

IDÉ

Institut Droit et Economie
Institut für Recht und Wirtschaft
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

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

Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht

**Questions fondamentales en droit
de la concurrence**

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 2016
ISBN 978-3-906235-07-3 (Growth Publisher Law)

www.growthpublisher-law.ch

Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen

Andreas Heinemann¹

Inhalt

Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen

- I. Fragestellung
- II. Grundkonzeption
 - A. Vergleich von Art. 5 KG und Art. 101 AEUV
 - B. Übersicht
 - C. Befund
- III. Erheblichkeit (CH) und Spürbarkeit (EU)
 - A. Erheblichkeit (CH)
 - 1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte
 - 2. Systematik und Zweck des Erheblichkeitskriteriums
 - 3. Jüngere Gerichtspraxis
 - 4. Diskussion
 - B. Spürbarkeit (EU)
 - C. Vergleich
- IV. Bezweckung (EU) und Beeinträchtigung (CH)
 - A. Bezweckung (EU)
 - B. Beeinträchtigung (CH)
 - 1. Ausgangspunkt
 - 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben
 - 3. Wiederentdeckung der „sozial schädlichen“ Kartellwirkungen
- V. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
 - A. Art. 102 AEUV
 - 1. Ausgangspunkt
 - 2. Der *Intel*-Entscheid des Gerichts der Europäischen Union
 - B. Art. 7 KG
- VI. Schlussfolgerungen
 - A. Schädlichkeitspotential der Wettbewerbsbeschränkung
 - B. Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung
 - C. Ausblick

Literatur

¹ Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

I. Fragestellung

Art. 5 Abs. 1 KG erklärt Wettbewerbsabreden für unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen oder die den Wettbewerb immerhin erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Sowohl der Begriff der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs als auch das Konzept der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bedürfen der Definition. Während häufig die nähere Bestimmung von Tatbestandsmerkmalen mit wachsender Erfahrung an Kontur gewinnt, lässt sich für Art. 5 Abs. 1 KG der umgekehrte Befund erstellen: Nie herrschte so grosse Unsicherheit bei den Grundkategorien des Kartellverbots wie heute.

Der tiefere Grund hierfür liegt darin, dass nicht hinreichend zwischen Erheblichkeit und Beeinträchtigung unterschieden wird. Während das Kriterium der Erheblichkeit bestimmte Anforderungen an das Schädlichkeitspotential der Wettbewerbsbeschränkung stellt, geht es beim Merkmal der Beeinträchtigung um das Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung. Diese Differenzierung wird deutlicher, wenn man das schweizerische mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vergleicht. Die folgenden Ausführungen sind folglich rechtsvergleichend angelegt.

II. Grundkonzeption

Art. 5 KG und Art. 101 AEUV weisen dieselbe Grundstruktur auf: Art. 5 Abs. 1 KG (ausgefüllt durch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) enthält ähnlich wie Art. 101 Abs. 1 AEUV ein Verbot,² Art. 5 Abs. 2 KG ähnlich wie Art. 101 Abs. 3 AEUV die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung.

A. Vergleich von Art. 5 KG und Art. 101 AEUV

Die inhaltliche Ausgestaltung von Verbot und Rechtfertigung unterscheidet sich jedoch in einigen Punkten. So sieht, wie eingangs erwähnt, Art. 5 Abs. 1 KG eine Zweiteilung in Wettbewerbsbeseitigung und Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die Kon-

2 In der international üblichen Terminologie folgt das schweizerische Kartellrecht dem Verbotsprinzip, da seit der KG-Revision 2003 direkte Sanktionen zur Verfügung stehen und seit BGE 134 III 438 die *ex tunc*-Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte anerkannt ist. Bedauerlicherweise hat sich ein von der internationalen Begrifflichkeit abgelöster Bedeutungswandel ergeben, indem das von Art. 96 Abs. 1 BV (und Art. 1 KG) geforderte Abstellen auf die „Auswirkungen“ von Wettbewerbsbeschränkungen als „Missbrauchsprinzip“ apostrophiert wird. Zum Hintergrund dieser Begriffsverwirrung s. HEINEMANN 2009, S. 43 (45 ff.). BALDI/SCHRANER 2015, 272 f., stellen zu Recht konzeptionelle Übereinstimmung zwischen dem Kartellrecht der EU und der Schweiz fest; so auch der dritte Erwägungsgrund des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1).

sequenzen für die Möglichkeit der Rechtfertigung hat: Nur die Wettbewerbsbeeinträchtigung ist rechtfertigungsfähig, während die Wettbewerbsbeseitigung als *per se*-Verbot ausgestaltet ist.³ Im europäischen Kartellrecht sind hingegen alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Prinzip rechtfertigungsfähig.⁴ Die Definition der Wettbewerbsabreden in Art. 4 Abs. 1 KG enthält die Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, während Art. 101 Abs. 1 AEUV zusätzlich die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen umfasst. Auch wenn Art. 4 Abs. 1 KG auf der Ebene der Definition der Wettbewerbsabrede es ausreichen lässt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, verlangt die Verbotsnorm des Art. 5 Abs. 1 KG zumindest eine Beeinträchtigung. Im europäischen Recht sind Bezwecken und Bewirken hingegen nach ständiger Rechtsprechung alternative Tatbestandsmerkmale: Wurde eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, ist es nicht erforderlich, dass eine solche auch bewirkt wurde.⁵ Besondere Anforderungen an die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung enthält der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV zwar nicht. Es ist aber anerkannt, dass die Wettbewerbsbeschränkung zumindest „spürbar“ sein muss.⁶

Was die Effizienzrechtfertigung betrifft, so fehlt im schweizerischen Recht das in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgestellte Erfordernis einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn.⁷ Schliesslich sei erwähnt, dass aufgrund der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des EU-Kartellrechts vom Kartellrecht der EU-Mitgliedstaaten Art. 101 AEUV (so wie das europäische Kartellrecht insgesamt) ein grenzüberschreitendes Element fordert, nämlich die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen EU-Mitgliedstaaten.

B. Übersicht

Lässt man die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen Kartellrechts beiseite, ergibt der Vergleich zwischen schweizerischem und europäischem Kartellverbot folgendes Bild:

- 3 Das *per se*-Verbot sei hier vereinfachend definiert als Verbot bestimmter Wettbewerbsabreden, das einer Effizienzrechtfertigung nicht zugänglich ist. Dies schliesst das Eingreifen anderer Rechtfertigungsgründe nicht aus. Ein Überblick über die Gesamtheit denkbarer Rechtfertigungsmöglichkeiten findet sich bei KRAUSKOPF/KAUFMANN 2013.
- 4 Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn das Bundesverwaltungsgericht in den *Baubeschläge*-Urteilen im Hinblick auf das EU-Kartellrecht von „*per se*-Verboten“ spricht, s. BVGER, 23.9.2014 – *Siegenia-Aubi AG*, RPW 2014/3, 548 (575); *Paul Koch AG*, RPW 2014/3, 610 (635), hiergegen zu Recht BALDI/SCHRANER 2015, 273.
- 5 Grundlegend EuGH, 30.6.1966, Rs. 56/65 – *LTM/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 281 (303).
- 6 Grundlegend ebenfalls EuGH, 30.6.1966, Rs. 56/65 – *LTM/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 281 (303 f.); EuGH, 9.7.1969, Rs. 5/69 – *Völk/Vervaecke*, Slg. 1969, 295, Rn. 7.
- 7 Im Entwurf zum KG 1995 war diese Voraussetzung noch enthalten; sie wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren entfernt. Zu den Hintergründen s. BORER 2011, Art. 5 KG Rn. 46.

	CH	EU
1. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise	Oberbegriff: Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)	Kein Oberbegriff; zusätzlich erfasst: Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen
2. Wettbewerbsbeschränkung	zumindest erheblich	Spürbarkeit
3. Verhältnis zwischen 1. und 2.	<u>Auf der Ebene der Definition (Art. 4 Abs. 1 KG): Zweck oder Wirkung</u> <u>Auf der Ebene des Tatbestands:</u> Zumindest eine Beeinträchtigung → keine Alternativität von Zweck und Wirkung	Zweck oder Wirkung → echte Alternativität gerade auf Tatbestandsebene
4. Effizienzrechtfertigung	nicht im Fall der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	von der Konzeption her immer anwendbar

C. Befund

Beim Mittel der Koordinierung fällt auf, dass das schweizerische Recht auf die Variante der „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen“ verzichtet. Gehen Wettbewerbsbeschränkungen von den Organen solcher Vereinigungen aus, ist deshalb ein Verfahren gegen alle Mitglieder der Vereinigung zu führen, was beschwerlich ist und zahlreiche Fragen, z.B. die nach dem konkreten Tatbeitrag eines jeden Mitglieds aufwirft. Die Durchsetzung des Kartellrechts gegenüber besonders gravierenden, nämlich branchenweiten Wettbewerbsbeschränkungen wird hierdurch erschwert.⁸ Was die inhaltlichen Anforderungen an die Wettbewerbsbeschränkung betrifft, steht die „Erheblichkeit“ des schweizerischen Rechts der „Spürbarkeit“ des europäischen Rechts gegenüber. Beim Verhältnis von Abrede und Wettbewerbsbeschränkung fordert das schweizerische Recht zumindest eine (erhebliche) *Beeinträchtigung*, während das europäische Recht eine *Bezweckung* der Wettbewerbsbeschränkung ausreichen lässt. Die Unterschiede bei der Effizienzrechtfertigung erscheinen demgegenüber vernachlässigbar: Zwar versagt das schweizerische Recht die Effizienzrechtfertigung im Fall einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Auch im europäischen Recht wird in diesen Fällen eine Effizienzrechtfertigung aber zumeist scheitern, da die Möglichkeit

8 Diese Lücke sollte geschlossen werden, s. HEINEMANN 2013, 375.

der Ausschaltung des Wettbewerbs einer solchen Ausnahme entgegensteht (Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV).⁹

Die beiden wichtigsten Unterschiede werden folglich durch die Begriffspaare Erheblichkeit/Spürbarkeit und Beeinträchtigung/Bezweckung beschrieben. Während es bei der Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit um die *Intensität* der Wettbewerbsbeschränkung geht, betrifft die Unterscheidung von Beeinträchtigung und Bezweckung das *Verhältnis* zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung. Beide Problemkreise sind voneinander zu trennen, da sie sich nicht notwendigerweise beeinflussen. Wie das nachstehende Tableau zeigt, sind vier Kombinationen zwischen den genannten Merkmalen möglich:

	Beeinträchtigung	Bezweckung
Erheblichkeit	CH	-
Spürbarkeit	-	EU

Das schweizerische Recht kombiniert Erheblichkeit und Beeinträchtigung, das europäische Recht Spürbarkeit und Bezweckung. Es wäre auch möglich, Spürbarkeit und Beeinträchtigung sowie Erheblichkeit und Bezweckung zu kombinieren. Von Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist allein, zwischen den beiden Aspekten zu unterscheiden. Die Vermengung der Kriterienpaare hat zu Unschärfen in der Diskussion geführt.

III. Erheblichkeit (CH) und Spürbarkeit (EU)

A. Erheblichkeit (CH)

1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte

Das Merkmal der Erheblichkeit ist mithilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu konturieren.¹⁰ Im allgemeinen Sprachgebrauch suggeriert der Begriff der Erheblichkeit (des schweizerischen Rechts) ein höheres Gewicht als blosse Spürbarkeit (im europäischen Recht).¹¹ Dieser Eindruck relativiert sich, wenn man die französischen und italienischen Begriffe heranzieht. Auf Französisch steht der Begriff „notable“ (CH) dem Wort „sensible“ (EU) gegenüber, auf Italienisch werden die Termini „notevole“ (CH) und „sensibile“ (EU) verwendet. Die Adjektive der französischen und italienischen Begriffspaare sind weniger weit voneinander entfernt als die deutschen

⁹ S. auch BALDI/SCHRANER 2015, 276.

¹⁰ Eine methodengerechte Interpretation findet sich bei HAGER/SCHLOSSER, unter III.

¹¹ S. aber BGE 129 II 18 (24 unter 5.2.1), wo die beiden Begriff synonym verwendet werden.

Begriffe „erheblich“ und „spürbar“.¹² Näheren Aufschluss über die intendierte Bedeutung der „Erheblichkeit“ gibt die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995. Dort heisst es:

«Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. In einem ersten Schritt sind folglich die unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuschneiden; sie sind ohne weitere materielle Prüfung zulässig.»¹³

Offenbar besteht die Funktion des Erheblichkeitskriteriums also darin, Bagatellfälle aus den kartellrechtlichen Tatbeständen zu entfernen. Unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind also ohne weiteres zulässig. Dies entspricht der Funktion des Spürbarkeitskriteriums im europäischen Wettbewerbsrecht, das als *de minimis*-Regel aufgefasst wird.¹⁴ Die Botschaft zum KG 1995 hat eine Parallele zu entsprechenden Regeln im Ausland gezogen, wozu prominent auch die *de minimis*-Regel des europäischen Wettbewerbsrechts gehört:

«Im übrigen kennen auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien.»¹⁵

Die Botschaft hat den Begriff der Erheblichkeit nicht näher ausgefüllt, sondern auf die Praxis zum KG 1985 verwiesen, das in Art. 6 Abs. 1 und 3 sowie Art. 29 Abs. 2 ebenfalls über eine Erheblichkeitsschwelle verfügte.¹⁶ Der Einfluss des alten Rechts auf den Begriff der Erheblichkeit im KG 1995 ist kaum erkennbar.¹⁷ Für den vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass das Kriterium der Erheblichkeit nicht in erster Linie besonders hohe Anforderungen an die Beeinträchtigung des Wettbewerbs stellt, sondern – umgekehrt – unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen aus dem Tatbestand entfernen möchte.

12 So müsste nach dem PONS-Lexikon (<http://de.pons.com/>) die Übersetzung von „erheblich“ ins Französische „considérable“, „important“, „substantiel“, „grave“ oder „sérieux“ lauten. Stattdessen verlangt der Gesetzestext nur das schwächere „notable“.

13 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (554).

14 S. die *De-minimis*-Bekanntmachung der Europäischen Kommission, nämlich die Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2014, C 291/I.

15 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (554).

16 *Ibid.*

17 S. auch BVGer, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013, 750 (788); BVGer, 19.12.2013 – *Gebro*, RPW 2013, 808 (832): Aufgrund der Vereinheitlichung der kartellrechtlichen Tatbestände für das Zivil- und Verwaltungsrecht im KG 1995 sei nicht mehr auf den Erheblichkeitsbegriff des alten Rechts abzustellen.

2. Systematik und Zweck des Erheblichkeitskriteriums

Weit über diese Begrifflichkeit hinaus ist dem Konzept der erheblichen Beeinträchtigung eine besondere Rolle im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zugewiesen worden. In der Tat verlangt Art. 96 Abs. 1 BV (und entsprechend Art. 1 KG) „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“ von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Auf das Erfordernis der „Auswirkungen“ wird unten beim Begriffspaar Beeinträchtigung und Bezweckung zurückzukommen sein.¹⁸ Im vorliegenden Zusammenhang, in dem die Frage der Intensität der Beschränkung im Mittelpunkt steht, bleibt festzuhalten, dass Art. 96 Abs. 1 BV zwar einen (volkswirtschaftlichen oder sozialen) *Schaden* verlangt, an die Intensität der Schädlichkeit aber gerade keine besonderen Anforderungen stellt.

Die Begriffe der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs haben den Zweck, den „Schädlichkeitsbegriff“ der Bundesverfassung auszufüllen.¹⁹ Die Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beziehen sich auf den Begriff der Wettbewerbsbeseitigung. Die Botschaft zum KG 1995 ging davon aus, dass bei Widerlegung der Vermutung die Wettbewerbsabrede zwar auf ihre Erheblichkeit zu überprüfen sei, stellte aber gleichzeitig fest:

«In der Regel dürfte dies der Fall sein.»²⁰

Nach der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes war also die Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen (nach Widerlegung der Vermutung) die Regel.²¹ Die Wettbewerbskommission griff diesen Grundgedanken in der Vertikalbekanntmachung von 2007 auf, indem sie nach Widerlegung der Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG eine *per se*-Erheblichkeit der Vermutungstatbestände zugrunde legte.²²

Dies änderte sich in der Vertikalbekanntmachung von 2010:²³ Auch nach Widerlegung der Vermutung ist eine allgemeine Erheblichkeitsprüfung durchzuführen, die

18 S.u. IV.

19 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (554f.).

20 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (566).

21 S. HOFFET, in HOMBURGER 1997, Art. 5 KG N. 113.

22 WETTBEWERBSKOMMISSION, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2.7.2007, Ziffer 10 Abs. 3: „Auch wenn die Vermutung widerlegt wird, führen die in Ziffer 10 (1) genannten vertikalen Wettbewerbsabreden [scil. die Vermutungstatbestände] zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG“.

23 WETTBEWERBSKOMMISSION, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 28.6.2010, BBl 2010, 5078 (im Folgenden: Vertikalbekanntmachung 2010).

sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien umfasst.²⁴ Den qualitativen Kriterien kommt immerhin insofern eine gesteigerte Bedeutung zu, als ein bewegliches System eingerichtet wird: Qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen können auch dann zur Erheblichkeit führen, wenn in quantitativer Hinsicht Geringfügigkeit gegeben ist.²⁵ Zu den qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigungen gehören die Vermutungstatbestände und einige andere als besonders gefährlich eingestufte Abredetypen.²⁶ Ausserdem gilt der *safe harbour* (Marktanteil von 15 Prozent bzw. 5 Prozent bei bestimmten Vertriebsnetzen) nicht für die meisten der als qualitativ schwerwiegend betrachteten Abredetypen.²⁷

3. Jüngere Gerichtspraxis

Jüngere Gerichtsentscheide des Bundesverwaltungsgerichts haben Bewegung in die Frage nach dem Verhältnis von qualitativen und quantitativen Aspekten der Erheblichkeit gebracht. In den Entscheiden *Gaba* und *Gebro* bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der Wettbewerbskommission, wonach die betreffenden Unternehmen durch das Verbot von Parallelimporten aus Österreich absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4, 2. Alt. KG vereinbart hatten.²⁸ Da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden konnte, hatte die Wettbewerbskommission die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung untersucht (und bejaht) und hatte zu diesem Zweck nicht nur qualitative, sondern auch quantitative Aspekte, nämlich Marktstellung, Marktanteile, Preisgefälle zwischen Österreich und der Schweiz sowie den feststellbaren Effekt im relevanten Markt geprüft.²⁹ Das Bundesverwaltungsgericht erklärte die Prüfung der quantitativen Erheblichkeit im konkreten Fall für entbehrlich. Zwar sei die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genüge aber bereits die qualitative Erheblichkeit:

«Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad

24 Zu den Hintergründen s. WETTBEWERBSKOMMISSION, Jahresbericht 2010, RPW 2011/1, I (8): „Mit der Revision bekräftigt die WEKO ihren Willen, weiterhin gegen schädliche vertikale Abreden vorzugehen und stellt sicher, dass in diesem Bereich auch künftig die gleichen Regeln wie in der EU zur Anwendung kommen“; s. auch Erwägungsgrund VII der Vertikalbekanntmachung.

25 Und vice versa, s. Vertikalbekanntmachung 2010, Ziffer 12 Abs. 1.

26 Vertikalbekanntmachung 2010, Ziffer 12 Abs. 2.

27 Vertikalbekanntmachung 2010, Ziffer 13.

28 BVGER, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750; *Gebro*, RPW 2013/4, 808. S. hierzu BALDI/SCHRANER 2014. Die Urteile sind nicht rechtskräftig.

29 WETTBEWERBSKOMMISSION, 30.11.2009 – *Gaba*, RPW 2010/1, 65 (103 ff.).

minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien».³⁰

Weniger als ein Jahr später führte das Bundesverwaltungsgericht in den *Baubeschläge*-Urteilen allerdings aus:

«Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine *per se*-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind.»³¹

Die Entscheide *Gaba* und *Gebro* werden in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

4. Diskussion

Ganz überwiegend werden die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in den Rechtssachen *Gaba* und *Gebro* einerseits und *Baubeschläge* andererseits als widersprüchlich angesehen. Ein Erst-Recht-Schluss aus Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund qualitativer Tatbestandsmerkmale sei nicht vereinbar mit dem Postulat einer streng auswirkungsbezogenen Analyse, die das Konzept der *per se*-Erheblichkeit ausdrücklich ablehne.³² Vor diesem Hintergrund teilen sich die Beobachter in diejenigen, die den Erst-Recht-Schluss im Grundsatz begrüßen³³ oder aber einer qualifizierten Wir-

30 BVGER, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750 (789); *Gebro*, RPW 2013/4, 808 (833).

31 BVGER, 23.9.2014 – *Siegenia-Aubi AG*, RPW 2014/3, 548 (575); *Paul Koch AG*, RPW 2014/3, 610 (635). Die Urteile sind nicht rechtskräftig. Das Bundesgericht wird sich auch mit der Frage auseinandersetzen zu haben, ob die Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts an die Kausalität richtig sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat verlangt, dass Preiserhöhungen „einzig kausal“ auf das Treffen der Konkurrenten zurückzuführen sind (*Siegenia-Aubi AG*, 568, 574 f.; *Paul Koch AG*, 631, 634). Das Konzept der „einzig Kausalität“ ist nicht mit der Äquivalenztheorie vereinbar, nach der alle Bedingungen ursächlich sind, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfele. S. in diesem Zusammenhang BREITENMOSER 2015, N. 9 ff., der das Erfordernis der „einzig Kausalität“ mit den Umständen des Einzelfalls erklärt.

32 In diesem Sinn BALDI/SCHRANER 2015, 269; HETTICH 2014; JACOBS 2015, 232; ZIMMERLI 2015, N. 18; s. auch BAUDENBACHER 2015, N. 7 („nur schwer vereinbar“).

33 BALDI/SCHRANER 2015, 271; BALDI 2014, 962 f. mit Kritik an den „in der Weko-Praxis zur Norm gewordenen, oft unnötig ausschweifenden und auch rechtsstaatlich fragwürdigen (weil gerichtlich kaum nachprüfbaren) Erheblichkeitstests“. BAUDENBACHER 2015, N. 9 ff., spricht sich gegen übertriebene Beweisforderungen aus.

kungsanalyse den Vorzug geben.³⁴ Demgegenüber wird auch der Standpunkt vertreten, dass zwischen den beiden Urteilsreihen kein Widerspruch bestehe.³⁵

Es ist in der Tat unbefriedigend, dass die Urteile in den Rechtssachen *Baubeschläge* in dem hier interessierenden Zusammenhang keinen Bezug auf die Entscheide *Gaba* und *Gebro* nehmen. Eine Verhältnisbestimmung wäre für die Normadressaten und die Rechtsanwendungsinstanzen wertvoll gewesen. Hier sei deshalb ein eigener Abgrenzungsversuch unternommen. Es wurde bereits ausgeführt, dass zwischen der Frage nach der erforderlichen Intensität der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und dem Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung andererseits zu unterscheiden ist. In den Entscheiden *Gaba* und *Gebro* steht die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung im Vordergrund. Das Schädlichkeitspotential der in den Vermutungstatbeständen aufgeführten Verhaltensweisen wird als so gross eingeschätzt, dass im Wege des Erst-Recht-Schlusses Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung angenommen wird. Dies ist nach der ausdrücklichen Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts aber nur „grundsätzlich“ der Fall.³⁶ Besondere Umstände des Einzelfalls können es also erforderlich machen, von dieser Schlussfolgerung wieder abzurücken.³⁷

Die Urteile in den Rechtssachen *Baubeschläge* befassen sich demgegenüber nicht in erster Linie mit dem Schädlichkeitspotential der Abreden, sondern – in dem hier interessierenden Zusammenhang – mit der Frage, ob in jedem Einzelfall die Auswirkungen der betreffenden Abrede auf dem Markt zu untersuchen sind, und bejahen diese.

Trennt man zwischen Schädlichkeitspotential und Auswirkungspostulat, entschärfen sich die Spannungen zwischen den beiden Urteilsreihen. In *Gaba* und *Gebro* wurde entschieden, dass zur Bestimmung des Schädlichkeitspotentials einer Abrede in den Fallgruppen der Vermutungstatbestände grundsätzlich qualitative Kriterien ausreichen. In den Urteilen *Baubeschläge* wurde entschieden, dass stets die Auswirkungen von Abreden auf dem Markt zu untersuchen sind. Beide Aussagen sind miteinander

34 ZIMMERLI 2015, N. 19; JACOBS 2015, 232, u.a. mit dem Argument, dass das spätere Urteil dem früheren vorgehe. Dieses Argument lässt sich aber unter Hinweis auf die unterschiedliche Besetzung entkräften: Die Urteile *Gaba* und *Gebro* wurden von einer Fünferkammer (Art. 21 Abs. 2 VGG: „Interesse der Rechtsfortbildung oder der Einheit der Rechtsprechung“), die Urteile in *Baubeschläge* hingegen von einem Spruchkörper mit der Regelbesetzung von drei Richtern gefällt.

35 BREITENMOSER 2015, N. 2 und 21: Nur in *Gaba* und *Gebro* sei eine materiell-rechtliche Prüfung durchgeführt worden, während es in den *Baubeschläge*-Entscheiden um beweisrechtliche Vorfragen gegangen sei. Im vorliegenden Beitrag geht es in erster Linie um materiell-rechtliche Fragen.

36 S.o. das Zitat bei Fn. 30; vgl. BALDI/SCHRANER 2015, 273 f. und BAUDENBACHER 2015, N. 7.

37 Teilweise wird angenommen, dass den *Gaba*- und *Gebro*-Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts eine *per se*-Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen zu entnehmen sei, s. ZIMMERLI 2015, N. 18. Eine bloss „grundsätzliche“ Erheblichkeit lässt aber Ausnahmen zu und ist folglich nicht mit der Automatik einer *per se*-Regel zu vermengen.

vereinbar, wie schon die Botschaft zum KG 1995 zeigt. Dort heisst es einerseits, dass bei Widerlegung der Vermutungen die Erheblichkeit in der Regel zu bejahen sein dürfte.³⁸ Andererseits wird die Forderung erhoben, dass die Schädlichkeit in jedem Einzelfall festzustellen sei.³⁹

Es ist folglich möglich, eine den Zielen des Gesetzgebers entsprechende Bestimmung des Erheblichkeitsbegriffs zu erreichen, ohne in Konflikt mit dem Auswirkungspostulat der Bundesverfassung zu geraten. Die Annahme grundsätzlicher Erheblichkeit von Verhaltensweisen, die unter die Vermutungstatbestände fallen, steht nicht im Widerspruch zu der Forderung nach Feststellung der Schädlichkeit in jedem Einzelfall. Die Vereinbarkeit beider Aspekte wird aber nur deutlich, wenn man – wie hier – zwischen Schädlichkeitspotential („Erheblichkeit“) und Auswirkungspostulat („Beeinträchtigung“) unterscheidet.

Bevor das Verhältnis zwischen der grundsätzlichen Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen und dem Auswirkungserfordernis näher bestimmt wird, ist der europäische Begriff der „Spürbarkeit“ vorzustellen und mit dem schweizerischen Konzept der „Erheblichkeit“ zu vergleichen.

B. Spürbarkeit (EU)

In der Praxis der europäischen Rechtsanwendungsinstanzen wurde das Erfordernis der Spürbarkeit bereits früh als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal anerkannt.⁴⁰ Der Gerichtshof sprach dem Kartellverbot die Anwendbarkeit ab, wenn die Vereinbarung „den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt“. ⁴¹ Die Europäische Kommission konkretisierte die Spürbarkeit in mehreren Bekanntmachungen, die sich schliesslich auf die Marktanteile der Beteiligten konzentrierten. Seit der De-minimis-Bekanntmachung von 2001 liegen die Schwellenwerte bei 10 Prozent für horizontale, 15 Prozent für vertikale Vereinbarungen sowie 5 Prozent bei Bündelung von Vertragsnetzen.⁴² Die Marktanteilsschwellen galten nicht für die Frage der Spürbarkeit von Kernbeschränkungen.⁴³ Es war aber auch möglich, dass aufgrund der konkreten Um-

38 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (565 f.).

39 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (555).

40 S.o. Fn. 6.

41 EuGH, 9.7.1969, Rs. 5/69 – *Völk/Vervaecke*, Slg. 1969, 295, Rn. 7.

42 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001 C 368/13, Rn. 7 f.

43 *Ibid.*, Rn. 11.

stände des Einzelfalls die Spürbarkeit von Kernbeschränkungen zu verneinen war.⁴⁴ Auch für Kernbeschränkungen war also jeweils eine individuelle Spürbarkeitsprüfung durchzuführen.

Hieran hat sich erst etwas durch das *Expedia*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2012 geändert,⁴⁵ in dem der Gerichtshof die *per se*-Spürbarkeit bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen feststellte.⁴⁶ Die Europäische Kommission passte daraufhin die De-minimis-Bekanntmachung an. Deren (unveränderte) Schwellenwerte gelten nicht für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁷ Die Europäische Kommission ist noch einen Schritt weiter gegangen: Sie wird den durch die Schwellenwerte geschaffenen *safe harbour* auch nicht auf Wettbewerbsbeschränkungen anwenden, die in gegenwärtigen oder zukünftigen Gruppenfreistellungsverordnungen als Kernbeschränkungen aufgeführt sind.⁴⁸

Es fällt auf, dass das europäische Recht die Feststellung der Spürbarkeit von der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung abhängig macht. Die Faktoren, die zur Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung veranlassen, entscheiden also gleichzeitig über die Spürbarkeit. Eine eigenständige Spürbarkeitsprüfung findet also nur noch im Bereich der nicht-bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen statt. Hier ist es also nach wie vor erforderlich, qualitative und quantitative Faktoren heranzuziehen, wobei die *safe harbour*-Regeln der De-minimis-Bekanntmachung rein quantitativ funktionieren.

C. Vergleich

Beim Vergleich der Erheblichkeit des schweizerischen und der Spürbarkeit des europäischen Rechts greifen begriffliche Argumente zu kurz. Beide Merkmale verfolgen dasselbe Ziel, nämlich den Ausschluss von Bagatellfällen aus den kartellrechtlichen Tatbeständen. Während das europäische Recht qualitative Kriterien hochgewichtet, indem die quantitativ bestimmten *safe harbour*-Regeln nicht für Kernbeschränkun-

44 Grundlegend EuGH, 9.7.1969, Rs. 5/69 – *Völk/Vervaecke*, Slg. 1969, 295, Rn. 7: „Somit ist es möglich, dass eine Alleinvertriebsvereinbarung selbst bei absolutem Gebietsschutz mit Rücksicht auf die schwache Stellung, welche die Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse in dem Gebiet haben, für das der absolute Schutz besteht, nicht unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 Absatz I [heute: Art. 101 Abs. 1 AEUV] fällt“.

45 EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 – *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, insbesondere Rn. 35-37.

46 Das Spürbarkeitskriterium findet aber auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen weiterhin Anwendung auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel, s. hierzu näher EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81.

47 De-minimis-Bekanntmachung 2014 (oben Fn. 14), Rn. 2, 13.

48 De-minimis-Bekanntmachung 2014 (oben Fn. 14), Rn. 13. Die Regelbeispiele in Art. 101 Abs. 1 AEUV werden nur teilweise der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zugewiesen, s. ibid.

gen gelten, befindet sich das schweizerische Recht in einer Orientierungsphase. Das Verhältnis qualitativer und quantitativer Bestimmungsfaktoren ist ungewiss.

In der Diskussion werden die beiden hier unterschiedenen Fragen häufig vermengt: Von einigen Stimmen wird der verfassungsrechtliche Hinweis auf die schädlichen Auswirkungen herangezogen, um erhöhte Anforderungen an die Intensität der Wettbewerbschädigung zu stellen. Richtigerweise sind Schädlichkeitspotential und Auswirkungspostulat zu trennen: Was die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung betrifft, so ist an das Grundanliegen des Gesetzgebers zu erinnern, über das Erheblichkeitskriterium die Bagatellfälle auszuscheiden.⁴⁹ Hier besteht weitgehende Übereinstimmung zwischen schweizerischem und europäischem Recht. Ein anderer Ausgangspunkt besteht in der Frage nach dem Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung: Hier verlangt das schweizerische Recht (zumindest) eine Beeinträchtigung; im europäischen Kartellrecht reicht hingegen die Bezweckung. Auf diesen Unterschied ist im Folgenden einzugehen.

IV. Bezweckung (EU) und Beeinträchtigung (CH)

Was das Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung betrifft, so sei hier mit dem europäischen Wettbewerbsrecht begonnen.

A. Bezweckung (EU)

Im europäischen Kartellrecht reicht es aus, dass die Vereinbarung (bzw. der Beschluss der Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise) die Wettbewerbsbeschränkung⁵⁰ bezweckt.⁵¹ Liegt ein wettbewerbsbeschränkender Zweck vor, ist der Nachweis wettbewerbsbeschränkender Wirkungen entbehrlich. Dieser Ausgangspunkt ist unumstritten, da die Alternativität von Zweck und Wirkung bereits im Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich angeordnet ist.⁵² In ständiger Rechtsprechung wird die unterschiedliche Behandlung von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen damit begründet, „dass bestimmte Formen der Kol-

49 S. BORER 2011, Art. 5 KG Rn. 19, der Erheblichkeit bereits dann bejaht, „wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft und die Beteiligten einen nicht unerheblichen Marktanteil halten“.

50 „Wettbewerbsbeschränkung“ ist der üblicherweise verwendete Oberbegriff für die drei in Art. 101 Abs. 1 AEUV benutzten Varianten „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“.

51 S.o. bei Fn. 5.

52 Im *Glaxo*-Fall hatte das Gericht vorgeschlagen, das Vorliegen einer Bezweckung von negativen Wirkungen auf die Konsumenten abhängig zu machen. Der Gerichtshof ist dem nicht gefolgt: EuGH, 6.10.2009, Rs. C-501/06 P u.a. – *GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission*, Slg. 2009, I-9291, Rn. 55 ff., insbesondere 62-64.

lusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können“.⁵³

Eine zentrale Frage des europäischen Wettbewerbsrechts lautet deshalb, unter welchen Voraussetzungen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen ist. Es ist anerkannt, dass der Begriff des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks objektiv zu bestimmen ist, es also nicht auf die Absichten der Parteien ankommt.⁵⁴ Im Prinzip ist dabei wie folgt vorzugehen:

«Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen [. . .]. Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen [. . .].»⁵⁵

Unstreitig fallen Kernbeschränkungen wie z.B. Hardcore-Kartelle in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen. Im Lauf der Zeit wurde der Kreis der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ausgedehnt.⁵⁶ Es wurde für ausreichend erachtet, dass die Vereinbarung „das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, d. h. wenn sie konkret geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führen“.⁵⁷

Einer uferlosen Ausweitung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist der Europäische Gerichtshof dann im Urteil *Cartes Bancaires* entgegengetreten. Auch preisbezogene Absprachen im Horizontalverhältnis sind nicht notwendigerweise bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, wenn wirtschaftliche Hintergründe auf eine grössere Komplexität des Sachverhalts hinweisen. So verhalte es sich bei zweiseitigen Märkten, wie sie im Kreditkartengeschäft vorliegen: Es sei nachvollziehbar, dass

53 EuGH, 14.3.2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungária Biztosító et al.*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 35.

54 S. EMMERICH, in IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174. Dem Rechtsanwender ist es aber nicht verwehrt, die wettbewerbsbeschränkende Absicht der Parteien zu berücksichtigen, s. EuGH, 6.10.2009, Rs. C-501/06 P u.a. – *GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission*, Slg. 2009, I-9291, Rn. 58.

55 EuGH, 14.3.2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungária Biztosító et al.*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 36. Die Prüfung der Umstände des Einzelfalls muss substantiiert und individuell sein, ohne aber auf eine Wirkungsanalyse hinauszulaufen, s. GA Wahl, Schlussantrag v. 23.4.2015, Rs. C-172/14 – *ING Pensii*, N. 42 f.

56 S. die Fallanalysen bei KUHN 2014 und FIEBIG 2015.

57 EuGH, 14.3.2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungária Biztosító et al.*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 38; so bereits EuGH, 4.6.2009, Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands et al.*, Slg. 2009, I-4529, Rn. 31 (für die abgestimmte Verhaltensweise).

bestimmte Belastungen vereinbart werden, um der aus der Interaktion der beiden Marktseiten resultierenden Trittbrettfahrerproblematik entgegenzuwirken. Der Gerichtshof hielt fest,

«dass das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Koordinierung zwischen Unternehmen eine solche „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, in der Feststellung liegt, dass eine solche Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.»⁵⁸

Es müsse feststehen, dass die betreffenden Vereinbarungen „schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind“.⁵⁹

Sehr anwendungsfreundlich sind diese Kriterien sicherlich nicht. Wann eine Koordinierung „in sich selbst“ eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist, bzw. wann eine Vereinbarung „schon ihrer Natur nach“ schädlich ist, lässt einen beträchtlichen Interpretationsspielraum offen. Immerhin hat der Gerichtshof klar gestellt, dass die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist. Die Kommission hat in der De-minimis-Bekanntmachung den Versuch einer Konkretisierung unternommen und die anerkannten Hardcore-Konstellationen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen aufgelistet:

«So wird die Kommission beispielsweise die in dieser Bekanntmachung dargelegten Grundsätze insbesondere dann nicht bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern anwenden, wenn diese Beschränkungen enthalten, die unmittelbar oder mittelbar Folgendes bezwecken:

- a) die Festsetzung der Preise beim Verkauf von Produkten an Dritte,
- b) die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes oder
- c) die Zuweisung von Märkten oder Kundengruppen.»⁶⁰

Entsprechendes gilt „im Allgemeinen“ für die Kernbeschränkungen in den (derzeitigen bzw. künftigen) Gruppenfreistellungsverordnungen.⁶¹

58 EuGH, 11.9.2014, Rs. C-67/13 P – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 57.

59 *Ibid.*, Rn. 58.

60 De-minimis-Bekanntmachung 2014 (oben Fn. 14), Rn. 13.

61 *Ibid.*

B. Beeinträchtigung (CH)

1. Ausgangspunkt

Das Konzept der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung existiert auch im schweizerischen Kartellrecht, wird hier aber nicht beim Verbotstatbestand (also Art. 5 KG), sondern im Rahmen der Definitionsnorm (Art. 4 Abs. 1 KG) verwendet. Für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist es also nicht erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird; eine Bezweckung reicht aus. Anders verhält es sich beim Kartelltatbestand: Nach Art. 5 Abs. 1 KG ist es (abgesehen von den Fällen der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs) erforderlich, dass die Abreden „den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen“ und sich nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen lassen.

Es ist umstritten, welche Anforderungen an die „Beeinträchtigung“ im Spektrum zwischen Akt und Potenz zu stellen sind. Einige Stimmen nehmen an, dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankommt, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht.⁶² Andere verlangen hingegen eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.⁶³ Die Rechtsprechung ist uneinheitlich. In den *Baubeschläge*-Entscheiden hat das Bundesverwaltungsgericht verlangt, dass die Beeinträchtigung in jedem Einzelfall nachzuweisen sei, wobei die Auswirkungen der Abrede auf dem Markt zu untersuchen seien.⁶⁴ In *Gaba* und *Gebro* liess das Bundesverwaltungsgericht hingegen den Nachweis eines besonders gefährlichen Absprachetypus ohne Untersuchung der Auswirkungen ausreichen.⁶⁵

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Frage nach dem Stellenwert der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hat (entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis) nichts mit dem Begriffspaar von Verbot- und Missbrauchsprinzip zu tun.⁶⁶ Auch eine Gesetzgebung, die dem Verbotsprinzip folgt, könnte sehr wohl ein Bewirken zwingend verlangen und sich nicht mit

62 BALDI/SCHRANER 2015, 276; BORER 2011, Art. 5 KG Rn. 8; KRAUSKOPF/SCHALLER, in BSK KG, Art. 5 KG Rn. 3; s. auch dies., BSK KG, Art. 5 KG Rn. 5: „Dieser prima-vista-Unterschied zum Schweizer Recht, welches weniger auf den Zweck einer Wettbewerbsbeschränkung abstellt als auf deren Auswirkungen, ist vernachlässigbar. Der Umstand nämlich, dass im Schweizer Wettbewerbsrecht eine Wettbewerbsabrede auch mit lediglich potentiellen Auswirkungen aufgegriffen werden kann, es mithin nicht konkreter Auswirkungen auf den Wettbewerb bedarf, rückt dieses im Ergebnis in die Nähe des EU-Wettbewerbsrechts“ (Hervorhebungen im Original hier weggelassen).

63 AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Art. 5 LCart Rn. 20 f.

64 S.o. Fn. 31.

65 S.o. Fn. 30.

66 S. hierzu bereits oben Fn. 2.

dem Nachweis einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung begnügen. Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG stellen auf die Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen ab. Nach der Feststellung des Bundesgerichts schliesst die Kartellbestimmung der Bundesverfassung

«partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ('selektive' per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu.»⁶⁷

Ähnlich wie das Erheblichkeitserfordernis hat also auch das Auswirkungskriterium in erster Linie eine negative Funktion: Ein allgemeines Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt (wie es im EU-Kartellrecht bis zum 1. Mai 2004 galt) wäre nicht mit den Vorgaben der Bundesverfassung vereinbar. Eine Typisierung besonders schädlicher Abredeformen ist hingegen zulässig.

3. Wiederentdeckung der „sozial schädlichen“ Kartellwirkungen

Bisweilen wird das Auswirkungspostulat so interpretiert, als ob dem Verfassungsgeber von 1947⁶⁸ bereits die Effekt- und Effizienzorientierung bekannt gewesen wäre, die in Europa seit der Mitte der 1990er Jahre durch den *more economic approach*⁶⁹ Einzug gehalten hat. Dabei war der Hintergrund ein völlig anderer: Es herrschte damals eine positive Grundeinstellung zu den Kartellen, und nur deren Missbräuche und Auswüchse sollten bekämpft werden.⁷⁰ Nicht die Kartelle, sondern das Kartellrecht wurde als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit wahrgenommen. Dieses Verhältnis hat sich heute umgekehrt: Die Wirtschaftsfreiheit umfasst nicht die Freiheit zur Selbstaufhebung (Freiheitsparadoxon). Nicht das Kartellgesetz ist eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, sondern Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, verlassen den Boden der freiheitlichen Wirtschaftsordnung.⁷¹

67 BGE 135 II 60 (67) – *Maestro*.

68 Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV, der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, wurde durch Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 angenommen. Die Bestimmung lautete: „Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen: [...] d. gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen“.

69 Allgemein zum *more economic approach* s. beispielsweise SCHWEITZER 2009 und ZÄCH/KÜNZLER 2009.

70 S. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 (889). Hierin kommt der wirkliche Sinn des „Missbrauchsprinzips“ zum Ausdruck.

71 Konsequenterweise enthält Art. 96 BV im Gegensatz zur Vorgängerbestimmung (s.o. Fn. 68) nicht mehr den Vorbehalt, dass die Kartellgesetzgebung nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen könne; s. hierzu RHINOW/GUROVITS, 597.

Dies ist der tiefere Grund dafür, dass der Kartellartikel der Bundesverfassung der Typisierung gefährlicher Wettbewerbsbeschränkungen nicht im Wege steht, wie vom Bundesgericht im *Maestro*-Entscheid festgestellt wurde.⁷² Nach der hier vertretenen Auffassung sollte dem Auswirkungspostulat in Zukunft deshalb eine neue Wendung gegeben werden. Ausgangspunkt ist das „vergessene“ Adjektiv in Art. 96 Abs. 1 BV (und Art. 1 KG). Nicht nur die volkswirtschaftlich, sondern auch die „sozial“ schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen sind zu bekämpfen. Der Aspekt der sozial schädlichen Kartellwirkungen wird nur selten thematisiert. Die Botschaft zum KG 1995 führt hierzu aus:

«Sowohl bei der Konkretisierung der Handels- und Gewerbefreiheit als auch bei der Ausgestaltung der Wettbewerbsordnung aufgrund des Kartellartikels spielen jedoch nicht nur marktwirtschaftliche, sondern auch soziale Aspekte eine zentrale Rolle.»⁷³

Eine nähere Konkretisierung der sozialen Schädlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen unterblieb jedoch und wurde der Ausführungsgesetzgebung überwiesen.⁷⁴ Soziale Gesichtspunkte spielten für die Saldotheorie des alten Rechts (s. Art. 29 KG 1985) eine wichtige Rolle, da hier ein *bilan économique et social* vorzunehmen war. Die Abschaffung der Saldotheorie durch das KG 1995 liess diese Dimension aber entfallen. Soziale Aspekte wurden in den praktisch wenig relevanten Bereich der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat (Art. 8 und 11 KG) abgeschoben, wo sie im Rahmen der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ relevant sind.

Hier sei eine Aufwertung der sozialen Dimension des Kartellrechts vorgeschlagen: Bereits die Vereinbarung und nicht erst die Praktizierung von Kernbeschränkungen schafft ein soziales Klima, das die Kartellierung begünstigt. Das häufig anzutreffende Verteidigungsargument, dass zwar möglicherweise eine Abrede vorliege, diese aber nicht umgesetzt worden sei, bzw. zwar möglicherweise umgesetzt worden sei, aber keine erheblichen Auswirkungen entfaltet habe, ist vor diesem Hintergrund irrelevant. Bereits die Schaffung einer kartellfreundlichen Atmosphäre durch die Vereinbarung von Kernbeschränkungen reduziert die Wettbewerbsintensität und ist deshalb nachteilig.⁷⁵

In diesem Zusammenhang kann auch die *Cartes Bancaires*-Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs rezipiert werden: Abreden, die schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind, schaffen ein soziales

72 S.o. Fn. 67.

73 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (500).

74 Ibid., 501.

75 Vgl. auch EuGH, I.2.1978, Rs. 19/77 – *Miller/Kommission*, Slg. 1978, 131 Rn. 7.

Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit, das schädlich i.S. des Kartellartikels der Bundesverfassung und des Zweckartikels des Kartellgesetzes ist. Die soziale Schädlichkeit liegt vor bei Kernbeschränkungen im horizontalen und im vertikalen Verhältnis, wobei die Kategorien eng zu interpretieren sind. Ergibt sich aus der Analyse des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs eine grössere Komplexität, reicht das Vorliegen der Vereinbarung für eine erhebliche Beeinträchtigung nicht aus, sondern müssen die Wirkungen der betreffenden Verhaltensweise näher untersucht werden.

Die hier vorgeschlagene Auslegung des Begriffs der „sozial schädlichen Auswirkungen“ stimmt im Ergebnis mit der Auffassung überein, nach der bereits das Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs für den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG ausreicht.⁷⁶ Diese Feststellung ist aber auf die Kernbeschränkungen begrenzt und erlaubt Ausnahmen, wenn der Kernbeschränkung im konkreten Kontext ein besonderer wirtschaftlicher Sinn zukommt.

V. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

A. Art. 102 AEUV

1. Ausgangspunkt

Art. 102 AEUV und Art. 7 KG untersagen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Wie beim Kartellverbot stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, welche Anforderungen im Spektrum zwischen Akt und Potenz an die Tatbestandsverwirklichung zu stellen sind. Traditionell werden zur Konkretisierung des Missbrauchsverbots bestimmte Verhaltensweisen typisiert, welche den Kategorien von Ausbeutungs-, Behinderungs- und Strukturmissbrauch zugewiesen werden.

Der *more economic approach* hat zu einer stärkeren Wirkungsorientierung geführt.⁷⁷ In ihrem Prioritätenpapier zu Art. 102 AEUV hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass sie sich auf diejenigen Verhaltensweisen konzentrieren wird, die den Verbrauchern am meisten schaden.⁷⁸ In erster Linie geschieht dies durch den Schutz des Wettbewerbsprozesses.⁷⁹ Es ist also nicht erforderlich, einen direkten Schaden der Verbraucher nachzuweisen. Die Europäische Kommission lässt es ausreichen, dass nach der Beweislage „der mutmassliche Missbrauch aller Wahrscheinlichkeit nach zu

76 S.o. Fn. 62.

77 Speziell für das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen s. WURMNEST 2012, S. 201 ff.

78 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009, C 45/7, Rn. 5.

79 Ibid., Rn. 6.

einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung führen wird“.⁸⁰ Der Europäische Gerichtshof formuliert in ständiger Rechtsprechung, dass ein Verstoss gegen Art. 102 AEUV bereits dann vorliegt, wenn das betreffende Verhalten dazu geeignet ist, die missbilligte Wirkung zu entfalten. Der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung reicht also im europäischen Recht aus.⁸¹

2. Der *Intel*-Entscheid des Gerichts der Europäischen Union

Das Gericht der Europäischen Union ist in seinem *Intel*-Entscheid aus dem Jahr 2014 einen Schritt weitergegangen. Die Europäische Kommission hatte Intel eine Geldbusse in Höhe von über einer Milliarde Euro auferlegt: Das Unternehmen habe seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für bestimmte Mikroprozessoren durch die Gewährung von Treuerabatten missbraucht. Als missbräuchlich wurden auch Direktzahlungen an Computerhersteller und Einzelhändler gewertet, die an die Benachteiligung von Prozessoren Dritter, nämlich derjenigen des Konkurrenten *AMD* geknüpft waren.⁸²

Das Gericht bestätigte den Kommissionsentscheid.⁸³ Es fügte hinzu, dass die Gewährung von Exklusivitätsrabatten durch einen Marktbeherrscher nicht mit dem Ziel unverfälschten Wettbewerbs vereinbar sei. Solche Rabatte seien bereits ihrer Art nach geeignet, den Wettbewerb zu beschränken und die Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Eine Untersuchung der Umstände des Einzelfalls sei deshalb nicht erforderlich.⁸⁴

In der Sache wird das Konzept der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auf Art. 102 AEUV übertragen. Bei Verhaltensweisen, die bereits von ihrem Typus eine besondere Gefährlichkeit für den Wettbewerb aufweisen, ist der konkrete Nachweis wettbewerbschädlicher Wirkungen nicht erforderlich. Dieser Schritt erscheint konsequent: Wenn man, wie es der ständigen Rechtsprechung im europäischen Kartellrecht entspricht, für den Tatbestand des Missbrauchsverbots ausreichen lässt, dass das inkriminierte Verhalten dazu geeignet ist, wettbewerbschädliche Wirkungen zu entfalten, so liegt es nahe, diese Eignung am Typus der Verhaltensweise festzumachen. Es erscheint andererseits dann aber auch konsequent, die Engführung des *Cartes Bancaires*-Urteils auf Art. 102 AEUV zu übertragen: Wenn der Gesamtkontext eine grössere Komplexität des Sachverhalts und ökonomische Besonderheiten erkennen lässt,

80 Ibid., Rn. 20.

81 S. beispielsweise EuGH, 6.12.2012, Rs. C-457/10 P – *AstraZeneca/Kommission*, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 112.

82 EUROPÄISCHE KOMMISSION, 13.5.2009, COMP/37.990 – *Intel*, ABl. 2009 C 227, 13.

83 EuG, 12.6.2014, T-286/09 – *Intell/Kommission*, ECLI:EU:T:2014:547. Ein Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof ist unter der Rechtssachenummer C-413/14 P hängig.

84 Ibid., Rn. 80 ff., 102 ff.

reicht es nicht aus, das Vorliegen eines Missbrauchs auf den Verhaltenstypus zu stützen. Dann ist eine breitere Analyse erforderlich.

Schliesslich sei hinzugefügt, dass auch im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu einem *per se*-Verbot führt. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen steht nämlich immer offen.⁸⁵

B. Art. 7 KG

Im schweizerischen Kartellrecht stellt sich wie bei Art. 5 KG die Frage, ob für den Tatbestand des Art. 7 KG der tatsächliche Eintritt einer Beeinträchtigung erforderlich ist, oder ob ein ggf. näher zu qualifizierendes Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht.⁸⁶ Eine Besonderheit des Missbrauchsverbots besteht in der Unterscheidung von Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch. Beim Ausbeutungsmissbrauch liegt es nahe, die tatsächliche Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) zu verlangen. Die Fälle des Behinderungsmissbrauchs sind hingegen anders gelagert: Hier reicht es anerkanntermassen aus, dass nicht nur aktuelle, sondern auch *potentielle* Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.⁸⁷ Dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs ist also die Berücksichtigung *möglicher* Wirkungen nicht unbekannt.

Was das verfassungsrechtlich vorgegebene Auswirkungspostulat betrifft, sollte auch im Zusammenhang mit Art. 7 KG der Variante der „sozial schädlichen Auswirkungen“ der angemessene Stellenwert eingeräumt werden. Praktizieren Marktbeherrscher beispielsweise Lieferverweigerungen, Ausschlussbindungen, Treuerabatte, Kopplung und Bündelung, Kampfpreise oder Kosten-Preis-Scheren, schafft dies ein soziales Klima der Einschüchterung, das Initiativen von Konkurrenten im Keim erstickt und die Bestreitbarkeit des Marktes beeinträchtigt. Es wäre nicht angemessen, die Ausschaltung der Konkurrenz abwarten zu müssen, bevor ein Missbrauch bejaht werden kann. Die Eignung zur Behinderung des Wettbewerbs sollte deshalb im Rahmen von Art. 7 KG ausreichen. Der Nachweis tatsächlicher Wirkungen sollte – in Parallele zu den Ausführungen oben im Zusammenhang mit Art. 5 KG – nur in Fällen erforderlich sein, in denen der rechtliche und wirtschaftliche Gesamtzusammenhang eine grössere Komplexität nahelegt. Unberührt bleibt auch

⁸⁵ Ibid., Rn. 94.

⁸⁶ S. die Diskussion bei CLERC, Commentaire Romand, Art. 7 LCart Rn. 89 f.; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON in BSK KG, Art. 7 KG Rn. 40.

⁸⁷ BGE 139 I 72 (101 f., 105) – *Publigruppe*.

die Möglichkeit der Rechtfertigung aus sachlichen Gründen, die als (ungeschriebene) Ausnahme von Art. 7 KG anerkannt ist.⁸⁸

VI. Schlussfolgerungen

Das Erfordernis der „erheblichen Beeinträchtigung“ in Art. 5 Abs. 1 KG umfasst zwei Gesichtspunkte, die voneinander zu unterscheiden sind. Die „Erheblichkeit“ betrifft das Schädlichkeitspotential der Wettbewerbsbeschränkung, beispielsweise die Relevanz und das geforderte Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Beim Begriff der „Beeinträchtigung“ geht es demgegenüber um das Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung, nämlich um die Frage, ob tatsächliche Auswirkungen der Abrede nachgewiesen werden müssen, oder aber ob die Eignung der Abrede zur Bewirkung von Wettbewerbsbeschränkungen ausreichend ist. In beiden Punkten sind Fehlentwicklungen zu beobachten, die zu korrigieren sind.

A. Schädlichkeitspotential der Wettbewerbsbeschränkung

In der Diskussion wird häufig die Frage nach der Erheblichkeit mit den Anforderungen an die Beeinträchtigung vermenget. Unschärfen sind die Folge. Nur wenn man den Begriff der Erheblichkeit von der Frage nach den erforderlichen Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb trennt, wird eine angemessene Begriffsbestimmung möglich. So ist es beispielsweise möglich, dass man Erheblichkeit bejaht, aber eine Beeinträchtigung mangels Marktwirkung verneint.

Zentral ist die Einsicht, dass das Erheblichkeitskriterium von Anfang an als *de minimis*-Filter konzipiert war, der Bagatellfälle aus dem Tatbestand des Kartellverbots entfernen sollte. Erforderlich ist eine Rückbesinnung auf diese Funktion. Horizontale und vertikale Kernbeschränkungen sollten grundsätzlich nicht als Bagatellen eingestuft werden. Die Botschaft zum KG 1995 geht davon aus, dass die in den Vermutungstatbeständen aufgeführten Verhaltensweisen die Schwelle der Erheblichkeit „in der Regel“ überschreiten.⁸⁹ Die Erheblichkeit kann sich also aus rein qualitativen Gesichtspunkten ergeben. Im Übrigen gilt das bewegliche System: Wenn qualitative Faktoren in isolierter Betrachtung den Bagatellbereich nicht verlassen, kann die Erheblichkeitsschwelle immer noch aufgrund quantitativer Faktoren, beispielsweise der Dimension der Wettbewerbsbeschränkung erreicht werden.

⁸⁸ WEBER/VOLZ 2013, S. 189 ff.

⁸⁹ S.o. Fn. 20.

B. Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung

Bei der Frage der Beeinträchtigung geht es hingegen um das Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung. Im EU-Kartellrecht reicht die Bezweckung aus, wobei die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung seit dem *Cartes Bancaires*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs eng ausgelegt wird. Der Kartellartikel der Bundesverfassung bzw. der Zweckartikel des Kartellgesetzes verlangen demgegenüber „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen“. Ein Teil der Literatur verlangt aus diesem Grund den Nachweis einer tatsächlichen Schädigung; andere lassen die Eignung zur Schädigung des Wettbewerbs ausreichen.⁹⁰

Letzterer Ansicht sollte für die Kernbeschränkungen gefolgt werden.⁹¹ Es gibt Typen von Wettbewerbsbeschränkungen, deren Eignung zur Hervorbringung negativer Wirkungen so ausgeprägt ist, dass eine Prüfung der tatsächlichen Wirkungen keinen Nutzen stiftet. Im EU-Kartellrecht beschreibt dies die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen. Auch das US-amerikanische Antitrustrecht, welches als am stärksten ökonomisierte Kartellrecht der Welt bezeichnet werden kann, kennt in Form der *per se*-Verbote Fallgruppen, in denen sich eine Wirkungsanalyse erübrigt.⁹² Ausserdem haben sich Zwischenformen gebildet, nämlich die *quick look*-Analyse bzw. die *truncated rule of reason*, welche Einschränkungen des *effects-based approach* vorsehen, wenn eine volle Wirkungsanalyse angesichts der Gefährlichkeit der betreffenden Verhaltensweise entbehrlich ist.⁹³

Eine vergleichbare Vorgehensweise im schweizerischen Recht ist möglich und geboten. Mit dem Bundesgericht⁹⁴ ist festzuhalten, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben partiellen Kartellverböten nicht entgegenstehen. Dieses Ergebnis wird in diesem Beitrag zusätzlich damit begründet, dass die Praktizierung von Kernbeschränkungen zu einem wettbewerbsfeindlichen Klima führt, welches als sozial schädliche Auswirkung im Sinne des Kartell- und Zweckartikels einzustufen ist. Eine entspre-

90 S.o. IV.B.1.

91 In der Literatur sind die Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG als Kodifizierung des Konzepts der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert worden, s. FIEBIG 2015, 479 mit Fn. 143.

92 Vgl. US Supreme Court, *Northern Pacific Railroad Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958): “However, there are certain agreements or practices which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue, are conclusively presumed to be unreasonable, and therefore illegal, without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable – an inquiry so often wholly fruitless when undertaken”.

93 S. beispielsweise US Supreme Court in *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

94 S.o. Fn. 67.

chende Auslegung der Art. 5 und 7 KG ist bereits *de lege lata* möglich. Da in der Praxis erhebliche Unsicherheiten bestehen, wäre eine Gesetzesrevision aber vorzugswürdig. Dies könnte dadurch geschehen, dass der Vorschlag zur Einführung von Teilkartellverboten wieder aufgegriffen wird. Alternativ könnte – nach europäischem Vorbild – das Konzept der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung von der Definitionsnorm (Art. 4 Abs. 1 KG) auf die Tatbestandsebene gezogen werden.⁹⁵

C. Ausblick

Das System der Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) weist theoretische und praktische Defizite auf. Wird die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt, ist die Effizienzrechtfertigung von vornherein ausgeschlossen, was in ökonomischer Hinsicht unstimmig erscheint.⁹⁶ Gelingt die Umstossung der Vermutung, werden bei der Prüfung der quantitativen Erheblichkeit dieselben Kriterien angewandt, die bereits bei der Widerlegung des Vermutungstatbestands herangezogen wurden.⁹⁷ Eine Wirkungsanalyse im Fall von Kernbeschränkungen bindet unnötig Kapazitäten. Das schweizerische Recht sollte sich vom europäischen und US-amerikanischen Recht inspirieren lassen und die Tatbestandsmässigkeit von Kernbeschränkungen im Grundsatz bejahen.

Wie bereits der Hinweis auf die beiden weltweit führenden Kartellrechtsordnungen deutlich macht, liegt hierin kein Verharren bei einer formalen Betrachtungsweise: Der wirtschaftliche Gesamtsinn ist durch das Zusammenwirken von Tatbestand und Rechtfertigungsmöglichkeit herzustellen. Die kartellrechtlichen Tatbestände dürfen und müssen Typisierungen vornehmen (*form-based approach*). Bei den Ausnahmen, insbesondere der Effizienzrechtfertigung, sind die wirtschaftlichen Vorteile einzubringen (*effects-based approach*).⁹⁸ Durch die Stärkung der kartellrechtlichen Tatbestände würde der Stellenwert der Effizienzrechtfertigung steigen.⁹⁹ Es käme zum Ausgleich

95 Zum Teilkartellverbot s. HEINEMANN 2013, 374 f.; STOFFEL 2015, 10. S. auch BALDI 2014, 960 ff., der im Teilkartellverbot eine unnötige Verdopplung sieht und argumentiert, dass „das aktuelle Kartellgesetz (KG) ein umfassendes, durch Legalausnahmen relativiertes Verbot“ bereits vorsieht (960). Er zieht eine Legiferierung der *Gaba*-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Erwägung, nämlich folgende Ergänzung in Art. 5 Abs. 1 KG: „Tatbestände gemäss den Absätzen 3 und 4 sind, vorbehältlich von Bagatellfällen, erheblich“ (963). Die verschiedenen Vorschläge weisen in dieselbe Richtung: Grundsätzliche Erheblichkeit und Teilkartellverbot führen zum selben Ergebnis, wenn man letzterem einen *Cartes bancaires*-Vorbehalt für komplexe Sachverhalte hinzufügt.

96 S. die Kritik von STOFFEL 2011, 149.

97 S. beispielsweise WETTBEWERBSKOMMISSION, 10.12.2012 – *Spedition*, RPW 2013/2, 142, N. 262: „Üblicherweise wird das quantitative Element der Erheblichkeit anhand derselben Konzepte wie die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG geprüft; d.h. anhand der vorhandenen aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie allenfalls der Stellung der Marktgegenseite“.

98 S. MARTENET/HEINEMANN 2012, S. 40 ff.

99 S. die entsprechende Forderung von BALDI 2014, 962; BALDI/SCHRANER 2015, 274.

zwischen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit einerseits und ökonomischer Stimmigkeit andererseits. Ein überzeugender Gleichlauf von Recht und Ökonomie wäre die Folge.

Literatur

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.) 2010: Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zitiert: BSK KG).
- BALDI MARINO 2014: Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 2014, 960.
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX 2014: Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 110 (2014), 501.
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX 2015: Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269.
- BAUDENBACHER CARL 2015: Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015.
- BORER JÜRIG 2011: Wettbewerbsrecht I – Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.
- BREITENMOSER STEPHAN 2015: Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Jusletter 20. April 2015.
- FIEBIG DIETMAR 2015: Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in der jüngeren Anwendungspraxis von Kommission und europäischen Gerichten, WuW 2015, 462.
- HAGER PATRICIA M./SCHLOSSER ANGELIKA S.: Wie hast du's mit der Erheblichkeit? Zur Gretchenfrage vor dem Bundesgericht (erscheint demnächst).
- HEINEMANN ANDREAS 2009: Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext – Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, S. 43.
- HEINEMANN ANDREAS 2013: Weichenstellungen im Kartellrecht, SJZ 109 (2013) 373.
- HETTICH PETER 2014: Erhebliche Verwirrung bei der Erheblichkeit, 24.10.2014 <www.regulierung.ch/blog/2014/10/24/erheblichkeit>.
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK (Hrsg.) 1997: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 (zitiert: HOMBURGER 1997).
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.) 2012: Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012.
- JACOBS RETO 2015: Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 111 (2015), 229.

- KRAUSKOPF PATRICK L./KAUFMANN OLIVER 2013: Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Wettbewerbsabreden, *sic!* 2013, 67.
- KUHN TILMAN 2014: Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 AEUV, *ZWeR* 2014, 143.
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.) 2013: *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: *Commentaire Romand*).
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS 2012: *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012.
- RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A. 2001: Gutachten über die Verfassungsmäßigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des EVD, *RPW* 2001/3, 592.
- SCHWEITZER HEIKE 2009: The role of consumer welfare in EU competition law, in: Drexl/Hilty/Boy/Godt/ Rémiche (Hrsg.), *Technology and Competition: Contributions in Honour of Hanns Ullrich*, Brüssel 2009, S. 511.
- STOFFEL WALTER A. 2011: Spezifitäten des schweizerischen Wettbewerbsrechts: Rückblick und Ausblick, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel (Hrsg.), *Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 137.
- STOFFEL WALTER A. 2015: Wie weiter im schweizerischen Wettbewerbsrecht?, *SZW* 1/2015, 2.
- WEBER/VOLZ 2013: *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, Zürich/Basel Genf 2013.
- WURMNEST WOLFGANG 2012: *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Aufl., Tübingen 2012.
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN 2009: Reining in the ‘more economic approach’: Some overriding constraints from constitutional law and economics, in: Drexl/Hilty/Boy/Godt/ Rémiche (Hrsg.), *Technology and Competition: Contributions in Honour of Hanns Ullrich*, Brüssel 2009, S. 541.
- ZIMMERLI DANIEL 2015: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge», in: dRSK, publiziert am 10. April 2015 <http://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=1000&clang=de>.

