

Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts

ANDREAS HEINEMANN*

Schlagwörter: absoluter Gebietsschutz, Auswirkungsprinzip, direkte Sanktionen, Erheblichkeit, europarechtskonforme Auslegung, EWR-Klausel, *Gaba*-Entscheid, Kartellgesetz, Kartellrecht, Missbrauchsprinzip, ökonomische Analyse, Parallelimporte, Sanktionierbarkeit, Verbotsprinzip, Wettbewerbsabreden

A. Vordergrund und Hintergrund

Am 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht in der Rechtssache *Colgate-Palmolive Europe Sàrl* (Rechtsnachfolgerin der *Gaba International AG*) entschieden, dass Bestimmungen in einem Lizenzvertrag, welche den Import der Lizenzprodukte in die Schweiz kategorisch ausschliessen, bereits aufgrund ihres Gegenstands den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.¹ Quantitativer Betrachtungen bedarf es für diese Schlussfolgerung in der Regel nicht mehr. Parallelimporte müssen im Prinzip möglich bleiben; passive Verkäufe in die Schweiz dürfen (vorbehaltlich einer Rechtfertigung) nicht ausgeschlossen werden. Oder in der Sprache des Kartellgesetzes: Erheblichkeit i.S. von Art. 5 Abs. 1 Alt. 1 KG ist grundsätzlich zu bejahen, wenn einer der in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgezählten Abredetypen vorliegt (in casu absoluter Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 Alt. 2 KG). Der *Gaba*-Entscheid² nimmt damit Abschied von einem Ansatz, der zur Feststellung der Erheblichkeit in diesen Fällen auch auf quantitative Gesichtspunkte, wie z.B. den Marktanteil oder die Wirkungen der Abrede im Markt abstellte. Ausserdem stellt das Urteil klar, dass direkte Sanktionierbarkeit nach

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

1 BGE 143 II 297; schriftliche Begründung erstmals veröffentlicht am 21.4.2017. Zeitgleich wurde der Entscheid gegen den Abredepartner *Gebro* veröffentlicht, nämlich BGer 2C_172/2014 vom 4.4.2017 – *Gebro Pharma GmbH/Wettbewerbskommission*.

2 Hier wird der Übung gefolgt, den Fall nach der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin zu benennen.

Art. 49a Abs. 1 KG auch dann besteht, wenn die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorgesehenen Vermutungen der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, der Wettbewerb aber zumindest erheblich beeinträchtigt ist und die Effizienzrechtfertigung nicht greift.

Auf den ersten Blick klingen diese Aussagen unspektakulär. Dennoch ist das *Gaba-Urteil* – zusammen mit *Publigroupe* (2012)³ – als der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts zum geltenden Kartellgesetz einzustufen. Der Grund hierfür besteht darin, dass das Gericht sich mit zahlreichen Grundproblemen des Kartellrechts auseinandersetzen hatte und hierzu Kernaussagen und *obiter dicta* gemacht hat, die das Rechtsgebiet weit über die entschiedene Fallproblematik hinaus in der Zukunft prägen werden. Was die Grundkonzeption des Kartellgesetzes betrifft, so folgt nach Auffassung des Bundesgerichts aus dem Kartellartikel der Bundesverfassung (Art. 96 Abs. 1 BV), der Vorschriften gegen die «schädliche[n] Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» verlangt, kein «Verbot der Verbotsgesetzgebung». Verbote schädlicher Verhaltensweisen seien durchaus zulässig, und der Gesetzgeber habe in Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 KG von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht.⁴ Auch bestehe keine Pflicht zu einer allgemeinen Wirkungsanalyse. Es reiche aus, «dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können».⁵ Das schweizerische Recht nähert sich hiermit im Bereich der Wettbewerbsabreden der Grundkonzeption des europäischen Kartellrechts an, das auf Tatbestandsebene auf eine Wirkungsanalyse verzichtet, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde.

Was die Frage der Sanktionierbarkeit betrifft, so ist die Möglichkeit der Sanktionierung nach Widerlegung der Vermutungen essentiell: Da in der Praxis (wie auch im vorliegenden Fall⁶) die Vermutungen zumeist umgestossen werden, wäre bei gegenteiliger Entscheidung die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden grösstenteils entfallen. Dies hätte im Bereich der Wettbewerbsabreden einen Rückfall in die Zeit vor der KG-Revision von 2003 bedeutet, in der noch nicht die Möglichkeit direkter Sanktionierung bestand.

Das Urteil ist ausserordentlich reich an weiteren Einsichten: Der Begriff des Vertriebsvertrags in Art. 5 Abs. 4 KG erfasst nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch vertriebsbezogene Klauseln in anderen Verträgen, beispielsweise in Franchise- oder Lizenzverträgen.⁷ Compliance-Programme wirken nicht schuldausschliessend,⁸ führen also nicht zum vollständigen Wegfall

3 BGE 139 I 72: Die Sanktionskompetenz der Weko ist mit Art. 30 BV und Art. 6 EMRK vereinbar, da Rechtsschutz durch ein unabhängiges, unparteiliches und mit voller Kognition ausgestattetes Gericht zur Verfügung steht.

4 BGE 143 II 297, 5.3.4.

5 BGE 143 II 297, 5.4.2.

6 BGE 143 II 297, 4.2.

7 BGE 143 II 297, 6.3.1 und 6.4.1.

8 BGE 143 II 297, 9.6.2.

der Sanktion. Auf die Frage, ob solche Programme zu einer Herabsetzung der Sanktion führen können, geht das Bundesgericht nicht ein: In casu gehe es nicht um das Verhalten unterer Verantwortlichkeitsstufen, sondern um einen Vertrag, der von Personen der Führungsebene abgeschlossen wurde. Hier sei eine Strafmilderung nicht möglich.⁹ Von Bedeutung für die Sanktionshöhe ist aber eine allfällige Insolvenzgefahr: «Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient».¹⁰ Das Bundesgericht bestätigt ausserdem, dass in begründeten Fällen (z.B. bei schwacher Verhandlungsposition einer Abnehmerin) auch eine symbolische Busse verhängt werden kann, ohne den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu verletzen.¹¹

Im Folgenden sollen die Kernaussagen des *Gaba*-Entscheids herausgearbeitet und kommentiert werden (B.), bevor in einem Ausblick die offenen Fragen zu bestimmen sind (C.).

B. Kernaussagen

I. Räumlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

1. Auswirkungsprinzip

Aufgrund der ausdrücklichen Verankerung in Art. 2 Abs. 2 KG ist für den räumlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes das Auswirkungsprinzip massgeblich. In der Literatur werden häufig qualifizierte Auswirkungen verlangt, wobei die im US-amerikanischen Antitrustrecht geltenden Anforderungen «unmittelbar» (*direct*), «wesentlich» (*substantial*) und «vernünftigerweise vorhersehbar» (*reasonably foreseeable*) im Mittelpunkt der Diskussion stehen. Dem entspricht auch die Rechtslage in der EU: Zwar ist dort das Auswirkungsprinzip legislatorisch nicht festgeschrieben. Aber die Europäische Kommission, das Gericht und nun auch der Europäische Gerichtshof¹² haben das qualifizierte Auswirkungsprinzip anerkannt.

9 BGE 143 II 297, 9.7.4.

10 BGE 143 II 297, 9.7.2.

11 BGer – *Gebro*, 3.

12 EuGH, 6.9.2017, Rs. 413/14 P – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 40 ff., insbesondere Rn. 49. Ein anderes Problem betrifft EuGH, 28.4.1998, C-306/96 – *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, ECLI:EU:C:1998:173: Hier geht es nicht um den geographischen Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts, sondern um die Zwischenstaatlichkeitsklausel, welche das EU- von den mitgliedstaatlichen Kartellrechten abgrenzt. Zudem wird lediglich die Bezweckung einer Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels in der EU (aufgrund von Exportverboten gegenüber Händlern in Drittstaaten) verneint; die Möglichkeit einer Bewirkung wird ausdrücklich offengelassen, und zu diesem Zweck auch auf das Kriterium spürbarer Preisunterschiede verwiesen.

2. Bundesgericht

Das Bundesverwaltungsgericht hat in den Entscheiden *Gaba* (2013), *BMW* (2015) und *Nikon* (2016) eine Qualifikation des Auswirkungsprinzips verworfen und einfache Auswirkungen genügen lassen. Dem folgt nun das Bundesgericht, das die Völkerrechtskonformität der hiermit verbundenen extraterritorialen Anwendungserstreckung bejaht. Den Verzicht auf eine besondere Intensität der Auswirkungen in der Schweiz begründet das Gericht mit einer von ANTON K. SCHNYDER begründeten Argumentation, nach der relevante Auswirkungen dort zu verzeichnen sind, wo Sachnormen verletzt werden.¹³ Verlange man für die Eröffnung des geographischen Geltungsbereichs eine besondere Spürbarkeit, bedürfte es an dieser Stelle bereits einer umfassenden materiellen Prüfung, so dass «Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren» würde.¹⁴ Das Gericht fügt hinzu, dass «mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt» ausreichen.¹⁵ Die Prüfung einer bestimmten Auswirkungsinintensität sei nicht nur nicht notwendig; sie sei sogar unzulässig.¹⁶

3. Kritik

Durch das Kriterium der einfachen, potentiellen Inlandsauswirkungen wird der räumliche Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes ausgesprochen weit gezogen. Gingen alle Rechtsordnungen so weit, würde sich das Problem der extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts potenzieren und das Risiko widersprüchlicher Entscheide stark erhöhen. Es ist zutreffend, dass das Völkerrecht den Staaten grossen Spielraum bei der Bestimmung des geographischen Geltungsbereichs der eigenen Gesetze einräumt. Es ist aber eine Frage der Zweckmässigkeit, ob dieser Spielraum auch voll ausgeschöpft werden sollte. Der Rechtsprechung ist zuzustimmen, soweit es die Skepsis an den qualifizierenden Merkmalen der «Unmittelbarkeit» und der «Wesentlichkeit» betrifft. Das Unmittelbarkeitserfordernis ist nicht angemessen: Liegt beispielsweise Unmittelbarkeit auch dann vor, wenn Kartellware über einen an der Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligten Händler im Ausland in die Schweiz weiterverkauft wird? Oder entfällt die Unmittelbarkeit durch die Einschaltung eines Absatz»mittlers»? Dies würde den kartellrechtlichen Verboten ihre Wirksamkeit nehmen, da man dann durch geeignete Ausgestaltung des Distributionssystems leicht dem Kartellrecht des Letztbestimmungslands ausweichen könnte. Ein eher metaphorisches Verständnis der «Unmittelbarkeit» würde dem Begriff hingegen seine Trennschärfe nehmen und lediglich andere Wertungen verstecken. Auf das Erfordernis der «Unmittelbarkeit» sollte also tatsächlich verzich-

13 Grundlegend ANTON K. SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich 1990.

14 BGE 143 II 297, 3.3.

15 BGE 143 II 297, 3.4.

16 BGE 143 II 297, 3.7.

tet werden. Entsprechend verhält es sich mit der «Wesentlichkeit»: Wesentlichkeit, Spürbarkeit, Erheblichkeit etc. sind Elemente der materiell-rechtlichen Tatbestände.¹⁷ Eine parallele Prüfung im Rahmen des geographischen Geltungsbereichs kann nur zu Friktionen führen.

Demgegenüber sollte der Verzicht auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit noch einmal überdacht werden. Es erscheint nicht folgerichtig, die Gesetze eines Landes auf Wirtschaftsteilnehmer in einem anderen Land anzuwenden, wenn für diese der extraterritoriale Effekt nicht vorhersehbar war. Rechtsnormen sollen das Verhalten der Akteure steuern. Verhaltenssteuerung ist aber nur bei Vorhersehbarkeit möglich. Was beispielsweise exportbezogene Vertragsklauseln in Ländern betrifft, die mit der Schweiz wirtschaftlich eng verflochten sind, sollte Vorhersehbarkeit ohne weiteres bejaht werden. So besteht beispielsweise kein Zweifel, dass EWR-Klauseln¹⁸ in europäischen Vertriebsverträgen vorhersehbare Auswirkungen auf die Importe in die Schweiz haben. Werden hingegen Exportverbote in Ländern vereinbart, die keine vergleichbar intensiven Wirtschaftsbeziehungen zur Schweiz pflegen, bedarf es zur Beurteilung der Vorhersehbarkeit einer näheren Betrachtung der fallspezifischen Umstände. Dabei ist der Begriff der Vorhersehbarkeit objektiv zu bestimmen. Die rein theoretische Möglichkeit reicht nicht aus. Zu verlangen ist die reale Möglichkeit von Auswirkungen im Inland. Der Nachweis einer Absicht zur Beeinflussung des Handelsverkehrs mit der Schweiz ist nicht erforderlich. Sind entsprechende subjektive Faktoren aber festgestellt worden, können sie für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit auch herangezogen werden.

4. Konsequenzen

Für die kartellrechtliche Praxis ist das nicht-qualifizierte Auswirkungsprinzip nun fest verankert. Mögliche Auswirkungen im Inland reichen aus, um die Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes auszulösen. Gleichzeitig verweist das Bundesgericht auf den territorialen Bezug von Sachnormen: Aus diesen ergebe sich, wann die nationale Wirtschaftsordnung des Schutzes bedarf.¹⁹ Ganz in diesem Sinn schiebt das Bundesgericht zwischen die Prüfung von Art. 5 KG und die Untersuchung der Sanktionierbarkeit einen Abschnitt ein, der mit «Keine Verletzung des Völkerrechts» überschrieben ist, und der (noch einmal) die Frage stellt, ob die Anwendung des schweizerischen Rechts in diesem Fall exzessive Extraterritorialität darstelle, oder ob ein ausreichender Inlandsbezug gegeben sei, was das Bundesgericht bejaht.²⁰ Offen bleibt die

17 VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 2 LCart Rn. 92.

18 Eine «EWR-Klausel» verpflichtet den Abnehmer dazu, die Produkte nicht ausserhalb des EWR, also auch nicht in die Schweiz zu verkaufen.

19 BGE 143 II 297, 3.2.3.

Frage, ob jetzt nach der Prüfung von Art. 5 KG (bzw. Art. 7 KG) jeweils immer noch der räumliche Bezug zu prüfen ist, weil man im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG auf die Qualifikation des Auswirkungsprinzips verzichtet hat.

Jedenfalls ist die räumliche Verortung der Sachnormen verdienstvoll und öffnet neue Perspektiven. Während Fragen der Lokalisierung von Auswirkungen in der Regel in Bezug auf die kartellrechtlichen Tatbestände aufgeworfen werden, wird die geographische Komponente der Rechtfertigungsgründe vernachlässigt. So sollte für die Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG verlangt werden, dass die Effizienzgewinne (auch und ausreichend) im Inland anfallen. Andernfalls würden Wettbewerbsbeschränkungen und die damit verbundenen Nachteile im Inland durch Effizienzgewinne gerechtfertigt, die nur oder überwiegend Akteuren im Ausland zugutekommen. Dies wäre mit dem Ziel, die gemeinsame Wohlfahrt des Landes zu fördern (Art. 2 Abs. 2 BV), nicht vereinbar.

II. Erheblichkeit

1. Bundesgericht

Bedeutung und Stellenwert des Erheblichkeitskriteriums waren in den letzten Jahren mehr denn je im Streit. Die Wettbewerbskommission prüfte – auch bei Vorliegen von Vermutungstatbeständen und nach Widerlegung der damit verbundenen Vermutung – die Erheblichkeit in qualitativer und quantitativer Hinsicht, wobei die Anforderungen an die Quantität desto niedriger waren, je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung in qualitativer Hinsicht war. Das Bundesgericht teilt im Ausgangspunkt diese Auffassung: «Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.»²¹ Im Fall der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist diese Kommunikation aber stark eingeschränkt: Hier steht aufgrund der besonderen Schädlichkeit der aufgezählten Verhaltensweisen das qualitative Element ganz im Vordergrund, so dass die Erheblichkeitsschwelle in der Regel unabhängig von quantitativen Kriterien erreicht ist.²² Die Schlussfolgerung lautet: «Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.»²³ Ansätzen, nach denen die Erheblichkeit im Mittelpunkt der kartellrechtlichen Bewertung stehen soll, erteilt das Bundesgericht eine Absage: Das Kriterium der Erheblichkeit sei eine blosse Bagatellklausel.²⁴ Die Aussonderung unerheblicher Fälle solle die Verwaltung entlasten; dieser Effekt werde nur erreicht, wenn das Abgrenzungskriterium

20 BGE 143 II 297, 8.

21 BGE 143 II 297, 5.2.2.

22 BGE 143 II 297, 5.2.5.

23 BGE 143 II 297, 5.6.

24 BGE 143 II 297, 5.1.2, 5.1.6.

einfach sei.²⁵ Qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, seien deshalb zu bevorzugen.²⁶

Eine weitere Aussage des Bundesgerichts ist von grösster Bedeutung: Art. 5 Abs. 1 KG schützt auch den potentiellen Wettbewerb. Da bereits mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Praktizierung von Kernbeschränkungen «ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen [wird], das 'volkswirtschaftlich oder sozial schädlich' für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist», reicht es für Art. 5 Abs. 1 KG aus, «dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können».²⁷ Es geht deshalb nach Auffassung des Gerichts «an der Sache vorbei», fehlende tatsächliche Auswirkungen oder eine (angeblich) nicht erfolgte Umsetzung der Abrede geltend zu machen.²⁸ Diese Aspekte sind erst bei der Widerlegung der Vermutung einzubeziehen.²⁹

2. *Bewertung*

Die Interpretation der Erheblichkeitsschwelle als Bagatellgrenze entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der sich ausdrücklich an parallele Kriterien im Ausland und damit auch an das Spürbarkeitskriterium des europäischen Kartellrechts angelehnt hat.³⁰ Es ist zu begrüßen, dass die Funktion der Erheblichkeitsschwelle nun wieder klar zu Tage tritt: Es sollen keine diffizilen und nur schwer beweisbaren Anforderungen an die Beeinträchtigung des Wettbewerbs gestellt, sondern Bagatellen aus dem kartellrechtlichen Tatbestand entfernt werden. Es werden hierdurch nicht etwa die mit der KG-Revision gescheiterten Teilkartellverbote durch die Hintertür eingeführt. Wie sich aus der eingehenden und nach allen Regeln der Methodenlehre erfolgenden Argumentation des Bundesgerichts ergibt, stellt die Interpretation der Erheblichkeit als Bagatellklausel eine Rückkehr zur ursprünglichen Intention des Kartellgesetzes dar und entspricht Sinn und Zweck des Gesetzes. Auf das *a maiore ad minus*-Argument des Bundesverwaltungsgerichts³¹ greift das Bundesgericht angesichts dieses klaren Befunds nicht zurück.

Zu kritisieren ist allerdings der einseitig verwaltungsrechtliche Grundansatz: Zwar findet sich in der Botschaft das Argument, dass die Wettbewerbsbehörden nicht mit Bagatellen belastet werden sollen.³² Eine Errungenschaft des Kartellgesetzes von 1995 besteht aber darin, dass einheitliche materiell-rechtliche Tatbestände für das Verwaltungs- und das Zivilkartellrecht geschaffen werden soll-

25 BGE 143 II 297, 5.1.4.

26 BGE 143 II 297, 5.2.1.

27 BGE 143 II 297, 5.4.2, s. auch 5.6.

28 BGE 143 II 297, 5.4.2.

29 BGer – *Gebro*, 2.2.

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

31 BVGer – *Gaba*, RPW 2013/4, 750 (789, 791); *Gebro*, RPW 2013/4, 808 (833, 834).

32 BGE 143 II 297, 5.1.2 und 5.1.4, jeweils mit Verweis auf Botschaft (Fn. 30), 554.

ten.³³ Die Auslegung der materiell-rechtlichen Tatbestände sollte also nicht allein aus verwaltungsrechtlicher Perspektive erfolgen. Deshalb geht es zu weit, das Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung in Art. 7 KG als «Aufgreifkriterium» zu deuten.³⁴ Und auch die Auslegung der «Erheblichkeit» in Art. 5 KG sollte auf das Grundziel der Sicherung wirksamen Wettbewerbs gestützt werden.³⁵ Andernfalls käme es zu Begründungsdefiziten bei der Anwendung des Kartellrechts auf zivilrechtlichem Weg oder gar einem Auseinanderfallen der Tatbestände je nach Durchsetzungsweg.

3. Konsequenzen

Die fünf in den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abredetypen sind, wenn sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs einzustufen. In den meisten Fällen führt dies zu keiner Änderung, da auch prä-*Gaba* bei qualitativ so erheblichen Verhaltensweisen nur geringe Anforderungen an die Quantität gestellt wurden. Auch in der juristischen Beratungspraxis wurde von der Praktizierung von Kernbeschränkungen konsequent abgeraten. Zu langwierigen Erheblichkeitsdebatten kam es dann, wenn nach der Tat und ihrer Aufdeckung auf Unerheblichkeit plädiert wurde. Die neue Rechtsprechung bringt materielles Recht und Beratungspraxis in Übereinstimmung und stärkt hierdurch die rechtliche Verhaltenssteuerung.³⁶

Das *Gaba*-Urteil enthält keine allgemeinen Vorgaben für die Auslegung der fünf Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Im Unterschied zum europäischen Kartellrecht³⁷ zeichnet sich das schweizerische Recht im Bereich der ersten Säule dadurch aus, dass die Sanktionierbarkeit auf einzelne Tatbestände beschränkt ist. Die Vorhersehbarkeit ist also in besonderem Mass gewährleistet, zumal bereits zahlreiche Entscheide vorliegen. Im Übrigen sind die betreffenden Tatbestände nach den üblichen Methoden auszulegen.

Zu einer Änderung kommt es hingegen in denjenigen, seltenen, Fällen, in denen in der Vergangenheit trotz Vorliegens eines Vermutungstatbestands die Prüfung des quantitativen Elements zum Gesamturteil der Unerheblichkeit führte. Hier wird in Zukunft in der Regel Erheblichkeit anzunehmen sein.³⁸ Der Schwerpunkt der Prüfung wird sich dann auf die Prüfung der Effizienz-

33 Botschaft (Fn. 30), 497, 522 f.

34 BGE 143 II 297, 5.1.3.

35 So durchaus BGE 143 II 297, 5.1.4.

36 S. auch BGE 143 II 297, 5.2.4: «Unternehmen wissen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen».

37 Nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 ist die Sanktionierung von Verstössen gegen das Kartellverbot nicht an besondere Abredetatbestände geknüpft.

38 Overruled ist deshalb BGE 129 II 19 (Buchpreisbindung), 5.2.2, wonach ein Vermutungstatbestand (in casu eine horizontale Preisabsprache) «eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft».

rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG verlagern. Diese Entwicklung ist zu begrüssen: Qualitativ erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sollten nur zulässig sein, wenn es zu Effizienzsteigerungen kommt und die weiteren Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. Unternehmen werden hierdurch nicht davon abgehalten, effiziente Wettbewerbsabreden einzugehen. Diese sind ja gerade einer Rechtfertigung zugänglich. Demgegenüber wird die Prävention von Kernbeschränkungen, welche die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nicht erfüllen, gestärkt.

4. *Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit*

Von jedem Grundsatz gibt es Ausnahmen.³⁹ Es bleibt deshalb zu klären, unter welchen Voraussetzungen der Grundsatz der Erheblichkeit im Fall von Vermutungstatbeständen durchbrochen werden sollte. Für Vertikalabreden hat das Bundesgericht eine «materiell identische» Regelung des schweizerischen im Verhältnis zum europäischen Kartellrecht angemahnt.⁴⁰ Aber auch für Horizontalabreden, über die das Bundesgericht in *Gaba* nicht zu befinden hatte, erscheint eine Orientierung am europäischen Recht sinnvoll. Dieses löst den Problemkreis (mit anderer Terminologie) wie folgt: Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV muss nicht geprüft werden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wurde, wenn sie bezweckt ist. Der Verzicht auf eine Wirkungsanalyse im Fall der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen wird damit begründet, «dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können».⁴¹ Die anerkannten Kernbeschränkungen im Horizontal- und Vertikalverhältnis fallen darunter, so dass hier eine Wirkungsanalyse entbehrlich ist. Einer unangemessenen Ausweitung des Kreises bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen ist der Europäische Gerichtshof in seinem *Cartes Bancaires*-Urteil entgegengetreten. Selbst preisbezogene Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sind nicht notwendigerweise bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, wenn wirtschaftliche Hintergründe auf eine grössere Komplexität des Sachverhalts deuten. Diese Ausnahme war im konkreten Fall gegeben, da durch die Vereinbarung bestimmter Belastungen der aus der Interaktion auf zweiseitigen Märkten drohenden Trittbrettfahrerproblematik entgegengewirkt werden sollte.⁴²

39 Es ist deshalb nicht hilfreich, die vom Bundesgericht ausdrücklich als «grundsätzlich» bezeichnete Erheblichkeit zu einer «per se»-Erheblichkeit umzudeuten. Dann wären nämlich Ausnahmen nicht möglich, was nicht der Rechtsprechung entspricht und, wie im Folgenden zu zeigen ist, auch in der Sache nicht angemessen wäre.

40 S.u. III.1.

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

42 EuGH, 11.9.2014, Rs. C-67/13 P – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 72–75. Die Kommission holte die Wirkungsanalyse dann nach und stellte

Entsprechend lässt sich für das schweizerische Recht argumentieren, dass die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen nur dann angemessen ist, wenn die «Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.»⁴³ Dies ist bei den typischen Kernbeschränkungen der Fall. Anders verhält es sich bei grösserer Komplexität, insbesondere bei Zusammenarbeit im Zusammenhang mit mehrseitigen Märkten. Ein weiteres Beispiel sind die Einkaufsgemeinschaften: Trotz horizontaler Festsetzung der Einkaufspreise liegt nicht typischerweise eine ihrer Natur nach schädliche Kollusion vor. Hier sollte also eine vertiefte Abklärung der Erheblichkeit vorgenommen werden.

Auf diesem Weg ergibt sich auch eine überzeugende Lösung älterer Fälle, in denen ein Vermutungstatbestand bejaht, die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (nach Widerlegung der Vermutung) aber verneint wurde, so z.B. im Fall «Zusatzversicherung Kanton Luzern».⁴⁴ Auch nach neuem Recht bleibt es dabei, dass die gemeinsame Aushandlung von Tarifverträgen durch Gruppen von Versicherern den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG verwirklicht: Die Vorschrift erfasst anerkanntermassen auch die Festsetzung von Einkaufspreisen. Post-*Gaba* wird (nach Widerlegung der Vermutung) die Erheblichkeit der Beeinträchtigung zwar grundsätzlich vermutet, so dass eine Effizienzrechtfertigung erforderlich wäre.⁴⁵ Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Zusammenarbeit nicht ihrer Natur nach schädlich ist. Die Einigung über Einkaufspreise im Rahmen einer gemeinsamen Einkaufsregelung lässt nicht in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, sondern ist typischerweise mit der Einkaufskooperation verbunden.⁴⁶ Deshalb ist der Grundsatz der Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen zu durchbrechen. Dies bedeutet aber nicht etwa, dass Art. 5 Abs. 3 lit. a KG keine Anwendung finden würde: Es liegt vielmehr keine Erheblichkeit allein aufgrund der Qualität des Verhaltens vor, so dass eine vollständige Erheblichkeitsprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien vorzunehmen ist. Dies entspricht der Lösung im europäischen Kartellrecht: Wenn dort keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ist eben die Frage der Bewirkung zu prüfen, was eine Marktuntersuchung unter Einschluss quantitativer Elemente erfordert.

eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung fest, s. insofern bestätigend EuG, 30.6.2016, Rs. T-491/07 RENV *CB/Kommission*.

43 So die Formulierung in EuGH – *Groupement des cartes bancaires* (ibid.), Rn. 57.

44 WEKO, 6.10.2008 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, RPW 2008/4, 544, N. 70–78.

45 Die übrigens von der Weko im Luzerner Fall hypothetisch geprüft und bejaht wurde, s. ibid., N. 115 ff.

46 S. z.B. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 206.

III. Stellenwert des EU-Kartellrechts

1. Bundesgericht

Das Bundesgericht fordert für die Fallproblematik eine enge Anlehnung an das EU-Recht und hält fest, «dass der *Wertungsgehalt* der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist».⁴⁷ Eine Bezugnahme auf die US-amerikanische *rule of reason* lehnt es demgegenüber ab.⁴⁸ Was den Grad der Anlehnung an europäisches Recht betrifft, entwickelt das Bundesgericht ein dreistufiges Referenzsystem der autonomen Übernahme, das in dieser Klarheit neu ist. Stufe 1 ist die Inspiration durch europäisches Recht, das dann als rechtsvergleichendes Auslegungselement (neben den anderen Auslegungsmethoden) zu berücksichtigen ist; dem hieraus folgenden Resultat muss nicht zwingend gefolgt werden. Stufe 2 ist die Übernahme europäischen Rechts mit dem Willen, zwar nicht rechtstechnisch gleich vorzugehen, aber eine «materiell identische» Regelung zu erreichen. Stufe 3 ist schliesslich der (statische oder dynamische) Verweis auf europäisches Recht, das hierdurch zu schweizerischem Recht erklärt wird.⁴⁹ Das Gericht verortet die Regeln über vertikale Wettbewerbsabreden auf Stufe 2 und leitet auch aus der parlamentarischen Debatte ab, «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 soll».⁵⁰

Das Bundesgericht fügt zwei Einschränkungen hinzu: Erstens hat sich der Gesetzgeber bei Einfügung von Art. 5 Abs. 4 KG (durch die KG-Revision 2003) auf die europäischen Regeln über vertikale Wettbewerbsabreden in eben diesem Jahr 2003 bezogen. Grundlegende Änderungen des europäischen Rechts in der Zwischenzeit seien nicht mehr vom Willen des schweizerischen Gesetzgebers gedeckt. Zweitens seien die volkswirtschaftlichen Besonderheiten eines jeden Landes zu berücksichtigen, z.B. die Auswirkungen vertikaler Abreden über absoluten Gebietschutz auf kleinere Länder.⁵¹

2. Bewertung

Eine so enge Anlehnung des schweizerischen an das europäische Kartellrecht ist neu. Die Hauptaussagen zur Bestimmung dieses Verhältnisses betrafen bisher das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Während das Bundesgericht zunächst die These aufgestellt hatte, dass das KG 1995 «keinen besonderen europapolitischen Hintergrund» habe,⁵² stellte es später fest, dass

47 BGE 143 II 297, 5.3.4.

48 Ibid.

49 BGE 143 II 297, 6.2.3.

50 Ibid.

51 Ibid.

«das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert», weshalb auch die Praxis zu Art. 102 AEUV bei der Auslegung von Art. 7 KG zu berücksichtigen sei.⁵³ Mit der Forderung nach «materieller Identität» ist nunmehr – zumindest für den Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden – eine neue Qualität erreicht. Eine korrekte Auslegung schweizerischen Kartellrechts kann nur gelingen, wenn man das Resultat (nicht den «Regelungsmechanismus» oder die unterschiedliche Begrifflichkeit) mit europäischem Kartellrecht abgleicht.⁵⁴

Die vom Bundesgericht hinzugefügten Vorbehalte werden wohl nur selten zu einer Modifikation führen: Zwar gab es seit 2003 grundlegende Änderungen des europäischen Kartellrechts, nämlich den Übergang vom Anmelde- und Genehmigungssystem zum System der Legalausnahme am 1. Mai 2004. Hierdurch hat sich das europäische Wettbewerbsrecht aber lediglich auf das schweizerische Kartellgesetz zubewegt, da dieses von Beginn an dem System der Legalausnahme folgte. Und in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer 2014⁵⁵ wurde die zuvor bestehende Möglichkeit gestrichen, passive Verkäufe für einen Zeitraum von zwei Jahren auszuschliessen. Auch diese Änderung kommt dem vom Bundesgericht ausdrücklich unterstützten Interesse der Schweiz an einer Unterbindung absoluten Gebietsschutzes entgegen. Stichwort «absoluter Gebietsschutz»: Das Bundesgericht zeigt sich – wie die Vorinstanzen – skeptisch gegenüber der in der Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer eingeräumten Möglichkeit, passive Verkäufe in Exklusivgebiete und an Exklusivkundengruppen des Lizenzgebers auszuschliessen.⁵⁶ Der Kampf gegen die Abschottung der heimischen Märkte ist also ein Gesichtspunkt, der zu einer strengeren Auslegung des schweizerischen im Vergleich zum europäischen Recht führen kann.

Im Übrigen gilt, dass für die Auslegung des schweizerischen Kartellrechts der vertikalen Wettbewerbsabreden in der Regel auf das geltende EU-Recht zurückgegriffen werden kann. Dies entspricht dem vom Bundesgericht in anderem Zusammenhang postulierten dynamischen Charakter der europarechtskonformen Auslegung.⁵⁷ Die vom Bundesgericht im *Gaba*-Urteil vorgenommene Parallelführung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG spricht dafür, diese Grundsätze auch auf die Bewertung von horizontalen Wettbewerbsabreden zu erstrecken.⁵⁸

52 BGE 137 II 199 (209).

53 BGE 139 I 72 (89).

54 S. aber BGE 143 II 297, 6.4.4 und 7.2: Es erübrige sich, näher auf die europäische Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer 2004 einzugehen, da diese nicht anwendbar sei. Strebt man allerdings eine «materiell identische» Lösung an, erscheint eine nähere Befassung mit den EU-Regeln unumgänglich.

55 Verordnung (EU) 316/2014 der Kommission vom 21.3.2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, L 93/17.

56 BGE 143 II 297, 6.4., insbesondere 6.4.4.

57 BGE 129 III 335 (350).

58 Vgl. BGE 143 II 297, 9.4.5: Kein «kategorialer Unterschied» zwischen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

IV. Stellenwert der Wirtschaftswissenschaften und die Effizienzrechtfertigung

1. Bundesgericht

Die Wirtschaftswissenschaften geniessen traditionell einen hohen Stellenwert nicht nur für die Ausarbeitung von Kartellgesetzen, sondern auch für deren Anwendung. Am weitesten geht hier das US-amerikanische Kartellrecht. Jüngst hat der US Supreme Court in der Rechtssache *Kimble v. Marvel* klargestellt, dass er sich relativ frei fühle, die Anwendung des Antitrustrechts an Entwicklungen in den Wirtschaftswissenschaften anzupassen, und dass der Grundsatz des *stare decisis* hier deshalb nicht dieselbe Verbindlichkeit wie in anderen Rechtsgebieten aufweise.⁵⁹ Im Civil Law bestehen solche Freiheiten wegen der Gesetzesbindung der Gerichte nicht. Das Bundesgericht macht diesen Zusammenhang deutlich: Die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG habe «autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung zu erfolgen».⁶⁰ Der Gesetzgeber habe mit dieser Vorschrift den Intra-brand-Wettbewerb grundsätzlich für schützenswert erklärt: «Insofern ist es für konkret zu beurteilende Fälle mässig, über ökonomische Theorien zu diskutieren, die von anderen Erfahrungen ausgehen, wobei bei diesen im Übrigen keine einheitliche Auffassung auszumachen ist».⁶¹

2. Bewertung

Der Grundansatz des Bundesgerichts ist von dankenswerter Klarheit. Das Gericht lehnt nicht die Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Rahmen der Kartellrechtsanwendung ab, sondern macht die Grenzen eines solchen Rückgriffs deutlich. Ökonomische Theorien, die mit Grundannahmen des Kartellgesetzes nicht vereinbar sind, scheiden für die Zwecke der Rechtsanwendung aus. Eine dieser Grundannahmen ist der Wille, auch den Intra-brand-Wettbewerb zu schützen. Auf Ansätze, die diesen Ausgangspunkt nicht teilen, kann für die Rechtsanwendung nicht zurückgegriffen werden. So ist der Hinweis darauf, dass ja auch eine andere Zahnpastamarke gekauft werden könne, für den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG (im Gegensatz zur Vermutungsfolge) irrelevant, weil der Gesetzgeber den Abreden über Mindest- und Festpreise und absoluten Gebietsschutz eine besondere Gefährlichkeit für den Wettbewerb attestiert hat. Entsprechend verhält es sich bei der zweiten Säule des Kartellrechts: Auffassungen, nach denen die Erzwingung unangemessener Preise durch marktbeherrschende Unternehmen nicht missbräuchlich sei, da hierdurch die Erosion von Marktmacht vorangetrieben werde, sind

⁵⁹ US Supreme Court, *Kimble v. Marvel*, 576 U.S. __, S. 14 (2015).

⁶⁰ BGE 143 II 297, 6.2.1.

⁶¹ BGE 143 II 297, 6.2.2.

nicht mit Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vereinbar und können deshalb nicht in die Rechtsanwendung einfließen. Vermutungstatbestände und Regelbeispiele haben also auch eine Selektionsfunktion im Hinblick auf wirtschaftswissenschaftliche Theorien.⁶²

3. Bedeutung von Effizienzvorteilen

Ein zentraler Begriff der Wirtschaftswissenschaften ist derjenige der Effizienz. Sind die kartellrechtlichen Kartellrechtstatbestände durch Effizienzüberlegungen anzureichern? Gestützt auf die klaren gesetzlichen Vorgaben weist das Bundesgericht entsprechende Forderungen zurück: Da Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG auf der Stufe der Rechtfertigung angesiedelt sind, könne die Erheblichkeitsprüfung auf Tatbestandsebene nicht durch Effizienzüberlegungen aufgeladen werden.⁶³ Auch könnten aus dem Kartellartikel der Bundesverfassung (Art. 96 Abs. 1 BV) keine Schlussfolgerungen für den Begriff der Erheblichkeit gezogen werden, da diesen Vorgaben nicht ein einzelner Begriff, «sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerecht werden» müsse.⁶⁴ Eine wichtige Funktion der Effizienzrechtfertigung ist die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit: Im Rahmen der Effizienzprüfung ist festzustellen, «ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Ergebnis positive Wirkungen hat».⁶⁵

4. Schlussfolgerung

Es ist nicht richtig, den *Gaba*-Entscheidung als Absage an die Ökonomik zu deuten. Wirtschaftswissenschaftliche Stimmigkeit wird durch die Interaktion von Tatbestand und Rechtfertigung hergestellt. Die kartellrechtlichen Tatbestände geben den Unternehmen Vorgaben, von denen aus Effizienzgründen abgewichen werden kann. Selbst die am stärksten ökonomisierte Kartellrechtsordnung der Welt, nämlich das US-amerikanische Antitrustrecht, enthält in Form der *per se*-Verbote und weiterer Regeln formbasierte Elemente. Der tiefere Grund hierfür besteht darin, dass bestimmte Verhaltensweisen so gefährlich sind, dass eine nähere Untersuchung der schädlichen Wirkungen ineffizient wäre. Dem folgt das europäische Kartellrecht mit der Denkfigur der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Die vom Bundesgericht angeordnete grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen schreibt sich in den internatio-

62 S. hierzu s. ANDREAS HEINEMANN, Missbrauch von Marktmacht, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 45 (52 f.).

63 BGE 143 II 297, 5.1.3 und 5.1.4.

64 BGE 143 II 297, 5.1.5.

65 BGE 143 II 297, 5.3.2.

nen Zusammenhang ein. Die gebotene Synthese von Schutz des Wettbewerbs als Prozess und Effizienzorientierung wird hierdurch erreicht.⁶⁶

V. Sanktionierbarkeit nach Umstossung der Vermutung

Nunmehr ist höchstrichterlich geklärt, dass direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auch dann verhängt werden können, wenn die Widerlegung der in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorgesehenen Vermutungen gelingt, der Wettbewerb aber zumindest erheblich beeinträchtigt wurde und keine Effizienzrechtfertigung gegeben ist. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird hierdurch nicht verletzt. Auch wenn Art. 49a Abs. 1 KG keine gesetzgeberische Meisterleistung ist, bringt die Vorschrift nach Auffassung des Bundesgerichts – auch vor dem Hintergrund der hohen, im Strafrecht bzw. Quasi-Strafrecht geltenden, grundrechtlichen Anforderungen – hinreichend zum Ausdruck, dass mit dem Verweis auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die dort aufgeführten Abredetypen gemeint sind, nicht aber verlangt wird, dass die Vermutung in casu nicht widerlegt werden kann.⁶⁷

Die Bedeutung dieser (denkbar knapp mit 3 zu 2 Richterstimmen ergangenen) Klarstellung ist überhaupt nicht zu überschätzen. Es ist heute internationaler Standard, dass Kernbeschränkungen im Horizontalverhältnis mit abschreckenden Sanktionen zu belegen sind.⁶⁸ Da in den meisten Fällen – auch in Bezug auf harte Kartelle – die Widerlegung der Vermutung gelingt, hätte das Kartellgesetz andernfalls nicht mehr den internationalen Anforderungen entsprochen. In Abwesenheit abschreckender Sanktionen wären der wirksame Wettbewerb und damit die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems in Gefahr geraten. Der dritte Erwägungsgrund zum Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts,⁶⁹ nachdem «die Systeme der Schweiz und der Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten», wäre desavouiert worden. Ein solcher Rückfall in die Zeit vor der KG-Revision von 2003 hätte schneller legislativ-scher Reparatur bedurft.

66 S. näher zu diesem Hintergrund ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR, Band 135 (2016) I, 431 (435 ff.).

67 BGE 143 II 297, 9. So bereits ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 1119 ff.

68 S. z.B. OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hardcore Cartels, 25.3.1998.

69 SR 0.251.268.1.

C. Ausblick

Das *Gaba*-Urteil sorgt für grössere Klarheit bei der Anwendung des Kartellgesetzes. Andererseits stellen sich manche Folgefragen, von denen einige bereits vorstehend behandelt wurden. So lässt das Bundesgericht beispielsweise ausdrücklich offen, ob die Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG auch durch ausreichenden Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden kann.⁷⁰ Mangels Entscheidungserheblichkeit klammert es auch die Frage aus, wie die Erheblichkeitsschwelle quantitativ zu bestimmen ist, wenn sie nicht bereits durch qualitative Kriterien erreicht ist.⁷¹ Fragezeichen gibt es in Bezug auf den Standort der Marktabgrenzung. Nach Ansicht des Bundesgerichts erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Erheblichkeitskriterium ohne Bezug auf einen Markt; der relevante Markt sei bei der Effizienzrechtfertigung zu berücksichtigen.⁷² Es entspricht aber ständiger Praxis, die relevanten Märkte bereits im Rahmen der Widerlegung der Vermutung abzugrenzen, da sonst keine Aussagen über den Zustand des Wettbewerbs getroffen werden können. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich an dieser Logik etwas durch das *Gaba*-Urteil ändern soll.

Gaba führt zu einer Aufwertung der Effizienzrechtfertigung,⁷³ die in der Vergangenheit häufig (aber nicht immer) nur schmalen Raum in der kartellbehördlichen Praxis einnahm. Dies lag allerdings auch daran, dass die Kernbeschränkungen einen grossen Teil des Fallrechts ausmachen und hier Fragen der Rechtfertigung von untergeordneter Bedeutung sind, ja von den Parteien oft nicht einmal thematisiert werden. Wie dem auch sei: In der Zukunft wird es von Bedeutung sein, die Konturen der Effizienzrechtfertigung zu schärfen. Die vom Bundesgericht unterstrichene Bedeutung des EU-Kartellrechts legt es nahe, hierfür auch auf die EU-Praxis zurückzugreifen, soweit die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung in der Schweiz und in der EU übereinstimmen. Eine Bekanntmachung der Europäischen Kommission hat diese Praxis zusammengefasst.⁷⁴ So wird dort z.B. erläutert, dass für die Frage der Unerlässlichkeit (Notwendigkeit im schweizerischen Recht) der Wettbewerbsbeschränkung für die Erreichung der Effizienzziele die wirtschaftliche Beurteilung in der Hand der Unternehmen liegt und diese lediglich erläutern müssen, warum realistisch erscheinende Alternativen erheblich weniger effizient wären.⁷⁵

70 BGE 143 II 297, 4.2.

71 BGE 143 II 297, 5.2.5.

72 BGE 143 II 297, 5.5.

73 Vgl. bereits MARINO BALDI, Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 2014, 960 (962), der den Effizienztest als «das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung» bezeichnet.

74 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI. 2004 C 101/97.

75 *ibid.*, Rn. 75.

Der *Gaba*-Entscheid lässt in Bezug auf die entscheidungserheblichen Kernaussagen an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Das Bundesgericht nimmt eine neue Synthese form- und wirkungsbasierter Elemente vor und bringt damit das schweizerische Kartellrecht in Übereinstimmung mit dem internationalen Mainstream. Eindrücklich zitiert es parlamentarische Stimmen (zur KG-Revision von 2003), die Preisfestsetzung und die Abschottung von Märkten als «Gift für Wachstum und Wohlfahrt» bezeichnet und hinzugefügt haben, dass es «keinen Schutz gibt für jene, die Kartellrenten zulasten der Volkswirtschaft einstreichen». Die Schlussfolgerung lautet: «So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen».⁷⁶ Hierzu passt es, dass das Bundesgericht die Berufung auf das (angeblich geltende⁷⁷) Missbrauchsprinzip als «missverständlich» verwirft.⁷⁸ Der *Gaba*-Entscheid wird die kartellrechtliche Praxis massgeblich beeinflussen. Die Wettbewerbskommission hat bereits ihre Vertikalbekanntmachung angepasst,⁷⁹ und ihre Fallpraxis wird sich an den neuen Vorgaben ausrichten. Wegen der Vielgestaltigkeit der Fälle wird es notwendigerweise zu neuen Leitentscheiden kommen. Für die Unternehmen ist die voranschreitende Konkretisierung der kartellrechtlichen Vorgaben von grossem Nutzen.

Zusammenfassung

Verhaltensweisen, welche die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG begründen, sind (nach Widerlegung der Vermutung) grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu werten. Der *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts verschafft dem Verbot schädlicher Wettbewerbsabreden neue Konturen: Für gefährliche Verhaltensweisen ist eine Prüfung der quantitativen Dimension in der Regel entbehrlich. Die verhaltenssteuernde Funktion des Kartellrechts wird hierdurch gestärkt und die wirtschaftswissenschaftliche Fundierung durch die Aufwertung der Effizienzrechtfertigung intensiviert. Das Bundesgericht lehnt das schweizerische noch enger an das europäische Kartellrecht an, unterstreicht aber auch die Besonderheiten, z.B. was den Kampf gegen marktabschottende Praktiken betrifft. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit sollte in Fällen gemacht werden, in denen nicht eine typischerweise schädliche Kollusion vorliegt, z.B. im Zu-

76 BGE 143 II 297, 9.6.2; s. auch das Zitat eines Ständerats in N. 9.4.5: «das wollen wir nicht».

77 Nach vordringender Auffassung folgt das Kartellgesetz heute dem Verbotsprinzip, s. näher HEINEMANN (Fn. 66), 442 ff.

78 BGE 143 II 297, 5.3.4.

79 WETTBEWERBSKOMMISSION, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Stand am 22.5.2017, BBl 2017, 4543. S. auch die begleitenden Erläuterungen vom 12.6.2017.

sammenhang mit mehrseitigen Märkten oder bei Einkaufsgemeinschaften. Die Folge ist nicht etwa Unerheblichkeit, sondern die Notwendigkeit einer Erheblichkeitsprüfung nach qualitativen und quantitativen Aspekten. Von grösster Bedeutung ist die vom Bundesgericht bestätigte Möglichkeit, erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auch nach Widerlegung der Vermutungen mit einer direkten Sanktion zu belegen. Ein gegenteiliger Entscheid hätte die Wirksamkeit des Kartellgesetzes schwer beschädigt.

Résumé

Les comportements qui tombent sous le coup de la présomption d'élimination d'une concurrence efficace conformément à l'art. 5 par. 3 et 4 LCart sont en principe considérés (après renversement de la présomption) comme des affectations notables à la concurrence. L'arrêt Gaba du Tribunal fédéral donne de nouveaux contours à l'interdiction des accords nuisibles en matière de concurrence: en règle générale, l'examen de la dimension quantitative n'est pas nécessaire pour de tels comportements dangereux. La fonction de contrôle des comportements par le droit de la concurrence en est renforcée, et la revalorisation de la justification d'efficience en intensifie les fondements économiques. Le Tribunal fédéral rapproche encore plus le droit de la concurrence suisse du droit européen, tout en soulignant les spécificités, par exemple dans la lutte contre les pratiques de cloisonnement du marché. Une exception au principe de notabilité devrait être faite dans les cas où il n'y a pas de collusion typiquement dommageable, par exemple dans le contexte de marchés multilatéraux ou de groupements d'achats. La conséquence n'est pas l'absence de notabilité, mais la nécessité d'un contrôle de la notabilité basé sur des aspects qualitatifs et quantitatifs. La confirmation par le Tribunal fédéral de la possibilité de sanctionner directement des affectations notables à la concurrence, après renversement de la présomption, est d'une importance primordiale. Une décision contraire aurait gravement compromis l'efficacité de la loi sur les cartels.