehrbuchbeispiel für absoluten Gebietsschutz darstellte (der überdies medial zum Symbolfall der Hochpreisinsel Schweiz aufgespielt worden war). Der Fall ist ein gutes Beispiel für das Dictum „Hard cases make bad law“, weil „hard cases“ zu unrichtigen Verallgemeinerungen verführen.

Nachfolgend werden ausgewählte Aspekte des Urteils kritisch gewürdigt und gezeigt, welche Auswirkungen es auf die Rechtsanwendung hat. Eingegangen wird auf:

– den räumlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes,

– die Erheblichkeit,

– die Beeinträchtigung des Wettbewerbs und

– den Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG.

1 BGE 143 II 297; Urteil des BGer vom 4. April 2017, 2C_172/2014.

II. Räumlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

A. Die Argumentation des Bundesgerichts

Die Beschwerdeführerinnen hatten geltend gemacht, dass das Exportverbot nicht die erforderliche Intensität der Auswirkung in der Schweiz gehabt habe und deshalb von Art. 2 Abs. 2 KG nicht erfasst werde.

Das Bundesgericht wies diese Rüge ab. Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, dass Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstelle, dass auch Auslandsachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fielen.[2] Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit sei im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich, da es ansonsten bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung bedürfte und Art. 2 Abs. 2 KG unter den Hand zu Art. 5 KG mutieren würde.[3] Zudem sei dass das Schutzgut „schweizerische Wettbewerbsordnung" nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht teilbar; für Inlandsachverhalte gälten die gleichen Kriterien wie für Auslandsachverhalte; besondere Kriterien für Auslandsachverhalte würden das Rechtsgleichheitsgebot verletzen.[4] Mit dem in casu zu beurteilenden Lizenzvertrag würde der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit werde möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden und insofern seien durch das Verhalten der Beschwerdeführerinnen „**mögliche Auswirkungen**" auf dem Schweizer Markt gegeben.[5] In der Zusammenfassung hält das Bundesgericht dann fest, dass „Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz **auswirken können**" vom Kartellgesetz erfasst würden. Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen sei im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.[6] Diese Auslegung verstosse auch nicht gegen das Verbot der internationalen Einmischung, da Exklusivität der Zuständigkeit im Unterschied zum Privatrecht weder Ziel des Völkerrechts sei noch im Einzelfall zu allein zutreffenden Ergebnissen für die Regulierung eines internationalen Sachverhalts führen könne.[7]

2 BGE 143 II 307 E. 3.2.3.
3 BGE 143 II 307 E. 3.3.
4 BGE 143 II 307 f. E. 3.3.
5 BGE 143 II 308 E. 3.4. (Hervorhebung durch Verfasser).
6 BGE 143 II 311 E. 3.7. (Hervorhebung durch Verfasser).
7 BGE 143 II 310 E. 3.6.

B. Kritische Würdigung

Bevor auf die Argumentation des Bundesgerichts eingegangen wird, ist anzumerken, dass der *Elmex*-Fall ungeeignet war, um Fragen zum Auswirkungsprinzip grundsätzlich zu entscheiden.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte festgestellt, dass das Exportverbot „von den Parteien gelebt worden“[8] sei. Das Bundesverwaltungsgericht hatte zudem einen Kausalzusammenhang zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung bejaht.[9] Dies waren sachverhaltliche Feststellungen, die für das Bundesgericht grundsätzlich bindend waren und damit auch eine Auswirkung in der Schweiz implizierten. Österreich war zudem das einzige Nachbarland der Schweiz, in welchem Colgate-Palmolive Elmex nicht selbst vertrieb und damit auf Grosshandelsebene für einen Parallelimport von Elmex in die Schweiz in Frage kam.

Vor diesem Hintergrund hätte sich das Bundesgericht damit begnügen können (und sollen), festzuhalten, dass eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung vorlag.

1. Herrschende Lehre: unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen

Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung widerspricht darüber hinaus nicht nur der herrschenden Lehre und der eigenen Praxis sondern auch der Rechtsprechung im Ausland.

Die Schweizer Lehre verlangt für eine Geltung des Kartellgesetzes unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen in der Schweiz.[10] Auch die Botschaft 1994 verlangt „gewisse Wirkungen im Inland“[11] bzw. hält fest, dass sich die „erforderliche Binnenbeziehung [...] im Wettbewerbsrecht durch eine erhebliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf den inländischen Markt“[12] ergebe.

8 BVGE RPW 2013/4, 830 E. 8.4.4., Gebro / Weko.

9 BVGE RPW 2013/4, 792 f., Gaba / Weko.

10 Vgl. BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 51-53; BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 2 N 21; BREI, SJZ 112 (2016) 321 ff.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 126 Rz. 268; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 27 Rz. 173; HEINEMANN/KELLERHALS, 31 f. sowie RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KARTELLGESETZ, Art. 2 N 32; CR-CONCURRENCE-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 N 91, die zumindest eine unmittelbare Auswirkung verlangen.

11 Botschaft 1994, BBl 1995 I 526 FN 88.

12 Botschaft 1994, BBl 1996 I 535 f.

Auch das Bundesgericht selbst hat in BGE 127 III 219 festgehalten, dass Art. 2 Abs. 2 KG verlange, dass die Auswirkungen auf dem Schweizer Markt unmittelbar vorhersehbar sein müssten („effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée").[13]

Im Recht der EU ist es ebenfalls herrschende Lehre, dass die Auswirkungen unmittelbar, wesentlich (bzw. beträchtlich oder zumindest spürbar) und vorhersehbar sein müssen.[14] Sowohl der EuGH als auch das EuG haben ebenfalls unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen verlangt.[15] Ein Teil der Lehre betrachtet denn auch die Anknüpfung an die blosse Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von Inlandauswirkungen als völkerrechtswidrig.[16]

In den USA wurde mit dem Foreign Trade Antitrust Improvements Act von 1982 (15 U.S. Code § 6a) gesetzlich verankert, dass die Anwendung des Sherman Act einen „direct, substantial and reasonable foreseeable effect" in den USA erfordere.

Entgegen dem, was das Bundesgericht vertritt, verlangt das Auswirkungsprinzip, dass die Auswirkungen in der Schweiz direkt, wesentlich und vorhersehbar sind.

Dies ist auch im Hinblick auf privatrechtliche Streitigkeiten geboten. Gemäss Art. 137 Abs. 1 IPRG ist dasjenige Kartellrecht anzuwenden, auf dessen Markt der Geschädigte „unmittelbar betroffen" ist. Eine uferlose Anwendung des Schweizer Kartellgesetzes stünde damit auch im Widerspruch zu Art. 137 Abs. 1 IPRG.

2. Widerlegung einzelner Argumente des Bundesgerichts

Abgesehen davon, dass sich das Bundesgericht gegen herrschende Lehre und Materialien im In- und Ausland stellt, sind die vom Bundesgericht angeführten Argumente nicht überzeugend:

a) Klarstellung der Geltung des Auswirkungsprinzips

Das erste Argument des Bundesgerichts, dass Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstelle, dass auch Auslandsachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken

13 BGE 127 III 224, E. 3.a).

14 WAGENER-VON PAPP/WURMNEST, in MÜNCHENER KOMMENTAR, Einl. 1558; FAULL/KJØLBYE/LEUPOLD/NIKPAY in: Faull/Nikpay, 3.438; REHBINDER, in: Immenga/Mestmäcker, IntWbR Rz. 21 f.

15 EuGH, 6.9.2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Intel/Kommission, Rz. 40 ff.; EuG, 12.6.2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Intel/Kommission, Rz. 233 mit Verweis auf EuG, 25.3.1999, T-102/96, ECLI:EU:T:1999:65, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753, Rz. 90. Grundlegend: Schlussanträge des GA Darmon, 89, 104, 114, 116, 117 und 125-129/85, Ahltström u.a./Kommission, Slg. 1988 5224-5227 Rz. 47-58.

16 AUTENRIETH, RIW 1980, 820.

können, unter das KG fielen,[17] geht fehl. Denn Art. 2 Abs. 2 KG spricht nicht davon, dass ein „auswirken können" ausreicht. Auch im Lichte der Materialien ist die Äusserung des Bundesgerichts – wie oben gezeigt – falsch.[18]

Richtig an der Feststellung des Bundesgerichts ist nur, dass Art. 2 Abs. 2 KG das Auswirkungsprinzip verankert.

b) Keine umfassende materielle Prüfung

Ebenfalls fehl geht das Argument, eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit sei im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich, da es ansonsten bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung bedürfte und Art. 2 Abs. 2 KG unter den Hand zu Art. 5 KG mutieren würde.[19]

Das Bundesgericht vermischt hier das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit (bzw. Direktheit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit) der Inlandauswirkung mit demjenigen der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Dies sind unterschiedliche Tatbestandsmerkmale. Für die Spürbarkeit (bzw. Direktheit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit) der Inlandauswirkung ist keine Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erforderlich.

Ausserdem ignoriert hier das Bundesgericht, dass die Botschaft 1994 festhält, dass sich „erforderliche Binnenbeziehung [...] im Wettbewerbsrecht durch eine erhebliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf den inländischen Markt"[20] ergibt.[21]

c) Unteilbarkeit des Schutzguts „schweizerische Wettbewerbsordnung"

Rabulistisch ist das Argument, dass das Schutzgut „schweizerische Wettbewerbsordnung" nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht teilbar sei; für Inlandsachverhalte müssten die gleichen Kriterien wie für Auslandsachverhalte gelten; besondere Kriterien für Auslandsachverhalte würden das Rechtsgleichheitsgebot verletzen.[22]

Es liegt keine Ungleichbehandlung vor, wenn bei Auslandssachverhalten eine Spürbarkeit der Inlandauswirkung verlangt wird. Wenn Winterthurer Kebab-Händler die

17 BGE 143 II 307 E. 3.2.3.
18 Botschaft 1994, BBl 1996 I 535 f.
19 BGE 143 II 307 E. 3.3.
20 Botschaft 1994, BBl 1996 I 535 f.
21 Siehe auch STREBEL, 1; a.M. HABERBECK, Jusletter 22. Mai 2017, Rz. 38.
22 BGE 143 II 307 f. E. 3.3.

Preise absprechen, liegt eine Inlandauswirkung auf den Hand, wenn dies indessen Istanbuler Kebab-Händler tun, dann liegt nicht auf der Hand, weshalb eine Auswirkung in der Schweiz vorliegen soll. Es liegt keine Ungleichbehandlung vor, wenn im zweiten Fall eine spürbare Inlandauswirkung verlangt wird. Im ersten Fall ist das Schutzgut „schweizerische Wettbewerbsordnung" berührt, im zweiten nicht.

d) Verbot der internationalen Einmischung

Das Argument des Bundesgerichts, mit seiner Auslegung verstosse es nicht gegen den Grundsatz des Verbots der internationalen Einmischung, ist zwar richtig, wenn man nur den entschiedenen Fall betrachtet. Auch ist zutreffend, dass eine Exklusivität der Zuständigkeitsbereiche kein Ziel des Völkerrechts ist.

Allerdings heisst dies nicht, dass die Schweiz gestützt auf eine uferlose Interpretation des Auswirkungsprinzips für jeden Sachverhalt auf der Welt die jurisdiction to prescribe in Anspruch nehmen kann. Erforderlich ist nämlich, dass die Anknüpfung an schweizerisches Rechts in casu sinnvoll ist.[23] Und auch wenn es kein Ziel des Völkerrechts ist, eine Exklusivität der Zuständigkeitsbereiche zu etablieren, besteht Einigkeit, dass jeder Staat verpflichtet ist, hinsichtlich der Zuständigkeit, die seine Gerichte in Fällen mit einem Auslandselement für sich beanspruchen, Mässigung und Zurückhaltung zu üben und eine übermässige Beeinträchtigung der Zuständigkeit eines anderen Staats zu vermeiden, wenn diese sachgerechter oder geeigneter ist.[24]

Diesbezüglich besteht ein Konsens, dass die Auswirkung ein gewisses Ausmass oder eine gewisse Qualität haben muss. Auf die Beachtung dieses Grundsatzes sind Kriterien wie „qualifizierte Betroffenheit" oder „unmittelbare, erhebliche und vorhersehbare Auswirkungen" ausgerichtet.[25]

Mässigung und Zurückhaltung bei der Beanspruchung der eigenen Zuständigkeit ist bei internationalen Sachverhalten auch nur schon deshalb unabdingbar, weil mittlerweile über 130 Länder eine Kartellgesetzgebung haben.

23 OHLER, 345.

24 Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 5. Februar 1970 in der Sache Barcelona Traction, Separate opinion von Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Sammlung der Urteile, Gutachten und Beschlüsse 1970 Rz. 70, S. 106.

25 OHLER, 336 ff.; KMENT, 117 f. je mit Hinweisen.

3. Unklarheit der Schwelle der „möglichen Auswirkung"

Abgesehen davon, dass sämtliche vom Bundesgericht vorgebrachten Argumente gegen die Notwendigkeit einer direkten, wesentlichen und vorhersehbaren Auswirkung fehlgehen, schafft das Bundesgericht mit dem unklar konturierten Begriff der „möglichen Auswirkung" Rechtsunsicherheit. In der Praxis wenig hilfreich ist in dieser Hinsicht auch die im *BMW*-Urteil angebrachte Bemerkung, dass ein einem US-Händler auferlegtes Exportverbot nach Kanada nicht vom Kartellgesetz erfasst würde.[26]

Auch das Bundesgericht scheint allerdings davon auszugehen, dass eine irgendwie geartete Auswirkung in der Schweiz vorliegen muss, damit das Kartellgesetz anwendbar ist. Denn das Bundesgericht verlangt nicht, dass das Kartellgesetz selbst bei fehlender oder bloss hypothetischer Auswirkung in der Schweiz anzuwenden sei. Das Bundesgericht verlangt für eine Unterstellung unter das Kartellgesetz, dass sich der Auslandssachverhalt in der Schweiz „auswirken kann" bzw. eine Auswirkung „möglich" ist (es werden beide Formulierungen verwendet). Im Fall *Gaba* wurden mögliche Auswirkungen mit dem Hinweis darauf bejaht, dass möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden worden sei.

Wann eine Auswirkung in der Schweiz möglich ist, lässt das Bundesgericht offen. Dass eine gewisse Schwelle der Auswirkung durchaus notwendig ist, zeigen (neben dem Fall der Istanbuler Kebab-Händler, die Preisabsprachen treffen) folgende Beispiele:

– Zwei Unternehmen in Saudi Arabien gründen ein Produktionsgemeinschaftsunternehmen. Das vom Gemeinschaftsunternehmen produzierte Produkt (z.B. aseptische Verpackungen für alkoholfreie Getränke) ist nicht zum Vertrieb in der Schweiz vorgesehen (auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass solche Verpackungen in die Schweiz verkauft werden).

– Ein Schweizer Unternehmen schliesst mit einem US-amerikanischen Unternehmen einen Vertriebsvertrag betreffend den Vertrieb von Waren in den USA, der eine (dort zulässige) Preisbindung zweiter Hand vorsieht.

– Ein Schweizer Hersteller vereinbart mit einem französischen Händler ein auf Frankreich beschränktes Wettbewerbsverbot des Händlers.

26 Urteil des BGer, 14.10.2017, 2C_63/2016E. 3.

4. Fazit: Konkrete Auswirkungen erforderlich

Auch in Anbetracht dessen, dass heute über 130 Staaten Kartellgesetze haben, wäre es mit den Prinzipien des internationalen Rechts (wie dem Verbot der internationalen Einmischung) unvereinbar, wenn das Kartellgesetz auf jeden Sachverhalt, der sich im Ausland ereignet, angewendet würde.

Im Lichte dieses Umstands ist zu verlangen, dass ein Auslandssachverhalt **hinreichende Auswirkungen** in der Schweiz haben muss. Sofern man mit dem Bundesgericht mögliche Auswirkungen genügen lassen will, müssen die möglichen Auswirkungen zumindest **konkret** und **nicht hypothetisch** sein. Die blosse Möglichkeit, dass ein Verhalten vielleicht Auswirkungen in der Schweiz zeigen könnte, reicht nicht aus. Bezogen auf das Beispiel der Istanbuler Kebab-Händler heisst dies, dass ein solcher Fall nicht vom Kartellgesetz erfasst wird. Auch der Fall des Produktionsgemeinschaftsunternehmens in Saudi Arabien hat keine möglichen konkreten Auswirkungen in der Schweiz, wenn das betreffende Produkt wahrscheinlich nicht in die Schweiz exportiert wird. Dasselbe trifft auf den Vertriebsvertrag mit einem US-amerikanischen Unternehmen zu, da dieser den Export aus der Schweiz heraus, und damit keine Schweizer Kunden betrifft. Dasselbe gilt schliesslich für ein Wettbewerbsverbot, das einem Händler für das Gebiet in Frankreich auferlegt wird.

III. Erheblichkeit

A. Die Argumentation des Bundesgerichts

Die Beschwerdeführerinnen hatten geltend gemacht, dass das Exportverbot das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht erfülle.

Das Bundesgericht wies dies gestützt auf grammatikalische, historische, systematische und teleologische Überlegungen zurück und gelangte zum Schluss, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 3 KG grundsätzlich erheblich seien.

1. Grammatikalische Argumentation

Das Bundesgericht führte in grammatikalischer Hinsicht zunächst aus, dass der Wortlaut der der Begriffe „erheblich", „notable" und „notevole" noch nicht erschliesse, was sie bedeuteten. Immerhin lasse sich - vor allem aus den Begriffen „notable" und „notevole" - folgern, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend sei.[27]

27 BGE 143 II 313 E. 5.1.1.

2. Historisches Element

Das Bundesgericht argumentierte sodann in historischer Hinsicht, dass die Botschaft 1994 das Kriterium der Erheblichkeit ausdrücklich als Bagatellklausel bezeichne und ausdrücklich auf die Erheblichkeits- und Spürbarkeitskriterien ausländischer Kartellgesetze (v.a. das Spürbarkeitskriterium der EU) hinweise. Gestützt auf das historische Auslegungselement folgerte das Bundesgericht, dass das Kriterium der Erheblichkeit die Verwaltung entlasten solle und an gleichläufige Kriterien anderer Rechtsordnungen, insbesondere des EU-Rechts, anknüpfe.[28]

In historischer Hinsicht führte das Bundesgericht zudem an, dass das Parlament die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden („**VertBM 2002**")[29] materiell ins Gesetz habe übernehmen wollen, gemäss welcher die Verhinderung passiver Verkäufe bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich gewesen sei.[30]

3. Systematisches Element

In systematischer Hinsicht argumentierte das Bundesgericht, dass Art. 7 KG im Gegensatz zu Art. 5 KG keine Marktbeherrschung verlange, weshalb keine Marktmacht erforderlich sei. Zudem sei in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten, weshalb Art. 5 Abs. 1 erster Halbsatz KG eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulasse.[31]

Zudem argumentierte das Bundesgericht, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besonders schädlich seien, da der Gesetzgeber davon ausgehe, dass diese den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigen würden. Hieraus leitete das Bundesgericht ab, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der Vermutung „notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich" blieben. Deshalb sollten die „vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben".[32]

Schliesslich argumentierte das Bundesgericht, dass sich aus Art. 96 BV in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine Schlüsse ziehen liessen, denn der Verfassung müsse nicht das Kriterium der Erheblichkeit für sich genügen, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerecht werden.[33]

28 BGE 143 II 313 f. E. 5.1.2.
29 BBl 2002 3895.
30 BGE 143 II 316 f. E. 5.2.3
31 BGE 143 II 314 E. 5.1.3.
32 BGE 143 II 318 f. E. 5.2.4.
33 BGE 143 II 315 E. 5.1.5.

4. Teleologisches Element

In teleologischer Hinsicht argumentierte das Bundesgericht, dass das Kriterium der Erheblichkeit die Verwaltung entlasten solle, weshalb es einfach sein solle. Dies stehe einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall entgehen, was auch Art. 6 KG zeige. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG stehe die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus.[34] In diesem Zusammenhang fiel auch die Feststellung, dass wenn das qualitative Element sehr gewichtig sei, es kaum eines quantitativen Elements bedürfe.[35]

Nachstehend wird gezeigt, weshalb die Argumentation des Bundesgerichts unrichtig ist.

B. Kritische Würdigung

1. Grammatikalisches Argument

a) Bedeutung des Begriffs „erheblich"

Gemäss Duden bedeutet „erheblich" „beträchtlich", „ins Gewicht fallend". Als Synonyme für „erheblich" nennt der Duden u.a. ansehnlich, ausserordentlich, beachtenswert, beachtlich, bedeutend, bedeutsam, beeindruckend, bemerkenswert, deutlich, eindrucksvoll, enorm, extrem, gehörig, gewaltig, gross, immens, imposant, mächtig, nennenswert, nicht unbeträchtlich, stattlich, üppig, wesentlich, ausnehmend, erklecklich, exorbitant, respektabel, signifikant, eminent, deftig, riesig und kolossal.[36] Zumindest im deutschen Sprachgebrauch ist es somit unrichtig, „erheblich" mit „geringes Mass" gleichzusetzen. Dies zeigt auch der Gebrauch des Wortes „erheblich" in der Botschaft 1994 selbst (z.B. erhebliches Prozessrisiko[37], erheblicher Aufwand[38], erhebliche verfahrensrechtliche Unzulänglichkeiten[39]).

Dass sich aus dem französischen und italienischen Begriff „notable" bzw. „notevole" folgern liesse, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend sei, ist ebenso unrichtig. Die Synonyme für „notable" sind „frappant", „important" und „re-

34 BGE 143 II 315 E. 5.1.4.
35 BGE 143 II 316 E. 5.2.2.
36 http://www.duden.de/rechtschreibung/erheblich
37 Botschaft 1994, BBl 1995 I 475.
38 Botschaft 1994, BBl 1995 I 478, 486.
39 Botschaft 1994, BBl 1995 I 487.

marquable".[40] Der Begriff „notevole" wird mit „bemerkenswert", „beträchtlich", „beachtlich", „bedeutend", „stattlich" und „erklecklich" übersetzt.[41] Selbst wenn die Synonyme von „notable" bzw. „notevole" allenfalls weniger weit vom Begriff „spürbar" entfernt wären als im Deutschen,[42] würden sie immer noch eine deutlich höhere Schwelle darstellen als der Begriff „spürbar". Zurecht wird in der Lehre deshalb auch darauf hingewiesen, dass der Ausdruck „spürbar" (des Rechts der EU) eine geringere Intensität voraussetzt als der Ausdruck „erheblich".[43]

b) Widersprüchlichkeit der Argumentation des Bundesgerichts

Die Argumentation des Bundesgerichts ist auch widersprüchlich, weil zunächst gesagt wird, der Begriff der Erheblichkeit sei offen, dann aber argumentiert wird, dass er erkennen lasse, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend sei.

c) Schlussfolgerung

Schlussfolgernd kann somit festgehalten werden, dass das grammatikalische Argument entgegen der Meinung des Bundesgerichts eine bedeutende Wettbewerbsbeeinträchtigung indiziert.[44]

2. Historisches Element

Auch die Argumentation des Bundesgerichts zum historischen Element ist unrichtig.

a) Bagatellkriterium?

Richtig ist, dass die Botschaft 1994 sagt, dass sich die Wettbewerbsbehörden nicht mit Bagatellen beschäftigen sollen müssen.

Die Botschaft 1994 sagt allerdings nicht, dass nur Bagatellen unerheblich sein sollten und sie sagt auch nichts zur Höhe der Aufgreifschwelle „Erheblichkeit". Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine sehr tiefe Erheblichkeitsschwelle dem

40 Siehe hierzu http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/notable/55041/synonyme und HAGER/MURER, recht 2015, 203.

41 Siehe http://dict.leo.org/italienisch-deutsch/notevole.

42 So HEINEMANN, Jusletter 29. Juni 2015 Rz. 10.

43 HAGER/MURER, recht 2015, 203 f.; HEINEMANN, Jusletter 29. Juni 2015, RZ. 10.

44 GI.M. HAGER/MURER, recht 2015, 203 f.

von der Botschaft 1994 in anderem Zusammenhang geforderte Verzicht auf wettbewerbspolitisches Fine-Tuning widerspricht.[45]

b) Die Botschaft 1994 verweist nicht auf die Spürbarkeit

Auch das Argument, dass die Botschaft 1994 sich auf den Spürbarkeitsbegriff der EU beziehe bzw. daran anknüpfe, wie dies das Bundesgericht vertritt, ist unrichtig.

Die Botschaft 1994 erwähnt bloss, dass „die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien"[46] kennen. Es wird nicht gesagt, dass die Erheblichkeit als Spürbarkeitskriterium zu verstehen ist. Vielmehr unterscheidet die Botschaft 1994 zwischen beiden Begriffen.

c) Verweis auf Erheblichkeit unter den alten Kartellgesetzen

Das Bundesgericht lässt überdies (im Gegensatz zu BGE 129 II 24) einen entscheidenden Hinweis in der Botschaft 1994 unerwähnt.

Die Botschaft 1994 führt aus, dass da „bereits das geltende Kartellgesetz die Erheblichkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der materiellen Kartellbestimmung nenn[e], [...] auf die entsprechende Praxis verwiesen werden [könne], in welcher versucht [werde], dem Begriff der Erheblichkeit Kontur zu verleihen"[47].

Wie das Bundesgericht in BGE 129 II 24 festhielt wurde eine Behinderung als erheblich erachtet, wenn sie eine gewisse Intensität aufwies und vom Betroffenen als solche empfunden wurde, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusste, ihn insbesondere zwang, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen.[48] Dies stellt grundsätzlich eine höhere Aufgreifschwelle als die Spürbarkeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

d) Erheblichkeit als Regelfall bei Vermutungswiderlegung?

Unrichtig ist es auch, wenn das Bundesgericht unter Verweis auf folgende Stelle in der Botschaft 1994 davon ausgeht, dass nach Widerlegung der Vermutung einer Be-

45 Botschaft 1994, BBl 1995 I 513; vgl. auch HOFFET, in: Homburger et al., Art. 1 Rz. 50.
46 Botschaft 1994, BBl 1995 I 554.
47 Botschaft 1994, BBl I 1995 I 554 unter Verweis auf SCHÜRMANN, in: SCHÜRMANN/SCHLUEP, 66 f.
48 BGE 112 II 268 E. 2b.

seitigung des Wettbewerbs in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliege[49]:

> *„Falls die Vermutung widerlegt werden kann, ist die Wettbewerbsabrede daraufhin zu überprüfen, ob sie eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht. In der Regel dürfte dies der Fall sein.“*[50]

Entgegen der Interpretation des Bundesgerichts ergibt sich aus dieser Stelle der Botschaft 1994 nicht, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich erheblich seien und deshalb auf eine Berücksichtigung quantitativer Kriterien verzichtet werden könnte:

Zunächst zeigen die Begriffe „überprüfen“ und „verursacht“, dass die Erheblichkeit in jedem Einzelfall sachverhaltlich zu untersuchen und nachzuweisen ist, d.h. der Rechtsanwender kann sich die entsprechende Prüfung eben gerade nicht sparen.[51] Zudem ist der Satz „*In der Regel dürfte dies der Fall sein*“ nicht im Sinne einer rechtlichen sondern empirischen Aussage zu verstehen. Die Botschaft 1994 ging davon aus, dass sich Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG in der Praxis in der Regel als erheblich erweisen würden.[52] Damit sind auch bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in jedem Fall auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen und kann auf deren Prüfung nicht einfach verzichtet werden.

e) Materielle Übernahme der VertBM 2002 ins Gesetz?

Unrichtig ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass das Parlament die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden („**VertBM 2002**“)[53] materiell ins Gesetz habe übernehmen wollen, gemäss welcher die Verhinderung passiver Verkäufe bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich gewesen sei.[54]

Die vom Bundesgericht zitierten Voten beziehen sich einmal grösstenteils auf eine Fassung von Art. 5 Abs. 4 KG des Nationalrats,[55] die der Ständerat später verwarf.[56]

49 BGE 143 II 317 E. 5.2.3.; zustimmend HEINEMANN, Jusletter 29. Juni 2015, Rz. 14 f.
50 BBl 1995 I 565 f.
51 BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 15.
52 Ähnlich BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 15.
53 BBl 2002 3895.
54 BGE 143 II 317 E. 5.2.3
55 Der Text, über den debattiert wurde, lautete: „Diese Vermutung gilt auch für Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen sowie für Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern“ (AB N 2002 1434).
56 Siehe hierzu die Ausführungen von SR Schiesser in AB S 2003 329.

Zudem nehmen alle diese Stellen nicht Stellung zur Frage, wie der Begriff der Erheblichkeit zu verstehen sei, sie erwähnen den Begriff nicht einmal. Sie sagen auch nicht, dass mit Art. 5 Abs. 4 KG den Erheblichkeitsbegriff der VertBM 2002 hätte materiell ins Gesetz übernommen werden sollen (dafür wäre eine Vermutung betreffend die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch der systematische falsche Ort gewesen). Schliesslich sind Versuche, den „Willen des Gesetzgebers" anhand einzelner Voten von Parlamentsmitgliedern zu etablieren, methodisch fragwürdig. Denn es lässt sich meist (so auch hier) nicht dartun, dass die betreffenden Aussagen von der Mehrheit des National- oder Ständerats geteilt worden wären. Abgestimmt wird nur über den Gesetzestext und nicht über die einzelnen Voten. Im Hinblick auf die einzelnen Voten ist zusätzlich Folgendes auszuführen:

Was das vom Bundesgericht angerufene Votum von NR Fässler anbelangt lässt sich der spätere Satz von NR Fässler („*Das [sc. Preisabsprachen und Gebietsaufteilung] sind die beiden Fälle, die grosse Schwierigkeiten machen und die man untersuchen muss, weil hier wirklich kartellgesetzwidrige Dinge vorliegen könnten.*"[57]) genauso gut auch als Argument für eine quantitative Analyse lesen.

Auch die Aussage von SR Büttiker „*Derart strikte Absprachen [sc. absoluter Gebietsschutz] sollen unzulässig sein*" kann nicht als Votum für eine Per-se-Erheblichkeit interpretiert werden. Eine Analyse der betreffenden Diskussion zeigt, dass diese Stelle untechnisch formuliert ist und sich mit der Frage befasst, welches die Grenzen des Vermutungstatbestands in Art. 5 Abs. 4 KG sind.

Hinzu kommt, dass selbst wenn man der Ansicht des Bundesgerichts folgen wollte, dass das Parlament den Erheblichkeitsbegriff der damaligen VertBM 2002 in Art. 5 Abs. 4 KG habe übernehmen wollen, diese Argumentation auf Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG nicht anwendbar wäre. Denn Art. 5 Abs. 3 KG war 2002 und 2003 nicht Diskussionsgegenstand.

f) Gescheiterter Versuch der Einführung des Teilkartellverbots

Wenn man schon historisch argumentieren will, dann muss man auch die gescheiterte Einführung des Teilkartellverbots (bzw. die geplante Abschaffung der Erheblichkeitsprüfung für Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) berücksichtigen.

In der Botschaft 2012 zur Begründung des Teilkartellverbots hielt der Bundesrat deutlich fest, dass im Rahmen der Erheblichkeit eine Prüfung der ökonomischen Auswirkungen notwendig sei und der Begriff der Erheblichkeit weiter als der Begriff der Spürbarkeit zu verstehen sei (Fettdruck hinzugefügt):

57 AB N 2002 1440.

> *„Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht und zu den beiden in der ersten Vernehmlassung vorgeschlagenen Varianten bestand darin, dass die Unzulässigkeit auf der Art der Abrede gründete und* ***nicht mehr auf deren direkter ökonomischer Wirkung*** *im Sinne einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. […] Und der Vorschlag sollte zu einer Annäherung des Schweizer Systems der Kartellbekämpfung an internationale Standards führen,* ***insbesondere an diejenigen der EU,*** *ohne diese zu kopieren, denn das EU-Recht kennt ein generelles gesetzliches Verbot von Abreden, allerdings abgemildert mit gewissen Ausnahmemöglichkeiten"*[58]

Auch wenn das Scheitern der Kartellgesetzrevision von 2012 letztlich einer Vielzahl von Faktoren zuzuschreiben war,[59] zeigen die Botschaft 2012 und die parlamentarische Beratungen, dass der Bundesrat und grosse Teile des Parlaments[60] die Erheblichkeit nicht als blosse Bagatellklausel ansahen.[61]

g) Schlussfolgerung

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass die historische Auslegung nicht nahelegt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich erheblich seien.

Einzig die Referenz auf die VertBM 2002 in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 5 Abs. 4 KG könnte zur Unterstützung einer grundsätzlichen Erheblichkeit angeführt werden. Allerdings ist diese Referenz nicht eindeutig. Zudem kann sie nicht herangezogen werden, um eine grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG zu begründen.

Im Gegenteil legt eine Lektüre der Botschaft 1994 nahe, dass quantitative Kriterien in jedem Fall zu untersuchen und zu beurteilen sind. Hierfür sprechen auch die Materialien zur gescheiterten Einführung eines Teilkartellverbots.

3. Systematisches Argument

Auch die vom Bundesgericht angeführten systematischen Argumente überzeugen nicht:

58 Botschaft 2012 BBl 2012, 3919; siehe auch 3927.

59 Schneider-Ammann steht vor einem Scherbenhaufen, NZZ-Online vom 17.9.2014 (https://www.nzz.ch/schweiz/sessionen/schneider-ammann-warnt-vor-einem-scherbenhaufen-1.18385473).

60 Vgl. etwa die Voten von SR Bischof, AB 2013 S 335; BR Schneider-Ammann , AB 2013 S 336 f.; NR Schelbert AB 2014 N 122.

61 Gl.M. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 25; a.M. HAGER/MURER, recht 2015, 205.

a) Marktmacht als Aufgreifkriterium

Was das Argument anbelangt, dass Art. 7 KG im Gegensatz zu Art. 5 KG keine Marktbeherrschung verlange, weshalb eine Marktmacht nicht erforderlich sei, ist festzuhalten, dass dieses Argument systematisch und rechtsvergleichend falsch ist:

Das Bundesgericht unterscheidet nicht zwischen Marktbeherrschung und Marktmacht (bzw. überspielt diesen Unterschied). Reine Marktmacht reicht für einen Missbrauch nach Art. 7 KG nicht aus. Hierzu ist Marktbeherrschung erforderlich. Nur schon deshalb lässt sich aus Art. 7 KG nicht ableiten, dass Erheblichkeit keine Marktmacht voraussetze.

Das Bundesgericht übersieht zudem, dass Marktmacht auch im Recht der EU bei der Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, regelmässig ein entscheidender Faktor ist, und zwar sowohl bei horizontalen[62] und vertikalen Abreden[63].

b) Unterschied zwischen Erheblichkeits- und Effizienzprüfung

Auch aus dem Umstand, dass in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sei, lässt sich nicht ableiten, dass der Grad der Marktmacht der beteiligten Unternehmen im Hinblick auf die Erheblichkeit irrelevant wäre.

Die Erheblichkeit anhand einer Marktmachtschwelle zu definieren, macht durchaus Sinn. Denn nur Unternehmen mit Marktmacht haben überhaupt erst die Fähigkeit, die soziale Wohlfahrt negativ zu beeinflussen.[64] Werden somit vertikale Abreden zwischen Unternehmen ohne Marktmacht für unerheblich erklärt, werden diejenigen Fälle ausgeschieden, bei denen es von Vornherein gar nicht zu schädlichen Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt kommen kann. Nur bei Abreden zwischen Unternehmen mit Marktmacht sind schädliche Auswirkungen überhaupt erst denkbar (aber eben nicht zwingend), weshalb nur in diesen Fällen eine Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG notwendig ist. Dies ist denn auch der Grund, weshalb sowohl die Europäi-

62 Siehe etwa Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („**horizontale Leitlinien**"), ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 3, 5, 28, 36, 39 ff., 71, 115, 127, 133 f., 139, 140, 158 f., 165 ff., 201 ff., 208 ff., 213, 240 f., 243, 269 und 277 (sehr deutlich ist Rz. 5: „Wirtschaftliche Kriterien wie die Marktmacht der Parteien und andere Merkmale der Marktstruktur sind zentrale Elemente in der Ermittlung der voraussichtlichen Auswirkungen einer horizontalen Vereinbarung und damit für die Prüfung nach Artikel 101").

63 Siehe etwa Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl 2010 C 130/1, Rz. 6, 97 ff., 106, 111 ff.

64 Siehe hierzu die Nachweise bei AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 106 f.

schen Kommission in ihrer De-minimis-Bekanntmachung, als auch die Weko in der Vertikalbekanntmachung Marktanteilsschwellenwerte definieren. Auch das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel wird ja vom Erreichen von Marktanteils- und Umsatzschwellen abhängig gemacht.[65]

Ebenfalls an der Sache vorbei geht das Argument des Bundesgerichts, Art. 5 Abs. 1 erster Halbsatz KG lasse eine auf volkswirtschaftliche Wirkungen abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zu. Die Erheblichkeit vom Erreichen einer bestimmten Marktanteilsschwelle abhängig zu machen, bedeutet zudem nicht, eine Effizienzprüfung im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen.

c) Unzulässige De maiore ad minus-Argumentation

Unzulässig ist auch die Argumentation des Bundesgerichts, wonach Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der Vermutung „notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich" blieben, weshalb die „vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben" sollen.[66]

Diese Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht falsch:

Die Argumentation ist einmal analytisch ungenau. Sie setzt die Vermutungsbasis mit der Vermutungsfolge gleich.[67] Wie das Bundesgericht in BGE 129 II 36 festhielt, kann die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG im Unterschied zu einer Fiktion widerlegt werden.[68] Die Argumentation des Bundesgerichts im Fall *Gaba* würde indessen gerade eine solche Fiktion bzw. eine unwiderlegbare Vermutung bedingen. Eine solche unwiderlegbare Vermutung ist aber weder mit dem Wortlaut noch mit den Materialien vereinbar.

Die Argumentation des Bundesgerichts ist auch gesetzessystematisch falsch, weil der Gesetzgeber keine Vermutung dafür aufstellt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vermutungsweise den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.[69] Hätte der Gesetzgeber eine solche Vermutung aufstellen wollen, dann hätte er einen Vermutungstatbestand nicht auf der Ebene des Tatbestandsmerkmals der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eingeführt sondern auf der Ebene des Tatbestandsmerkmals der Erheblichkeit.

65 Leitlinien der Europäischen Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004 C 101/81 Rz. 52.

66 BGE 143 II 318 E. 5.2.4.

67 Brei, SJZ 112 (2016), 327.

68 BGE 129 II 36, E. 8.3.1.

69 Gl. M. Brei, SJZ 112 (2016), 327; Birkhäuser/Stanchieri, Jusletter 11.9.2017, Rz. 15.

Ebenfalls systematisch falsch ist das Argument, dass die „vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben" sollen. Dies würde bedeuten, dass Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich auch nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnten. Diesbezüglich hält das Bundesgericht aber ja (richtigerweise) fest, dass eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könne, weshalb Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kein Teilkartellverbot darstellen würden.[70]

d) Verfassungskonforme Auslegung

Unrichtig sind auch verschiedene vom Bundesgericht im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung[71] gemachte Aussagen:

aa) Erfordernis tatsächlicher schädlicher Auswirkungen

Unrichtig ist einmal das Argument, aus Art. 96 BV liessen sich in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine Schlüsse ziehen, da der Verfassung nicht das Kriterium der Erheblichkeit genügen müsse, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG.[72]

Gemäss Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund „Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen". Diese Bestimmung wird in Art. 1 KG wieder aufgenommen. Die Botschaft aus dem Jahr 1995 hält im Hinblick auf Art. 5 KG zudem Folgendes fest (Hervorhebung hinzugefügt):

> *„Unter dem nach schweizerischem Verfassungsverständnis zum Zuge kommenden Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung nicht an sich unzulässig sein. Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind.* ***Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig****."*[73]

Auch das Bundesgericht selbst hat mehrfach festgehalten, dass aufgrund von Art. 96 BV und Art. 1 KG tatsächliche schädliche Auswirkungen notwendig seien (Fettdruck hinzugefügt):

70 BGE 143 II 319 E. 5.3.1.

71 BGE 143 II 322 f. E. 5.3.5.; BGE 124 III 498 E. 2a) unter Verweis auf die Vorgängerbestimmung Art. 31[bis] Abs. 3 lit. d aBV. Siehe hierzu auch grundsätzlich: BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 12 f.

72 BGE 143 II 315 E. 5.1.5.

73 BBl 1995 I 555.

„Die Wirkung einer Abrede ist immer im Kontext der übrigen rechtlichen und tatsächlichen Marktzutrittsschranken zu würdigen […]; massgeblich ist, ob im Ergebnis die Marktfunktionen des Wettbewerbs beeinträchtigt werden oder nicht […]. Zu diesem Zweck hat deshalb ***auch bei den Vermutungstatbeständen eine entsprechende Marktanalyse zu erfolgen*** *[…].“*[74]

„Ausschliesslich die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Konsequenzen von wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen und Absprachen sollen bekämpft werden […] Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich ***tatsächlich*** *erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten “*[75]

„Verboten sind nicht Wettbewerbsabreden schlechthin, sondern allenfalls damit verbundene ***konkrete volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt****; deren Erhebung und Gewichtung setzt voraus, dass die Absprache - zumindest vorübergehend - umgesetzt worden ist“.*[76]

„Es ist praktisch unmöglich, die Rechtslage vor der Umsetzung der Wettbewerbsabrede vollumfänglich zu erfassen, wenn diese nur direkt sanktionierbar sein soll, falls sie tatsächlich sozial oder wirtschaftlich schädliche Auswirkungen im Markt nach sich zieht.“[77]

Sowohl Art. 96 Abs. 1 BV als auch dessen Konkretisierung in Art. 1 KG verlangen **somit tatsächliche schädliche Auswirkungen**.[78] Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Erheblichkeit, die sich an formalen Kriterien orientiert und tatsächliche Auswirkungen der Abrede ignoriert, ist somit verfassungswidrig. Eine grundsätzliche theoretische Schädigungsmöglichkeit ist nicht ausreichend, sondern massgebend ist, ob im Einzelfall die Abrede schädlich ist.[79]

Die Argumentation des Bundesgerichts, dass nicht das Kriterium der Erheblichkeit dem Missbrauchsprinzip genügen müsse, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG, ist auch deshalb unrichtig, weil die Ignorierung der quantitativen Erheblichkeit nicht durch die Möglichkeit der Rechtfertigung aus wirtschaftlichen

74 BGE 129 II 35, E. 8.1.
75 BGE 135 II 67, E. 3.1.1.
76 BGE 135 II 74, E. 3.3.1.
77 BGE 135 II 77, E. 3.4.
78 Ähnlich auch BGE 135 II 67 E. 3.1.1.
79 Gl.M. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 11 ff.

Gründen ausgeglichen werden kann. Denn die Frage der quantitativen Erheblichkeit ist nicht Prüfgegenstand von Art. 5 Abs. 2 KG.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, dass der Gesetzgeber bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der EU angestrebt habe, jedoch mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet habe.[80] Vor diesem Hintergrund wäre es auch falsch, das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit unter Hinweis auf die Auslegung des Spürbarkeitskriteriums des EU-Rechts auslegen zu wollen.

bb) Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 BV

Nicht zielführend ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung nicht nur Art. 96 BV, sondern auch Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 BV Rechnung zu tragen sei.[81]

Der Hinweis des Bundesgerichts auf die Wirtschaftsfreiheit des einzelnen in Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 BV führt nicht weiter. Denn die Wirtschaftsfreiheit schützt alle Unternehmen, nicht nur diejenigen, die Parallelimporte vornehmen wollen. Deshalb wäre bei einem Heranzug von Art. 27 BV zunächst zu entscheiden, wessen Wirtschaftsfreiheit im Einzelfall zu schützen ist.[82] Hierzu führt das Bundesgericht nichts aus.

e) Schlussfolgerung

Die vom Bundesgericht vorgebrachten systematischen Argumente verfangen nicht bzw. sind unzulässig, da sie die Vermutungsbasis mit der Vermutungsfolge gleichsetzen. Eine systematische (v.a. verfassungskonforme) Auslegung führt im Gegenteil zum Schluss, dass quantitative Kriterien in jedem Fall zu berücksichtigen sind. Denn insbesondere aus der Botschaft 1994 ergibt sich, dass die Schädlichkeit jeder Abrede im Einzelfall festgestellt werden muss, d.h. die tatsächlichen schädlichen Auswirkungen massgebend sind.[83]

80 BGE 124 III 498 E. (unter Verweis auf Botschaft 1994 BBl 1995 I 471 und 632 ff.); BGE 137 II 209 f. 4.3.2. (unter Hinweis auf die Botschaft 2001 BBl 2002 2051).

81 BGE 143 II 323 E. 5.3.5.

82 Vgl. hierzu AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 78 ff.

83 Ähnlich auch BGE 135 II 67 E. 3.1.1.

4. Teleologisches Argument

Weiter überzeugt auch die vom Bundesgericht vorgebrachte teleologische Argumentation nicht:

a) Entlastung der Verwaltung

Unrichtig ist einmal das Argument der Entlastung der Verwaltung. Das Argument taucht im Urteil in mehreren Facetten auf:

(1) Einmal führt das Bundesgericht an, eine tiefe Erheblichkeitsschwelle entlaste die Verwaltung.[84]

(2) Zudem führt das Bundesgericht an, dass die Entlastung der Verwaltung ein einfaches Kriterium erfordere. Dies schliesse eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall aus wie auch Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 KG zeige.[85] Eine quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen sei weniger geeignet, die Aufgreifschwelle in der gebotenen zeitlichen Kürze zu bestimmen.[86]

(3) Schliesslich bringt das Bundesgericht vor, dass bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus stehe.[87]

Diese Argumentationslinie ist aus folgenden Gründen unrichtig:

aa) Nur eine hohe Schwelle entlastet die Verwaltung

Eine tiefe Erheblichkeitsschwelle entlastet die Verwaltung nicht. Das Gegenteil ist der Fall. Je höher die Erheblichkeitsschwelle gesetzt wird, desto mehr wird die Verwaltung entlastet, da sie dann weniger Fälle aufgreifen und untersuchen muss.[88]

Dass eine tiefe Erheblichkeitsschwelle die Verwaltung entlasten würde, wäre nur dann richtig, wenn auf die Prüfung der anderen Kriterien in Art. 5 und Art. 4 Abs. 1

84 BGE 143 II 313 f. E. 5.1.2.
85 BGE 143 II 314 f. E. 5.1.4.
86 Unter Berufung auf WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter 10. Februar 2014 C.III.
87 BGE 143 II 315 E. 5.1.4.
88 Gl.M. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 14.

KG (namentlich das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede und von Effizienzgründen) verzichtet würde. Dies vertritt das Bundesgericht aber ja zurecht nicht.

bb) Keine umfassende und differenzierte Prüfung?

Abzulehnen ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass im Rahmen der Erheblichkeit keine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall erfolgen solle.

Einmal erfolgt bei einer quantitativen und qualitativen Prüfung der Erheblichkeit ja keine umfassende Prüfung der Wettbewerbsabrede. Zudem wäre eine undifferenzierte Rechtsanwendung nur schon deshalb abzulehnen, weil es im Kartellrecht um die tendenziell höchsten Strafen geht, die die Schweizer Rechtsordnung kennt.

Ebenfalls in dieser Allgemeinheit unrichtig ist die Ansicht, dass die Berücksichtigung quantitativer Kriterien wie Marktanteile und Umsätze einer Prüfung der Erheblichkeit „in der gebotenen zeitlichen Kürze" entgegenstünde. Marktanteile lassen sich (zumindest in groben Bandbreiten) in der Praxis grundsätzlich relativ schnell bestimmen. Nicht ohne Grund verwendet ja auch Ziffer 13 der Vertikalbekanntmachung der Weko zur Bestimmung der Erheblichkeit Marktanteilsschwellen von 5%, 15% und 30%.

Auch die Aussage des Bundesgerichts, die ältere Praxis der Weko zeige, dass eine umfassende und differenzierte Beurteilung der Erheblichkeit die Weko nicht entlaste[89], ist bei genauerer Betrachtung unrichtig: Im Verhältnis zum Gesamtaufwand, den eine Verfügung verursachte, war der Aufwand zur Bestimmung der quantitativen Erheblichkeit bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG nicht nennenswert. Die Ausführungen der Weko betreffend die Erheblichkeit machten selten mehr als 10 Seiten der Verfügung aus, während die Gesamtlänge der Verfügungen ohne Weiteres 100 Seiten (in jüngerer Zeit in einigen Fällen deutlich über 300 Seiten) betragen konnte.[90] Diesbezüglich ist auch im Auge zu behalten, dass erfahrungsgemäss die be-

89 BGE 143 II 314 f. E. 5.1.4.

90 Siehe z.B. (die Seitenzahlen beziehen sich auf die auf https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html veröffentlichten Verfügungsformate): *KK-DMIF I*: 20 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 126 Seiten insgesamt); *Strassenbeläge Tessin*: Keine Ausführungen betreffend Erheblichkeit (Länge der Verfügung insgesamt 65 Seiten); *Sécateurs et cisailles*: 6 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 26 Seiten insgesamt); *Gaba*: 4 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 80 Seiten insgesamt); *Hors-Liste Medikamente:* 3 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 90 Seiten insgesamt); *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: Keine Ausführungen betreffend Erheblichkeit (Länge der Verfügung: 45 Seiten insgesamt); *KK-DMIF II*: 4 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 43 Seiten insgesamt); *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen:* 0 Seiten

weismässige Erstellung der Existenz der Abrede (Sichtung der an einer Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen, Einvernahme von Parteien und Zeugen etc.) einen massiv höheren Aufwand erfordert. Die Fälle *Gaba* und *BMW* waren diesbezüglich Ausnahmeerscheinungen.

Ausserdem können sich die Wettbewerbsbehörden eine quantitative Untersuchung ohnehin nicht ersparen, weil sie eine solche im Rahmen der Vermutungswiderlegung durchzuführen haben. Unter dem Titel der Erheblichkeit sind im Wesentlichen dieselben Kriterien wie im Rahmen der Vermutungswiderlegung zu verwenden. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass der Umstand, dass eine Wettbewerbsabrede nur geringfügige Auswirkungen hatte, auch im Rahmen der Sanktionierung zu berücksichtigen ist. Die Weko kann sich deshalb die entsprechende Prüfung ohnehin nicht ersparen.

cc) Einzelfallprüfung nur im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG?

Gesetzessystematisch unrichtig ist auch das verschiedentlich vorgebrachte Argument des Bundesgerichts, im Rahmen der Erheblichkeit habe keine umfassende Prüfung zu erfolgen, dies habe im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu geschehen (wie Art. 6 KG zeige)[91].

Das Kriterium der Erheblichkeit betrifft die Frage des Ausmasses der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Die Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG betrifft hingegen die Frage der Rechtfertigung aus Effizienzgründen. Die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG und die Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG sind also **unterschiedliche Tatbestandsmerkmale**, die **unterschiedliche Sachverhaltselemente** betreffen. Die Vernachlässigung des einen Tatbestandselements (Erheblichkeit) kann durch die sorgfältigere Prüfung des anderen (Rechtfertigung) nicht kompensiert oder wieder gut gemacht werden.[92] Dies gilt zumal für die Berücksichtigung wettbewerbsintensivierender Effekte (die gemäss einer missverständlichen Äusserung des Bundesgerichts im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen seien[93]). Wettbewerbsintensivierende Effekte

betreffend Erheblichkeit (bei 71 Seiten insgesamt); *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: 4 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 91 Seiten insgesamt); *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau*: 3 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 239 Seiten insgesamt); *Vertrieb von Musik*: 1 Seite betreffend Erheblichkeit (bei 41 Seiten insgesamt); *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*: 1 Seite betreffend Erheblichkeit (bei 68 Seiten insgesamt); *Speditionsabreden*: 2 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 93 Seiten insgesamt); *BMW*: 10 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 114 Seiten insgesamt); *Nikon AG*: 9 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 164 Seiten insgesamt); *Altimum SA*: 10 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 79 Seiten insgesamt); *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*: 5 Seiten betreffend Erheblichkeit (bei 354 Seiten insgesamt).

91 BGE 143 II 315 E. 5.1.4. und 319 E. 5.3.2.

92 BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 18 f.

93 BGE 143 II 319 E. 5.3.2.

sind primär im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsabrede (wo es um die Frage geht, ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt) und nicht erst im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG, zu berücksichtigen.

Die Argumentation des Bundesgerichts leidet an derselben Defizienz, die Befürworter eines engeren Erheblichkeitsbegriffs (zu Recht) moniert hatten, nämlich, dass das Kriterium der Erheblichkeit z.T. als Sammelbecken tatbestandsfremder Überlegungen (wie dem Fehlen einer Abrede oder Wettbewerbsbeschränkung)[94] diente.[95]

dd) Keine volkswirtschaftliche Untersuchung

Auf einer Begriffsvermengung beruht schliesslich das Argument , dass bei der Erheblichkeit die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus stehe.[96]

Das Bundesgericht vermischt hier die Begriffe der Volkswirtschaftslehre mit denen der Industrieökonomie. Soweit ersichtlich fordert niemand, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung volkswirtschaftlich ins Gewicht fallen müsse (dann wäre kaum je eine Abrede erheblich). Was indessen zurecht verlangt wird, ist eine beträchtliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im betreffenden Markt.[97]

b) Kumulative Erforderlichkeit der quantitativen und qualitativen Erheblichkeit

Das Bundesgericht argumentiert neben der angeblichen Entlastung der Verwaltung damit, dass zwar anerkannt sei, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden könne, dass hieraus aber nicht folge, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedürfe. Sei deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedürfe es kaum eines quantitativen Elements. Gebe es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche

94 Ein Beispiel ist der Fall Dermalogica, wo, richtig besehen, gar keine Abrede bestand (siehe RPW 2014/1, 191 Rz. 66 ff., Kosmetikprodukte [Dermalogica]). Ein anderes Beispiel ist der Fall Harley-Davidson, in welchem bestimmte Verkaufsverbote in US-Verträgen unrichtigerweise unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert wurden, obwohl derartige Bestimmungen im Recht der EU zulässig sind (RPW 2013/3, 291 ff. Rz. 73, Harley-Davidson Switzerland GmbH).

95 BALDI, AJP 2017, 617 und 619.

96 BGE 143 II 315 E. 5.1.4.

97 BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 11 f.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 120 f.; XOUDIS, 320 f.; HOCH CLASSEN, 278 f.; BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 5 N 19 ff.; RAASS, sic! 2004, 912; REINERT, Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Art. 5 N 6; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 173; ZIMMERLI, dRSK 11. Januar 2016, 9 ff.; BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 5 Rz. 20; DAVID/JACOBS, Rz. 610 ff.; SCHNEIDER, sic! 2016, 328 ff.; WEBER/VOLZ, 131 Rz. 2.320 und 132 Rz. 2.328; a.M. BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, 509 f.; HAGER/MURER, recht 2015, 206 f.; WALKER, Jusletter 10.2.2014, C.III.

mit geringem Gewicht, so sei die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhielten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.[98] Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

aa) Widerspruch zu BGE 129 II 18

Das *Gaba*-Urteil steht im Widerspruch zu BGE 129 II 18. Dort hielt das Bundesgericht Folgendes fest:

> *„Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ist (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.“*[99]

sowie:

> *„Umso eher ist anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% […] ist deshalb davon auszugehen, dass der Wettbewerb hier erheblich beeinträchtigt ist.“*[100]

Während sich das erste Zitat isoliert aufgrund der Klammer „(zumindest)“ allenfalls noch im Sinne des *Gaba*-Urteils lesen liesse, geht aus dem zweiten Zitat hervor, dass das Bundesgericht vom kumulativen Erfordernis einer qualitativen und quantitativen Erheblichkeit ausging.[101] Hätte das Bundesgericht die Frage im Sammelrevers-Fall offenlassen wollen, hätte es dies klarer zum Ausdruck gebracht.[102]

bb) Quantitative und qualitative Erheblichkeit als kommunizierende Röhren

Bemerkenswert sind die Aussagen des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen quantitativer und qualitativer Erheblichkeit trotzdem. Sie zeigen nämlich, dass die Aussage, wonach Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen würden,[103] in Kontext zu setzen sind.

98 BGE 143 II 316 E. 5.2.2.
99 BGE 129 II 24, E. 5.2.1.
100 BGE 129 II 25, E. 5.2.2.
101 Gl.M. Weber/Volz, 131 Rz. 2.319.
102 A.M. Straub AJP 2016, 560
103 BGE 143 II 319 E. 5.3.2 und 325 5.6.

Das Bundesgericht hält fest, dass wenn das qualitative Element sehr gewichtig sei, es kaum (nicht: gar nicht) eines quantitativen Elements bedürfe. Damit ist nach dem *Gaba*-Urteil massgebend, wie gewichtig der betroffene Wettbewerbsparameter qualitativ ist. Einen Automatismus gibt es nicht. Dies zeigt auch der Verweis auf die kommunizierenden Röhren. Grundsätzliche Erheblichkeit ist nach dem *Gaba*-Urteil somit nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn es sich um einen klaren Hardcore Verstoss handelt.

Der Hinweis des Bundesgerichts ist wieder vor dem Hintergrund zu sehen, dass es sich beim *Gaba*-Fall (legt man den Sachverhalt des Bundesverwaltungsgerichtsurteils zugrunde) um ein Lehrbuchbeispiel für absoluten Gebietsschutz handelte, das zudem medial während Jahren thematisiert worden war.[104]

c) Schlussfolgerung

Auch die im Hinblick auf eine teleologische Auslegung vom Bundesgericht vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Zieht man in Betracht, dass Wettbewerbsabreden nur bei Vorliegen von Marktmacht schädlich sein können, dann führt eine teleologische Auslegung vielmehr zum Ergebnis, dass auch bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in jedem Fall qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind.[105]

5. Fazit

a) Grundsätzliche Erheblichkeit ist nicht überzeugend

Wie oben gezeigt wurde lässt sich der vom Bundesgericht im *Gaba*-Urteil vertretene Erheblichkeitsbegriff weder mit einer wörtlichen noch historischen noch systematischen noch mit einer teleologische Auslegung überzeugend begründen. Vielmehr sprechen diese Auslegungselemente dafür, dass die Erheblichkeitsschwelle höher als

104 Vgl. etwa: „Denner zeigt Zähne" in Migros Magazin Nr. 51 vom 14. Dezember 2009 (https://issuu.com/m-magazin/docs/migros-magazin-51-2009-bl); „Wie Denner billige Ware in die Schweiz bringt" in 20 Minuten vom 24. September 2009 (http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Wie-Denner-billige-Ware-in-die-Schweiz-bringt-29496384); „Zahnpasta-Preistrick: Konsumenten ausgepresst", Kassensturz espresso vom 22. September 2009 (https://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-espresso/themen/geld/zahnpasta-preistrick-konsumenten-ausgepresst); „Denner darf Elmex nicht günstiger verkaufen" in saldo 4/2007 vom 7. März 2007 (https://www.kgeld.ch/artikel/d/denner-darf-elmex-nicht-guenstiger-verkaufen/); Homepage von Denner (https://www.denner.ch/de/ueber-uns/unternehmen/geschichte/).

105 Gl.M. wie hier etwa ZIMMERLI, dRSK 11. Januar 2016, 9 ff.; BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 5 Rz. 20; DAVID/JACOBS, Rz. 610 ff.; SCHNEIDER, sic! 2016, 328 ff.; WEBER/VOLZ, 131 Rz. 2.320 und 132 Rz. 2.328; CR-Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 121 ff.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 120 f.

die Spürbarkeitsschwelle liegt und dass quantitative (aber auch qualitative) Kriterien in jedem Fall zu untersuchen sind.

b) Wie die Erheblichkeit richtigerweise zu verstehen wäre

Da bei richtig verstandener Erheblichkeit auch bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in jedem Fall neben qualitativen auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, soll nachstehend kurz ausgeführt werden, wie eine solche Analyse auszusehen hat. Erforderlich ist, dass eine Abrede qualitativ **und** quantitativ erheblich ist.

aa) Qualitative Kriterien

In qualitativer Hinsicht ist auch bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die Art des betroffenen Wettbewerbsparameters zu prüfen. Denn Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind nicht ohne Weiteres qualitativ erheblich. So ist etwa eine Einkaufsgemeinschaft mit unter 15% Marktanteil oder eine ARGE unter Konkurrenten, die diese erst befähigt, eine Offerte einzureichen, qualitativ nicht erheblich (sofern man unrichtigerweise von einer Wettbewerbsabrede und gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ausgeht). Ein weiteres Beispiel sind Einfuhrbeschränkungen in die Schweiz aus Ländern ausserhalb des EWR (sofern man hier unrichtigerweise von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeht).

Zudem sind das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und die Wichtigkeit des betroffenen Wettbewerbsparameters (welche Rolle spielt der Wettbewerbsparameter im Wettbewerb?) zu prüfen. Sind z.B. nur unwesentliche Preisparameter von der Abrede betroffen, kann die Abrede qualitativ unerheblich sein.

bb) Quantitative Kriterien

Im Rahmen der quantitativen Kriterien sind zunächst die Marktverhältnisse zu untersuchen. Hierunter fallen einmal die Markanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen und ihrer Konkurrenten. Im Fall vertikaler Abreden ist neben der Intensität des Intrabrand-Wettbewerbs auch diejenige des Interbrand-Wettbewerbs zu prüfen. Heftiger Interbrand-Wettbewerb kann fehlenden Intrabrand-Wettbewerb ausgleichen. Zudem kann auch Gegenmacht der Marktgegenseite zur quantitativen Unerheblichkeit führen.

Schliesslich ist auch der Befolgungsgrad zu prüfen. Ein geringer Befolgungsgrad kann zur quantitativen Unerheblichkeit führen.

c) Erheblichkeit unter der *Gaba*-Rechtsprechung

Sollte das Bundesgericht an der grundsätzlichen Erheblichkeit gemäss *Gaba*-Rechtsprechung festhalten,[106] fragt sich, wann quantitative Kriterien der *Gaba*-Rechtsprechung massgebend sind.

Das Bundesgericht äussert sich hierzu im *Gaba*-Urteil nicht. Auch in der öffentlichen Beratung wollten sich die drei Richter, welche für die grundsätzliche Erheblichkeit plädierten, nicht festlegen, was „grundsätzlich" heisse. Klar wurde in der öffentlichen Beratung indessen, dass das Bundesgericht keine Per-se-Erheblichkeit, wie das Bundesverwaltungsgericht sie in den Fällen *Gaba* und *BMW* vertrat, befürwortete. Aufgrund der Verwendung des Ausdrucks „grundsätzlich" ist auch klar, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nach der *Gaba*-Rechtsprechung nicht „in aller Regel" sondern nur „grundsätzlich" erheblich sind.

Nach hier vertretener Auffassung sind zumindest zwei Kategorien von Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht grundsätzlich erheblich:

– Abreden ohne klaren Hardcore-Charakter sowie Abreden, die im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen,

– Fälle, in denen die fehlende Erheblichkeit als Korrektiv notwendig ist.

aa) Abreden ohne klaren Hardcore-Charakter

Soweit man der *Gaba*-Rechtsprechung folgt, ist zu beachten, dass Art. 5 Abs. 3 und 4 KG von der Weko sehr weit interpretiert werden. Die Weko subsumiert unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht nur klare Hardcore-Beschränkungen sondern auch Verhaltensweisen, die im Recht der EU entweder keine Wettbewerbsbeschränkung oder zumindest keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen:[107]

106 Vgl. die Urteile des BGer vom 24.10.2017, 2C_63/2016, E. 4.3.1.; 9.10.2017, 2C_1016/2014, E. 3.1; 9.10.2017, 2C_1017/2014, E. 3.1;

107 Siehe hierzu die Kritik in CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 388 ff. m.w.H; BALDI, AJP 2017, 620; BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 38.

Unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert die Weko zu Unrecht z.B. Einkaufsgemeinschaften[108], Spezialisierungsvereinbarungen[109], Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools[110], Mindestabnahmepflichten[111], ARGEs[112] und Interchange Fees[113]. Diese Praxis ist nicht nur sachlich unrichtig, sie ist auch schärfer als die Praxis der EU-Behörden, die in diesen Verhaltensweisen entweder gar keine Wettbewerbsbeschränkung erblickt oder zumindest keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.[114]

Unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert die Weko z.B. Verkaufsbeschränkungen in Vertriebsverträgen betreffend Vertragsgebiete ausserhalb der Schweiz und des EWR (wie z.B. das Verbot von Exporten aus den USA)[115]; dies geht über die (nach den Materialien massgebende)[116] Praxis der EU-Behörden hinaus, die in Verboten von Einfuhren in den EWR oder in die EU (z.B. aus den USA oder dem Ostblock) keinen Verstoss

108 RPW 2015/2, 156, Beratung betreffend Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System; RPW 2008/4, 555 70 ff. insb. 74 f., Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; RPW 2014/1, 169 98 ff., Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung; RPW 4, 1113 46, Krankenversicherer/Weita AG; kritisch hierzu auch WEBER/VOLZ, 97 Rz. 2.188.

109 RPW 1998/1, 20 und 23, Rz. 3 und 23, Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS).

110 RPW 2007/1, 153 Rz. 100, Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken - Schlussbericht vom 8. Juli 2005.

111 RPW 2012/2, 178 Rz. 108 und 179 Rz. 123, FTTH Freiburg.

112 Wobei die Weko ARGEs grundsätzliche nicht als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beurteilt: RPW 2013/4, 528 Rz. 12 FN 15, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich sowie STÜSSI/LÜTHI, BR 2015, 205 ff.

113 RPW 2015/2, 174 Rz. 81 ff., Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II); RPW 2012/4, 789 Rz. 211 ff., Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee; RPW 2009/2 132 Rz. 87 f., Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY; RPW 2006/1, S. 85, Rz. 159 (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609 Rz. 66 (Maestro-Schlussbericht).

114 Für **Einkaufsgemeinschaften** siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 208 ff.; für **Spezialisierungsvereinbarungen** siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 169; für **Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools** siehe z.B. KOMM, 12.4.1999, IV/D-1/30.373 - P&I-Clubs. IGA und IV/D-l/37.143 - P&I-Clubs. Pooling Agreement) Rz. 65 sowie die im Commission Staff Working Document zum Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und an den Europäischen Rat über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 358/2003 (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance_ber_working_document.pdf), Rz. 124 ff. beschriebenen Fälle; für **Mindestabnahmepflichten** siehe etwa Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 ff., Rz. 128 ff.; GLEISS/HIRSCH/BURKERT, Art. 85 (1) 651 m.w.H.; für **ARGEs** siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 30; KOMM, 27.7.1990, IV/32.688, Konsortium ECR 900, ABl 1990 L 228/31 ff. Rz. 1 ff.; für **Interchange Fees** siehe z.B. KOMM, ABl. 2002 L 318/29 Rz. 69, Visa International – Multilateral Interchange Fee; KOMM, 19.12.2007, COMP/34.579, COMP/36.518, COMP/38.580, MasterCard, Rz. 400 ff. m.w.H.; EuGH, 11.9.2014, C-382/12 P, Rz. 185 f., MasterCard/Kommission.

115 RPW 2013/3, 291 f. Rz. 72 ff., Harley-Davidson Switzerland GmbH; RPW 2016/2, 471 Rz. 252, Nikon AG.

116 Voten von SR Schiesser und Büttiker in AB 2003 S 329 ff.

gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV erblickt.[117] Ausserdem subsumieren die Weko und das Bundesverwaltungsgericht (allerdings im Widerspruch zum *Gaba*-Urteil)[118] auch Bezugsbeschränkungen unter Art. 5 Abs. 4 KG.[119]

Ersichtlich hatte das Bundesgericht im Fall *Gaba* nur Konstellationen vor Augen, die klarerweise unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Fälle wie die oben erwähnten, die entweder gar nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden oder zumindest keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, hatte das Bundesgericht offensichtlich nicht vor Augen. Nachdem das Bundesgericht an anderer Stelle einräumt,[120] dass das Schweizer Kartellrecht nicht über das EU-Kartellrecht hinausgeht, wäre es falsch, Abreden in der Schweiz als erhebliche Beeinträchtigungen zu qualifizieren, die im Recht der EU keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht spürbar sind. Dieser Umstand lässt sich bei der Rechtsanwendung auch unter der *Gaba*-Rechtsprechung auf zwei Arten berücksichtigen:

– Entweder werden Fälle, die keinen klaren Hardcore-Charakter haben oder in der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, nicht (mehr) unter Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG subsumiert. Dies wäre die vorzuziehende Variante, da sie auch den Absichten des Gesetzgebers bei der Schaffung der Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG am besten entspricht.[121]

– Werden Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG trotzdem auf Fälle angewendet, die keinen klaren Hardcore-Charakter haben oder in der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, muss eine vollständige Erheblichkeitsprüfung durchgeführt werden, die sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien umfasst.

Zu beachten ist dabei, dass unabhängig von der Frage der Erheblichkeit in einem ersten Schritt immer auch zu prüfen ist, ob die erstellte Abrede überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Ist dies nicht der Fall, ist die Abrede zulässig, da eine Wettbewerbsbeschränkung Geltungsvoraussetzung ist (Art. 2 Abs. 1 KG).

117 EuG, 27.9.2006, T-204/03, Rz. 51 ff., insbesondere Rz. 58 f., Haladjian Frères / Kommission, Slg. 2006, II-3779; EuG, 16.12.1999, T-198/98, Rz. 34, Micro Leader / Kommission, Slg. 1999, II 3992; EuGH, 28.4.1998, C-306/96, Rz. 14 (der ausdrücklich auf Parallelimporte innerhalb der EU beschränkt ist) sowie Rz. 17 ff. und 26, Javico, Slg. 1998, I-1997; BELLAMY/CHILD, 80 Rz. 1.145.

118 BGE 143 II 330 E. 6.3.4.

119 RPW 2016/2, 471 Rz. 252und 468 f. Rz. 226, Nikon AG; RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, Nikon AG/Weko.

120 BGE 143 II 327 E. 6.2.3.

121 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 389 m.w.H; BALDI, AJP 2017, 620; BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 38.

bb) Die Erheblichkeitsprüfung als Korrektiv

Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen die Erheblichkeit ein wichtiger Korrekturfaktur ist. Dies sind Fälle, in denen z.B. fälschlicherweise eine Abrede angenommen wird[122], eine Vereinbarung erwiesenermassen nicht umgesetzt wurde oder keine schädlichen Auswirkungen hatte oder die Parteien über sehr geringe Marktanteile verfügen.

Auch in diesen Fällen ist keine grundsätzliche Erheblichkeit anzunehmen sondern eine vollständige Erheblichkeitsprüfung durchzuführen, die sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien umfasst.

III. Beeinträchtigung des Wettbewerbs

A. Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bejahte im Fall *Gaba* zudem eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.[123] Die Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, es liege keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, da tatsächliche Auswirkungen fehlten und das Exportverbot nicht umgesetzt worden sei.

Das Bundesgericht widersprach diesen Ausführungen. Es führte aus, dass die Lehre im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 KG mehrheitlich den Standpunkt vertrete, dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankomme, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreiche. Da Art. 4 Abs. 1 KG den Sprachgebrauch für den ganzen Erlass regele, werde damit auch für Art. 5 Abs. 1 KG klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden solle. Dies stütze auch eine systematische und verfassungskonforme Auslegung: Denn mit Vereinbarungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht erst mit deren Praktizierung werde ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das „volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs seien. Aus diesem Grund seien solche Vereinbarungen im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG näher zu prüfen. Es genüge somit, dass Vereinbarungen den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen könnten.[124]

122 Vgl. den Fall Dermalogica, wo der Wortlaut des Vertrags zwar ein Verbot von Verkäufen ausserhalb des EWR's enthielt, aus dem Umstand, dass der Schweizer Händler nicht ausserhalb des EWR verkaufen durfte, indessen klar hervorging, dass der Hersteller mit dem Begriff „EWR" auch die Schweiz miterfasst sah (RPW 2014/1, 191 Rz. 66 ff, Kosmetikprodukte [Dermalogica]; ähnlich schon RPW 2000/2, 209 Rz. 50, Volkswagen-Vertriebssystem).

123 BGE 143 II 323 f. E. 5.4.

124 BGE 143 II 323 f. E. 5.4.2; vgl. auch Urteil des BGer, 24.10.2017, 2C_63/2016.

B. Kritische Würdigung

1. Was das Urteil sagt

Die Ausführungen des Bundesgerichts sind insoweit missverständlich, als sie in dem Sinne falsch gelesen werden könnten, dass es auf die tatsächlichen Wirkungen einer Vereinbarung nicht ankomme, sondern das blosse Potenzial zur Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreiche.

Dies wäre indessen eine unrichtige Interpretation des Bundesgerichtsurteils.

Zu beachten ist zunächst, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor dem Bundesgericht nicht strittig war[125] und das Bundesverwaltungsgericht bindend entschieden hatte, dass das Exportverbot „von den Parteien gelebt worden"[126] sei, bzw. dass das Bundesverwaltungsgericht einen Kausalzusammenhang zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung (die offenbar nicht strittig war)[127] bejaht hatte.[128] Die Äusserung des Bundesgerichts muss somit vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Vorinstanz bindend entschieden hatte, dass die Vereinbarung umgesetzt worden war.

Das Bundesgericht entschied zudem lediglich, dass eine Vereinbarung auch dann eine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen könne, wenn sie nicht umgesetzt worden sei.[129] Hintergrund dieser Auffassung ist das Anliegen, Vereinbarungen auch dann verbieten zu können, wenn sie noch nicht umgesetzt worden sind.[130] Dies ergibt sich insbesondere auch aus den vom Bundesgericht angerufenen Literaturstellen.[131]

Zu betonen ist auch, dass sich die Argumentation des Bundesgerichts nur auf Fälle von Vereinbarungen bezieht, deren Gegenstand eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist.[132] Bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist in jedem Fall zwingend zu berücksichtigen, dass die Vereinbarung nicht umgesetzt wurde.

125 BGE 143 II 303 E. 3.1.

126 BVGer, RPW 2013/4, 830 E. 8.4.4, Gebro/Weko.

127 BGE 143 II 303 E. 3.1.

128 BVGer, RPW 2013/4, 792 f., Gaba/Weko.

129 So wie hier auch BRUCH, sic! 2017, 509.

130 Siehe hierzu auch BVGer, RPW 2016/4, 1137 Rz. 330, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

131 BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 4 N 4; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 3 und 5.

132 Der EuGH hat das Argument, dass die Vereinbarung nicht streng durchgesetzt wurde, nur bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen (in casu Exporverboten) zurückgewiesen: EuGH, 1.2.1978, 19/77, ECLI:EU:C:1978:19, Miller Kommission, Slg. 1978, 131 Rz. 7; EuG, 19.5.1999, T-175/95, ECLI:EU:T:1999:99, BASF/Kommission, Slg. 1999, II-1581, Rz. 156; EuG, 19.5.1999, T-176/95, ECLI:EU:T:1999:100, Accinauto SA/Kommission, Slg. 1999, II – 1635 Rz. 123.

Die Aussage des Bundesgerichts, dass das blosse Potenzial zur Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreiche, ist in dem Sinne zu verstehen, dass Art. 5 Abs. 1 KG auch eine Beschränkung potenziellen Wettbewerbs erfasst, wie dies später auch ausdrücklich in E. 5.4.2. gesagt wird.[133] Eine Beschränkung des potenziellen Wettbewerbs zu erfassen, ist nicht abwegig. Wenn z.B. zwei potentielle Konkurrenten miteinander vereinbaren, sich nicht zu konkurrenzieren, ist dies eine Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen kann.

Wie das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Türbeschläge* zudem richtig festgehalten hat, bezieht sich die Aussage des Bundesgerichts nur auf **Vereinbarungen**.[134] Sie gilt nicht im Hinblick auf abgestimmte Verhaltensweisen, weil Art. 4 Abs. 1 KG zwingend kumulativ eine Abstimmung, ein dieser Abstimmung entsprechendes koordiniertes Marktverhalten sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und koordiniertem Marktverhalten verlangt.[135]

Trotz der limitierten Tragweite der Äusserungen des Bundesgerichts sind diese in Inhalt und Begründung zu kritisieren.

2. Das Missbrauchsprinzip verlangt eine tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkung

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts ist es aufgrund des Missbrauchsprinzips notwendig, dass sich eine Vereinbarung **tatsächlich wettbewerbsbeschränkend auswirkt**. Hiervon kann nur im Rahmen des Verbots geplanter Wettbewerbsabreden (z.B. im Rahmen vorsorglicher Massnahmen) abgesehen werden. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts in den bereits erwähnten Fällen *Sammelrevers* und *DMIF*.[136] Auch das Bundesverwaltungsgericht[137] sowie die REKO/WEF[138] haben dies festgehalten.

Wenn eine Vereinbarung nicht umgesetzt wird, dann beschränkt sie den Wettbewerb nicht. Anderes zu behaupten hiesse, ein Gesinnungsstrafrecht einzuführen.

Zu Gunsten eines Ausreichens eines Potenzials der Wettbewerbsbeeinträchtigung könnte auch nicht vorgebracht werden, dass im Recht der EU eine blosse Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ausreichen würde (einmal ganz abgesehen vom Um-

133 BGE 143 II 324 E. 5.4.2.
134 BVGer, 14.11.2017 B-552/2015, E. 4.1.
135 BVGer, 14.11.2017 B-552/2015, E. 4.1.
136 BGE 129 II 35, E. 8.1.; BGE 135 II 67, E. 3.1.1., 74, E. 3.3.1. und 77, E. 3.4.
137 BVGer, RPW 2016/4, 1137 Rz. 331 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich
138 RPW 1999/3, 518 f. E. 4.4 und 4.5, Clima Suisse/Weko; BVGer, RPW 2016/3, 849 E. 7.2.1, Nikon AG/Weko; BVGer, RPW 2010/2, 368 ff. E. 7, 9.2.2.4, Implenia SA/Weko.

stand, dass sich dies aufgrund des Missbrauchsprinzips verbietet)[139]. Denn erstens hat der EuGH eine Eignung nur vereinzelt und nur bei sog. bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen genügen lassen[140] und zweitens ist im Recht der EU auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen **immer** zu prüfen und zu begründen, weshalb die Vereinbarung schädlich genug sein soll, um als „bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung eingestuft zu werden.[141] Hierbei sind u.a. der **Inhalt der Vereinbarung**, die mit ihr **verfolgten Ziele** sowie der **rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang**, in dem die Vereinbarung steht, zu prüfen.[142] Im Rahmen der Beurteilung dieses wirtschaftlichen Zusammenhangs sind u.a. auch die **Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen**, die auf dem **betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen** und die **Struktur dieses Marktes** zu berücksichtigen.[143] Es reicht somit auch im Recht der EU nicht aus, einfach ein Potenzial zur Wettbewerbsbeschränkung zu behaupten.[144] Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Tatbestandsmerkmal der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zudem **eng auszulegen**.[145] Denn „andernfalls [würde] die [Europäische] Kommission von der Verpflichtung entbunden [...], die konkreten Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Markt zu beweisen, bei denen überhaupt nicht feststeht, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind"[146].

3. Soziale Schädlichkeit

Unrichtig ist auch das Argument des Bundesgerichts, dass schon mit Vereinbarungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht erst mit deren Praktizierung ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen werde, das „volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei.

139 REKO/WEF, RPW 1999/3, 518 f. E. 4.4 und 4.5, Clima Suisse/Weko, wo die REKO/WEF es explizit ablehnte, die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügen zu lassen bzw. Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG als Gefährdungstatbestand zu lesen.

140 EuGH, 4.6.2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, T-Mobile Netherlands u.a., Slg. 2009, I-4529 Rz. 31.

141 Siehe etwa EuGH, 26.11.2015, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, Maxima Latvija, Rz. 21; EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 69.

142 EuGH, 6.10.2009, Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Slg. 2009 I, 9291, GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission u.a., Rz. 58; EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 53; EuGH, 8.11.1983, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, ECLI:EU:C:1983:310, IAZ/Kommission, Slg. 1983, 3369, Rz. 25; EuGH, 30.6.1966, Rs. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.

143 Siehe etwa EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 53.

144 So sehr deutlich EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 69.

145 EuGH, 26.11.2015, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, Maxima Latvija, Rz. 18; EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 58.

146 EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 58.

Das Bundesgericht greift hier auf eine Lehrmeinung zurück, die für das Auswirkungspostulat von Art. 96 BV eine neue Wendung forderte.[147] Das Bundesgericht hebt hierbei allerdings zu wenig klar hervor, dass diese Lehrmeinung dies auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen in der Diktion der *Cartes Bancaires*-Rechtsprechung des EuGH beschränkt wissen will.[148]

Nach hier vertretener Ansicht ist das Konzept der sozialen Schädlichkeit bzw. des Klimas der Wettbewerbsfeindlichkeit allerdings abzulehnen, und zwar aus folgenden Gründen: Einmal ist zu beachten, dass nicht jede Vereinbarung, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fällt, auch wettbewerbsfeindlich ist (selbst wenn sie umgesetzt wird).[149] Die Argumentation des Bundesgerichts vermischt Vermutungsbasis und -folge. Zudem ist das Kriterium des Klimas der Wettbewerbsfeindlichkeit aus sich selbst heraus nicht zu operationalisieren; es nötigt zu einer Unterscheidung zwischen wettbewerbsfeindlichen und -freundlichen bzw. -neutralen Vereinbarungen, wobei diese Unterscheidung gemäss der erwähnten Lehrmeinung anhand der *Cartes Bancaires*-Rechtsprechung des EuGH zu treffen sei; damit fragt sich aber, ob dem Kriterium der Wettbewerbsfeindlichkeit eine eigenständige Bedeutung zukommt. Ausserdem geht es wohl zu weit, im blossen Abschluss einer Vereinbarung einen Akt zu erblicken, der für sich allein ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit schafft (man denke an einen unzulässigen Vertriebsvertrag, dessen Existenz von den Beteiligten vergessen wurde). Ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit wird durch konkretes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten geschaffen und nicht durch Vereinbarungen, an die sich kein Beteiligter hält. Wenn eine Kartellvereinbarung nicht umgesetzt wird, dann spricht dies, wenn schon, für das Vorliegen von lebhaften Wettbewerb und nicht für dessen Fehlen.[150]

IV. Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG

Die Parteien machten zudem geltend, dass das Exportverbot nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG falle, weil in casu eine Technologietransfervereinbarung vorliege und nicht ein Vertriebsvertrag.[151] Das Bundesgericht wies diese Auffassung zurück. Es machte zudem noch weitere Äusserungen zum Umfang des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG.

147 HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, Rz. 44 ff.
148 HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, Rz. 47 f.
149 Siehe dazu oben.
150 GI.M. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 13
151 BGE 143 II 331 E. 6.4.

A. Argumentation des Bundesgerichts

Einleitend macht das Urteil zunächst ein paar Bemerkungen zur Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, Art. 5 Abs. 4 müsse autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung, ausgelegt werden.[152] Zudem wird festgehalten, dass die Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs problematisch sein könne.[153] Ausserdem wird festgehalten, dass sich aus der parlamentarischen Debatte „unzweifelhaft" ergebe, dass die schweizerische Regelung in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein solle. Der Gesetzgeber „habe, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden - trotz fehlendem dynamischen Verweis" vornehmen wollen.[154]

Überdies vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass auch Vertriebsklauseln in Technologietransfervereinbarungen unter Art. 5 Abs. 4 KG fielen. Klargestellt wird schliesslich, dass nur Verkaufsbeschränkungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden.

B. Kritische Würdigung

1. Einleitende Bemerkungen

a) Massgeblichkeit des EU-Rechts für Vermutungsbasis

Das Bundesgericht stellt mit seinen einleitenden Bemerkungen zu Art. 5 Abs. 4 KG klar, dass die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG nicht über das Recht der EU hinausgeht. Dem ist zuzustimmen.

Massgebend für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist, ob in einem EWR-/Schweizer Vertriebsvertrag eine Preisbindung der zweiten Hand oder ein Verbot von passiven Verkäufen durch den Händler (im Sinne von Art. 4 Bst. a und b 1. Lemma der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Europäischen Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen [„**VO 2790/1999**"] bzw. Art. 4 Bst. a und b Ziff. i) der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen [„**VO 330/2010**"]) vereinbart wird.

152 BGE 143 II 325 E. 6.2.1.
153 BGE 143 II 326 E. 6.2.2.
154 BGE 143 II 319 E. 5.3.2.

Die Massgeblichkeit von Art. 4 Bst. a und b von VO 2790/1999 bzw. 330/2010 ergibt sich aus den Materialien: In einem externen Gutachten, welches Grundlage für die Diskussion und Annahme von Art. 5 Abs. 4 KG in der WAK SR war, wird ausdrücklich auf Art. 4 Bst. b VO 2790/1999 verwiesen[155]. Zudem verwies SR Schiesser auf die VO 2790/1999.[156] Zudem zeigt auch Ziff. 3 des Beispiels von SR Schiesser („*3. Dies ist entscheidend: Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, dafür zu sorgen, dass seine Händler in den anderen Vertragsgebieten keine Lieferungen in das fragliche Vertragsgebiet ausführen*"), dass es um Art. 4 Bst. b VO 2790/1999 ging.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass Beschränkungen von Importen in die EU im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.[157] Deshalb fallen nur Importbeschränkungen in EWR-/Schweizer Vertriebsverträgen unter Art. 5 Abs. 4 KG.[158]

b) Keine Bindung an bestimmte ökonomische Auffassungen und Theorien

Soweit das Bundesgericht über die Massgeblichkeit von Art. 4 Bst. a und b von VO 2790/1999 bzw. 330/2010 hinaus einer Ignorierung industrieökonomischer Erkenntnisse das Wort würde reden wollen, wäre dem nicht zu folgen:

Wie soeben gezeigt ist für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand primär massgebend, ob in einem EWR-/Schweizer Vertriebsvertrag eine Preisbindung der zweiten Hand oder ein Verbot von passiven Verkäufen durch den Händler (im Sinne von Art. 4 Bst. a und b Ziff. i] der VO 330/2010) vereinbart wird, und nicht, wie die betreffende Verhaltensweise industrieökonomisch zu würdigen ist.

Es wäre indessen unrichtig, industrieökonomische Erkenntnisse bei der Auslegung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellgesetzes (Wettbewerbsabrede, Erheblichkeit und Rechtfertigung) zu ignorieren und sich stattdessen auf formale Kriterien zu stützen. Vielmehr sind Erkenntnisse der Industrieökonomie bei der Auslegung des Kartellgesetzes massgebend.[159] Dies kommt auch in der Botschaft 1994 zum Ausdruck (Hervorhebungen hinzugefügt):

155 S. 10 des Gutachtens.

156 AB 2003 S 330, wenn auch mit untechnischer Bezeichnung: „Wenn Sie der Mehrheit folgen, folgen Sie auch dem Stand der Regelung in der Europäischen Union, und man kann im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurückgreifen, was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat".

157 Siehe die Nachweise in FN 127.

158 Exportverbote aus Vertragsgebieten ausserhalb des EWR werden von Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich nicht erfasst, siehe Nachweise oben in FN 117.

159 Hierzu AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 73 ff. m.w.H.; siehe auch Botschaft 1994 BBl 1995 I 511 ff.

> *„Methodisch kann dieser flexible Massstab [sc. wirksamer Wettbewerb] als Anweisung an den Rechtsanwender verstanden werden, bei der Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der durch das Gesetz vorgezeichneten Grenzen* ***jeweils die geeignetsten markt- und wettbewerbstheoretischen Beurteilungsmuster*** *heranzuziehen. Dabei ist es auch nicht entscheidend, welcher Wettbewerbsschule die benützten Analysemethoden und Argumentationslinien letztlich entstammen.* "[160]

Vor diesem Hintergrund gehen die Seitenhiebe des Bundesgerichts gegen die Nützlichkeit ökonomischer Modelle an der Sache vorbei. Das Bundesgericht muss sich in diesem Zusammenhang auch den Vorwurf gefallen lassen, dass es sich mit der massgeblichen industrieökonomischen Literatur gar nicht auseinandergesetzt hat. Das einzige ökonomische Buch, welches das Bundesgericht (passim) zitiert, ist „DANI RODRIK Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal, Science, 2015". Dieses Buch hat indessen keine kartellrechtlich-industrieökonomische Themen zum Gegenstand.

c) „Materiell zu EU-Recht identische Regelung"

Im Kontext zu lesen ist die Aussage des Bundesgerichts, dass sich aus der parlamentarischen Debatte ergebe, dass Art. 5 Abs. 4 KG eine gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein solle und dass der Gesetzgeber mit Art. 5 Abs. 4 KG eine dem EU-Recht materiell identische Regelung habe schaffen wollen, obwohl er rechtstechnisch ungleich vorgegangen sei.[161]

Hiermit bringt das Bundesgericht zum Ausdruck, dass die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG nicht über den Umfang sogenannter bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen gemäss EU-Rechtsprechung hinausgeht. Dies legt auch der Umstand nahe, dass das Bundesgericht die entsprechende Äusserung im Rahmen der Auslegung des Vermutungstatbestands macht und nicht z.B. im Rahmen der Erheblichkeit oder der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Unrichtig wäre es, das Urteil so lesen zu wollen, dass im Bereich der Preisbindung zweiter Hand und des Verbots passiver Verkäufe auch bei der Anwendung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 5 KG das Recht der EU massgeblich wäre. Denn die parlamentarischen Beratungen zeigen, dass dies **nur für**

160 Botschaft 1994 BBl 1995 I 515.
161 BGE 143 II 327 E. 6.2.3.

die Frage der Reichweite der Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG gelten sollte.[162] Die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG geht also nicht über das hinaus, was im Recht der EU eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

2. Vertriebsvertrag

Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass der zweite Teil von Art. 5 Abs. 4 KG auch auf Lizenzverträge anzuwenden sei. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend zu verstehen sei und auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen beinhalten würde.[163] Das Bundesgericht argumentiert zudem, dass SR Büttiker festgehalten habe, dass Technologietransfer- und Lizenzverträge, die einen absoluten Gebietsschutz vorsähen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würden. Die Begründung des Bundesgerichts ist im Lichte einer wörtlichen, historischen und rechtsvergleichende Auslegung falsch.

a) Wörtliche Auslegung

Einmal spricht Art. 5 Abs. 4 KG zweiter Teil von „Vertriebsverträgen" und nicht von „Vertriebsklauseln". Die Auslegung des Bundesgerichts findet somit keine Stütze im Gesetzeswortlaut.

b) Historische Auslegung

Aus der Gesetzesgeschichte geht zudem hervor, dass mit dem Ausdruck „Vertriebsverträge" Technologietransferverträge (einschliesslich deren Bestimmungen über den Vertrieb der Vertragsprodukte) ausgeschlossen werden sollten.

162 BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter 11.9.2017, Rz. 23; siehe hierzu das Votum SR Schiesser: „Worum geht es konkret? Es geht darum, ob der Begriff der Marktabschottung, wie er im Nationalrat hineingekommen ist und von der Minderheit der Kommission übernommen wird, verwendet oder ob der Begriff des absoluten Gebietsschutzes umschrieben werden soll. Diese beiden Begriffe sind für die Mehrheit nicht deckungsgleich. Die Mehrheit zielt auf den absoluten Gebietsschutz ab." (AB 2003 S 329) und: „Kommen wir zum Begriff der Marktabschottung, wie er vom Nationalrat und von der Minderheit der Kommission verwendet wird. […] Sollte dieser Begriff in Artikel 5 Absatz 4 verwendet werden, so wäre in der Tat nicht klar, ob damit nur der Ausschluss des passiven Wettbewerbes untersagt wird oder auch der Ausschluss des aktiven Wettbewerbes. Das wäre Sache der Weko; sie hätte ein relativ freies Ermessen und könnte damit letztlich auch Selektiv- und Exklusivverträge nach Artikel 5 Absatz 4 verfolgen. Mit dem Einbezug des aktiven Wettbewerbes unter die Norm wäre die schweizerische Regelung schärfer als jene der Europäischen Union. Das wollte die Mehrheit nicht. Unser Grundsatz war: Gleich scharfe Regelungen, aber nicht schärfere Regelungen als die Europäische Union" (AB 2003 S 329 f.).

163 BGE 143 II 331 E. 6.4.1., 334 E. 6.4.4. und 329 E. 6.3.1.

Dies ergibt sich einerseits aus den WAK-Protokollen, in welchen ausdrücklich festgehalten wurde, dass Art. 5 Abs. 4 KG keine Technologietransfervereinbarungen bzw. Lizenzvereinbarungen erfassen solle.[164]

Andererseits ergibt sich dies aus dem Votum von SR Büttiker zum Mehrheitsantrag der WAK SR (der dem heutigen Art. 5 Abs. 4 KG entspricht). In diesem Votum kritisierte SR Büttiker den Antrag der Minderheit der WAK SR (der von SR David verteidigt wurde) wie folgt:

> *„Damit sind selektive Vertriebsverträge, sofern sie keinen absoluten Gebietsschutz vorsehen, zulässig, was auch der EU-Praxis entspricht - dazu kommen auch noch die Technologie- und die Lizenzverträge; Herr David, das müssen Sie auch noch berücksichtigen, für die Schweiz ist das sehr wichtig.* "[165]

Entgegen der Meinung des Bundesgerichts sagte SR Büttiker nicht, dass Technologie- und Lizenzverträge unter Art. 5 Abs. 4 fallen sollten, sondern sagte im Gegenteil, dass diese nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen sollten. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass SR Büttiger festhielt, dass selektive Vertriebssysteme vom Mehrheitsantrag nicht erfasst würden und im gleichen Atemzug auch Technologie- und Lizenzverträge nannte.

c) Rechtsvergleichende Auslegung

Auch rechtsvergleichend ist die Ansicht des Bundesgerichts unrichtig.

Nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Europäischen Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen („**VO 772/2004**") waren Vertriebsvereinbarungen mitfreigestellt, wenn sie nicht den eigentlichen Gegenstand der Technologietransfervereinbarung bildeten.[166] Nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Europäischen Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen („**VO 316/2014**") sind nun weitergehend Bestimmungen freigestellt, die unmittelbar mit der Produktion oder dem Vertrieb von Vertragsprodukten verbunden sind.[167] Dies ist in Anbetracht dessen, dass Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i) sowohl der VO 772/2004 als auch der VO 316/2014 das Verbot

164 Protokoll der WAK SR vom 29.1.2003, 32, Externes Expertengutachten, S. 10; Protokoll der WAK SR vom 26.2.2003, S. 20; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, 99.

165 AB 2003 S 330 f.

166 Siehe auch SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TTGVO, Art. 2 – 1. Unterabs. 279 ff.

167 RÖHLING/NAGEL in: Münchener Kommentar, GVO Nr. 316/2014, Art. 2 N 24 f.

passiver Verkäufe in dem Lizenzgeber vorbehaltene Gebiete gruppenfreistellen, auch folgerichtig. Denn wären Vertriebsklauseln von Technologietransfervereinbarungen nicht gruppenfreigestellt, bedürfte es Art. 4 Abs. 2 VO 772/2004 und VO 316/2014 gar nicht.

Gemäss Art. 2 Abs. 5 VO 2790/1999 und VO 330/2010 gehen die VO 772/2004 bzw. VO 316/2014 der VO 2790/1999 bzw. VO 330/2010 vor.

Die vom Bundesgericht vertretene Meinung ist auch dem vom Bundesgericht ebenfalls in Feld geführten Anliegen der Rechtssicherheit[168] nicht dienlich. Wenn das Bundesgericht richtigerweise vertritt, dass mit Art. 5 Abs. 4 KG eine nicht über das Recht der EU hinausgehende Regelung geschaffen werden sollte, dann sollten hiervon nicht Ausnahmen gemacht werden, die nicht einleuchtend begründet werden.

3. Ausschluss von Verkäufen

Zustimmung verdient das Bundesgericht indessen bezüglich der Aussage, dass Art. 5 Abs. 4 KG nur dann anwendbar sei, wenn **Verkäufe** in das Gebiet des fraglichen Marktes ausgeschlossen seien, wobei der Begriff „ausschliessen" nur die Untersagung passiver Verkäufe erfasse.[169]

Damit ist klargestellt, dass **Bezugsbeschränkungen** – entgegen einer von der Weko und dem Bundesverwaltungsgericht im Fall *Nikon*[170] geäusserten unrichtigen Auffassung – **nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen**. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass Art. 4 Bst. b 1. Lemma VO 2790/1999 bzw. Art. 4 Bst. b Ziff. i) VO 330/2010, die Vorbild für Art. 5 Abs. 4 KG waren,[171] Bezugsbeschränkungen, wie z.B. Alleinbezugspflichten, nach herrschender Lehre nicht.[172]

Der von Weko und Bundesverwaltungsgericht im *Nikon*-Fall vertretenen Meinung (wonach auch Bezugsbeschränkungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würden) zu folgen hiesse, dass auch Wettbewerbsverbote und Koppelungsgeschäfte von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würden, obwohl sich hierfür in den Materialien nicht der geringste Hinweis findet. Vertreter der Weko und des Bundesverwaltungsgerichts rechtfertigen die *Ni-*

168 BGE 143 II 327 E. 6.2.3 und 318 E. 5.2.4,

169 BGE 143 II 330 f. E. 6.3.4. f.

170 RPW 2016/2, 471 Rz. 252 und 468 f. Rz. 226, Nikon AG; RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, Nikon AG/Weko.

171 Siehe Votum SR Schiesser AB 2003 S 330: „Wenn Sie der Mehrheit folgen, folgen Sie auch dem Stand der Regelung in der Europäischen Union, und man kann im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurückgreifen, was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat".

172 ELLGER, in Immenga/Mestmäcker, Art. 4 Vertikal-GVO N 38; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO, Art. 4 lit. b Rz. 600; JESTAEDT/ZÖTTL, in: Münchener Kommentar, GVO Nr. 330/2010 Art. 4 N 59.

kon-Praxis z.T. mit dem Argument, dass im *Nikon*-Fall Verkaufsverbote mit Bezugspflichten verbunden worden seien.[173] Dieses Argument geht indessen fehl, weil die Unterstellung einer Abrede (sc. Bezugspflichten) unter Art. 5 Abs. 4 KG nicht mit dem Argument begründet werden kann, dass eine andere Abrede (sc. Verkaufsbeschränkungen) von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst würde. Zudem lassen sich für diese Auffassung auch im Recht der EU keine Belege finden. Die diesbezüglich von Vertretern der Weko angerufenen Stellen in den Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen[174] befassen sich nicht mit der Interpretation des hier massgebenden Art. 4 Bst. b VO 330/2010 sondern mit der individuellen Freistellungsmöglichkeit gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV ausserhalb der Gruppenfreistellung. Ähnliches gilt für die im Fall *JCB* für unzulässig erklärten Bezugsbeschränkungen, auf welche seitens Vertreter der Weko verwiesen wird.[175] Einmal abgesehen davon, dass im *JCB*-Fall die 30%-Marktanteilsschwelle überschritten war (eine Freistellung unter der VO 2790/1999 also ausser Betracht fiel)[176] begründete die Europäische Kommission den Kernbeschränkungscharakter der Bezugsbeschränkungen verschiedener Händler damit, dass diese eine Beschränkung von Querlieferungen zwischen Vertriebshändlern gemäss Art. 4 Bst. **d** (und nicht Bst. b) VO 2790/1999 darstellten.[177] Denn beim von JCB gewählten Vertriebssystem handelte es sich um ein Quasi-Selektivvertriebssystem.[178] Aus den Materialien zu Art. 5 Abs. 4 KG ergibt sich indessen wie oben gezeigt, dass Art. 4 Bst. d VO 2790/1999 nicht Regelungsvorbild von Art. 5 Abs. 4 KG war.

4. Fazit

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass Art. 5 Abs. 4 KG nur Abreden im Sinne von Art. 4 Bst. a und b Ziff. i) der VO 330/2010 in EWR-/Schweizer Vertriebsverträgen erfasst und keine Bezugsbeschränkungen.

V. Fazit

Die im *Gaba*-Urteil entwickelten wörtlichen, historischen, systematischen und teleologischen Argumente sind nicht überzeugend. Das *Gaba*-Urteil steht ausserdem in unerklärtem Widerspruch zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts, insbesondere zu

173 Vgl. auch GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 583 unter Hinweis auf Rz. 8 der Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12. Juni 2017.

174 GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 583 FN 32.

175 GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 583 FN 30.

176 KOMM, 21.12.2000, COMP.F.1/35.918 – JCB, ABl. 2002 L 69/1 ff. Rz. 198.

177 KOMM, 21.12.2000, COMP.F.1/35.918 – JCB, ABl. 2002 L 69/1 ff. Rz. 199.

178 Vgl auch EuG, 13.1.2004, T-67/01, JCB Service/Kommission, Slg. 2004, II-56, Rz. 132.

den Urteilen in den Sachen *Merial*[179], *Sammelrevers*[180] und *DMIF*[181]. Insbesondere missachtet das *Gaba*-Urteil, dass das Missbrauchsprinzip gemäss der Praxis des Bundesgerichts eine tatsächliche schädigende Auswirkung verlangt. In Anbetracht der nicht überzeugenden Begründung des *Gaba*-Urteils sowie des Umstands, dass es sich um einen 3-2 Entscheid handelt, scheint ein Festhalten an diesem Urteil nicht als sachgerecht.

Würde am *Gaba*-Urteil trotzdem festgehalten werden, so müsste Folgendes gelten:

Was das Auswirkungsprinzip anbelangt, muss ein Sachverhalt in der Schweiz zumindest konkrete mögliche Auswirkungen haben. Hypothetische oder denkbare Auswirkungen reichen nicht.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Erheblichkeit gilt, dass diese insbesondere dann nicht anzunehmen ist, wenn (i) Abreden ohne klaren Hardcore-Charakter bzw. Abreden, die im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, vorliegen, oder (ii) ein Fall vorliegt, in dem die fehlende Erheblichkeit als Korrektiv notwendig ist. Dies v.a. vor dem Hintergrund, dass Art. 5 Abs. 3 und 4 KG von der Weko zu weit ausgelegt werden, d.h. auch auf Tatbestände ausgedehnt werden, die keinen Hardcore-Charakter haben oder im Recht der EU keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gilt nach wie vor, dass eine Abrede den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen muss. Folgt man dem *Gaba*-Urteil, so besagt dieses nur, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht davon abhängig ist, ob die Vereinbarung umgesetzt wurde. Mehr kann nicht aus dem *Gaba*-Urteil abgeleitet werden. Insbesondere kann aus dem *Gaba*-Urteil nicht abgeleitet werden, dass das blosse Potenzial zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichen würde. Denn dies ginge auch weit über das Recht der EU hinaus.

Vom Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden nur Abreden in einem EWR-/Schweizer Vertriebsvertrag, die von Art. 4 Bst. a und b Ziff. i) VO 330/2010 erfasst werden. Bezugsbeschränkungen werden von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen einer von Weko und Bundesverwaltungsgericht im Fall *Nikon* geäusserten Auffassung nicht erfasst.

179 BGE 127 II 219.
180 BGE 129 II 18.
181 BGE 135 II 60.

Literatur

Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER/IN).

DIESELBEN, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, Stoffel Walter/Zäch Roger (Hrsg.), Die Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Genf 2004, 70 ff. (auch abgedruckt in Jusletter 27. September 2004).

AUTENRIETH KARLHEINZ, Die Anzeigepflicht beim Zusammenschluss ausländischer Unternehmen, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW, Betriebs-Berater international), 1980, 820 ff.

BALDI Marino, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff.

BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 501 ff.

Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007 (zit. Bearbeiter, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz).

BIRKHÄUSER NICOLAS/STANCHIERI ALESSANDRO, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, in: Jusletter 11.9.2017

BORER JÜRG, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. Borer, Wettbewerbsrecht I).

Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012, 3905 ff. (zit. Botschaft 2012).

Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022 ff. (zit. Botschaft 2001).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft 1994).

BREI GERALD, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 112 (2016), 113 ff.

BRUCH DAVID, Entwicklung der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ff.

DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Faull Jonathan/Nikpay Ali (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3.A., Oxford 2014 (zit. Bearbeiter/in, in: Faull/Nikpay).

Gleiss Alfred/Hirsch Martin/Burkert Thomas, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band I: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen, 4.A., Heidelberg, 1993.

Graber Cardinaux Andrea, Die aktualisierte Vertikalbekanntmachung 2010 und ihre Erläuterungen im Lichte des «Gaba»-Urteils des Bundesgerichts, sic! 2017, 579 ff.

Haberbeck Philipp, Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Lausanne locuta, causa finita, Jusletter 22. Mai 2017.

Hager Patricia M./Murer Angelika S., Wie hast du's mit der Erheblichkeit? Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, recht 2015, S. 197 ff.

Heinemann Andreas, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29.6.2015

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2014.

Hoch Classen Mariel, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003.

Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 (zit. Bearbeiter/in, in: Homburger et al.).

Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012 (Bearbeiter/in, in: Immenga/Mestmäcker).

Kment Martin, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, Tübingen 2010.

Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, 2.A., Basel 2013 (zit. CR Concurrence-Bearbeiter).

Joachim Bornkamm/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., München 2015 (zit. Bearbeiter/in, in: Münchener Kommentar)

Ohler Christoph, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Tübingen 2005.

Raass Adrian, Eine Frage der Erheblichkeit Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz, sic! 2004, 911 ff.

Schürmann Leo/Schluep Walter R., KG + PüG – Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988.

SCHULTZE JÖRG-MARTIN/PAUTKE STEPHANIE/WAGENER DOMINIQUE, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar, 3.A., Frankfurt a.M. 2011 (zit. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO).

DIESELBEN, Die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen –Praxiskommentar, Frankfurt a.M. 2005 (zit. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TTGVO).

STRAUB RALF MICHAEL, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff.

STREBEL MARIO, Die „Elmex"-Rechtsprechung des Bundesgerichts, Abstract Referat Debating Competition Dinner, 4. Mai 2017 (static1.1.sqspcdn.com/static/f/1389554/27567661/1495131365703/Abstract_MarioStrebel_Elmex.pdf?token=UQ98E4OH7qHGc%2FTSgEbFEAiuLFc%3D).

STÜSSI FRANK/LÜTHI BENDICHT, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 2015, 205 ff.

XOUDIS JULIA, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Zürich et al. 2002.

Vivien Rose/David Bailey (Hrsg.), Bellamy and Child: European Union Law of Competition, 7. Aufl., Oxford 2013 (zit. BELLAMY/CHILD).

WALKER ANJA, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter 10. Februar 2014 C.III.

WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013.

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2.A., Bern 2005.

ZIMMERLI DANIEL, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «BMW», in: dRSK, publiziert am 11. Januar 2016