

IDÉ

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

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

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

**Grundlegende Fragen
Questions fondamentales**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

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

www.growthpublisher-law.ch

Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba

Peter Jung

I. Einführung

Über die Funktion und den Inhalt des in Art. 5 Abs. 1 KG enthaltenen Kriteriums der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird seit vielen Jahren intensiv und heftig gestritten. Das gilt in besonderem Masse für Abreden, die zwar unter einen der Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG fallen (sog. Kernbeschränkungen oder harte Wettbewerbsabreden), aber dennoch nicht den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Hierzu hat entscheidend auch das über mehr als zehn Jahre geführte Verfahren in Sachen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH beigetragen. In ihm ging es um eine vor allem die bekannte Zahnpasta Elmex rot betreffende absolute Gebietsabrede¹. Die Fallkonstellation war typisch und hatte wegen der starken Betroffenheit der Schweiz von Gebietsabschottungen einerseits² und der regelmässigen Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG andererseits³ eine erhebliche praktische Bedeutung⁴. Auch die politische Dimension des Falles war gross, nachdem die seit 2008 erwogene Kartellrechtsrevision⁵ im September 2014 vorerst gescheitert war⁶ und seither verschiedene parlamentarische Initiativen⁷ zum Kampf

1 Zum Sachverhalt und Verfahren siehe näher unter C. I.

2 Siehe dazu etwa im Zusammenhang mit der Einführung des geltenden Art. 5 Abs. 4 KG das Votum RAGGENBASS, AB 2002 N 1436; siehe ferner die Motion (Birrer-Heimo) vom 30.9.2011 „Kartellgesetzrevision gegen unzulässige Preisdifferenzierungen“ (11.3984) sowie HIRSBRUNNER, SJZ 113 (2017), 329 ff. und die weiteren Nachweise in Fn. 7.

3 Siehe dazu die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBI 2012, 3905, 3919 und 3926 f.; in der Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBI 1995 I, 468, 517, wurde hingegen noch „in aller Regel“ von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch harte horizontale Abreden ausgegangen.

4 Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage wird auch daran deutlich, dass die gerichtlichen Entscheidungen in Sachen Gaba jeweils in Fünferbesetzungen gefasst wurden (vgl. Art. 21 Abs. 2 VGG bzw. Art. 20 Abs. 2 S. 1 BGG).

5 Siehe dazu insbesondere die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBI 2012, 3905 ff., sowie den Revisionsentwurf BBI 2012, 3989 ff.

6 Der Nationalrat beschloss am 17. September 2014 mit 99 zu 80 Stimmen bei 12 Enthaltungen das zweite Nichteintreten auf die Revisionsvorlage (AB 2014 N 1563).

7 Motion (Sozialdemokratische Fraktion) vom 24.9.2014 „Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz. Entschlackte Kartellgesetzrevision“ (14.3780); Parlamentarische Initiative (Altherr) vom 25.9.2014 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ (14.449); Standesinitiative SH vom 22.12.2015 „Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz“ (16.301); Parlamentarische Initiative (De Buman) vom 18.3.2016 „Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz“ (16.420).

gegen eine sog. Hochpreisinsel⁸ Schweiz ergriffen wurden. Kartellpolitisch ging es für die einen um den Kampf für ein effektives und international anschlussfähiges Schweizer Kartellrecht⁹ und für die anderen darum, eine effizienzschädliche Stigmatisierung von Vertikalabreden zu vermeiden¹⁰. Zur Debatte standen zudem der Grad der EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellrechts¹¹ sowie der Stellenwert von ökonomischen Theorien und Marktanalysen¹². In rechtsdogmatischer Hinsicht ging es um das Verhältnis der Vermutungen von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG zum Grundtatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG¹³ sowie um die bestmögliche Verortung der Einzelfallprüfung im schweizerischen Kartellrecht¹⁴.

II. Bisherige Unklarheiten über Funktion, Handhabung und Inhalt des Erheblichkeitskriteriums

1. Vielfalt der Meinungen

Bis zur Entscheidung des Bundesgerichts im Fall Gaba/Gebro herrschte eine erhebliche Unsicherheit über Funktion, Inhalt und Handhabung des Kriteriums der Erheblichkeit. Funktional wurde die Erheblichkeit teilweise als verfahrensmässige Aufgreifschwelle¹⁵ und teilweise als materielles Unzulässigkeitserfordernis¹⁶ betrachtet. Nach der ersten Ansicht sollte es nur um eine grobe Ausgrenzung reiner Bagatellfälle mittels eigenständiger und die materielle Prüfung nicht vorwegnehmender Kriterien gehen¹⁷. Die Anhänger der zweiten Ansicht wollten hingegen nur die hinreichend schädlichen Fälle erfassen und nahmen hierzu eine umfassende Analyse der konkreten Abredewirkungen vor, wozu sie der Prüfung wirksamen Restwettbewerbs entspre-

8 In den Gaba/Gebro-Entscheidungen findet sich das politische Schlagwort der Hochpreisinsel Schweiz freilich nicht.

9 BALDI, AJP 2016, 315, 320.

10 Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG vom 5.12.2008, Bern 2008, S. XVII f.

11 Für die Praxis grundlegend BGE 139 I 72 E. 8.2.3 (zu Art. 7 KG); ferner STURNY, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2014; generell zum Argument der EU-Kompatibilität im Schweizer Privatrecht JUNG, ZSR 2010, 513 ff.

12 Vgl. dazu BGER 2C_180/2014 (Gaba/WWEKO), E. 5.2.1, E. 6.2.1 und 6.2.2 einerseits sowie RAASS, sic! 2004, 91 I, 916 f. und GIGER, sic! 2010, 859, 868 f. andererseits.

13 Dazu näher im Text bei Fn. 60 ff. und Fn. 137 ff.

14 Dazu etwa BALDI, AJP 2016, 315 und BALDI/SCHRANER, SJZ 110 (2014), 501, 510 f.

15 STRAUB, AJP 2016, 559, 560 ff.; BALDI/SCHRANER, SJZ 110 (2014), 501, 511 mit Fn. 61; BALDI, AJP 2016, 315, 320; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 397; differenzierend und nur für die quantitative Erheblichkeit STOFFEL, SIWR V/2, S. 97.

16 Siehe etwa BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6; CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 121 ff. sowie insbesondere N 138 f. und N 144; OFK-BORER, Art. 5 KG N 19; differenzierend und nur für die qualitative Erheblichkeit (im materiellen Sinn) STOFFEL, SIWR V/2, S. 97.

17 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. I.1.3.3; BALDI, AJP 2016, 315, 320.

chende Kriterien qualitativer und quantitativer Art heranzogen und insbesondere auf die Marktmacht der Beteiligten abstellten¹⁸.

Auch über den Inhalt der durchgängig verwendeten Adjektive qualitativ und quantitativ herrschte keine Einigkeit. So sollte sich das qualitative Element auf den Inhalt der Abrede beziehen, worunter dann ganz überwiegend die betroffenen Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Qualität, Leistungsbedingungen, Beschaffung, Absatzkanäle etc.) und deren Bedeutung auf dem relevanten Markt¹⁹ und nur vereinzelt eine Abweichung der Abrede vom dispositiven Vertragsrecht²⁰ verstanden wurden. In quantitativer Hinsicht wurden teilweise allein die Grösse des Gefährdungspotentials (Marktanteile, Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie der Stellung der Marktgegenseite), teilweise aber auch Auswirkungs- (Kausalität zwischen Abrede und Beeinträchtigung²¹, Grad der Marktbetroffenheit²²) und Umsetzungserfordernisse (tatsächliche Durchsetzung und Einhaltung der Abrede²³) geprüft. Dabei wurde hinsichtlich der Auswirkungen einerseits auf die Konsequenzen für den Wettbewerbsprozess bzw. die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfunktionen (Grad der Verringerung des Wettbewerbsdrucks und dabei Berücksichtigung vor allem der Marktanteile und des potentiellen Wettbewerbs²⁴) und andererseits auf die volkswirtschaftliche bzw. soziale Bedeutung der schädlichen Wirkungen (Marktabdeckung²⁵ aufgrund der Anzahl, der Marktanteile und der Umsätze der Beteiligten²⁶; Steigerungsrate der Einstands- bzw. Endverkaufspreise; Ausmass der Kartellrente)²⁷ abgestellt.

Im Hinblick auf die methodische Handhabung des Erheblichkeitskriteriums wurde zum einen eine gesonderte Prüfung von sog. qualitativen und quantitativen Kriterien auf ihre jeweilige Erheblichkeit hin befürwortet (sog. Doppelprüfung bzw. double

18 Siehe insbesondere RAASS, sic! 2004, 911, 914 f., wonach schädliche Auswirkungen nur dann vorstellbar seien bzw. Preissteigerungen, Innovationsverzögerungen etc. durch Abreden nur dann „gelingen“ könnten, wenn die Beteiligten diese am Markt auch durchsetzen könnten, was Marktmacht bedinge; ferner CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 191 f.; SCHNEIDER, sic! 2016, 319, 327 ff.; vermittelnd und keine Marktmacht, sondern lediglich nicht unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb voraussetzend OFK-BORER, Art. 5 KG N 19 f.

19 STOFFEL, SIWR V/2, S. 95 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 186 f.

20 BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 190; krit. CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 136.

21 Siehe dazu etwa BVGer B-8399/2010 i. S. Siegenia-Aubi AG, E. 5.3.1.1.38, E. 5.3.2.6 ff., E. 5.4.23, E. 5.4.26, E. 6.1.2 f., E. 6.3.30 und E. 6.4.2 und GIGER, sic! 2010, 859, 871.

22 BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 230.

23 Siehe zuletzt etwa BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.2 und BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6.4.4.

24 BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 99.

25 Zu diesem Begriff BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner, Rz. 364 unter Hinweis auf STRAUB, AJP 2016, 559, 574.

26 SCHNEIDER, sic! 2016, 319, 328.

27 Siehe dazu nur die Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/I, 65, Rz. 310 ff.

notabilité²⁸), während die WEKO²⁹, das Bundesverwaltungsgericht³⁰ und die h. L.³¹ die Erheblichkeit als einheitlichen Typusbegriff betrachteten, dessen qualitative und quantitative Merkmale in einem „beweglichen System“³² abstufbar und kompensierbar sein und gesamthaft betrachtet werden sollten³³. In diesem dann auch vom Bundesgericht³⁴ als ein System kommunizierender Röhren bezeichneten einheitlichen Merkmalsgefüge kann insbesondere das bei Kernbeschränkungen stark ausgeprägte qualitative Element ein allenfalls schwach ausgeprägtes quantitatives Element derart kompensieren, dass die Erheblichkeit per se³⁵, grundsätzlich³⁶, in der Regel³⁷ bzw. vorbehaltlich von Bagatellfällen³⁸ allein aufgrund des Vorliegens einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG angenommen werden kann und die Prüfung quantitativer Kriterien zumindest in einem Fall wie Gaba überflüssig wird³⁹. Methodisch wurde im Falle von Kernbeschränkungen, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, teilweise auch von einer widerleglichen Vermutung der Erheblichkeit ausgegangen⁴⁰ oder gar ein Erst-recht-Schluss (*argumentum a maiore ad minus*) von der Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG auf die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG gezogen⁴¹. Teilweise wurde bei Kernbeschränkungen aber auch angenommen, dass die Kriterien für die Prüfung der Er-

28 BVGer B-5685/2012 i. S. Altimur SA, E. 6.3; CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 139; CARON/KRAUSKOPF, Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 7 ff.

29 Ziff. 12 (1) WEKO-VertBek 2010 (Stand 28. Juni 2010); jetzt Ziff. 12 (1) lit. b WEKO-VertBek 2010 (Stand 22. Mai 2017).

30 So insbesondere nach Erlass des Urteils des Bundesgerichts im Fall Gaba/Gebro BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.5.2 a.E; BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner, Rz. 348 f.

31 BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 176 f.; BALDI, AJP 2016, 315, 319; STRAUB, AJP 2016, 559, 567 f.; krit. CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 139.

32 So eine andere durch die Rektoratsrede Walter Wilburgs geprägte Bezeichnung (WILBURG, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950).

33 Siehe zu einer vor diesem Hintergrund möglichen „Erheblichkeitsmatrix“ STRAUB, AJP 2016, 559, 576 ff. und 579 (aufgenommen in BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner, Rz. 378).

34 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.2.

35 So sehr weit gehend Ziff. 10 Abs. 3 und Ziff. 12 der WEKO-VertBek 2007; krit. dazu Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG vom 5.12.2008, Bern 2008, S. 78.

36 So Ziff. 3 der WEKO-VertBek 2002 und das BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8 und E. 11.2.4; vgl. später auch BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.5, E. 5.3.2 und E. 5.6.

37 So die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 566; vgl. später auch BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.3 und E. 5.2.5.

38 So ausdrücklich Mitglieder der Zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in der öffentlichen Beratung der Rechtssache 2C_180/2014 (Gaba/WEKO) am 28.6.2016.

39 So prüfte das BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.2.4, quantitative Kriterien nur „der Vollständigkeit halber“; in BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO) unterblieb die Erörterung quantitativer Kriterien vollständig (vgl. E. 5).

40 Ziff. 3 der WEKO-VertBek 2002.

41 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8; sehr vorsichtig BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung), E. 5.2.2: „Umso eher ... in aller Regel ..., sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft“.

heblichkeit dieselben seien wie diejenigen bei der Widerlegung der Beseitigungsvermutung und dass im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG nur quantitativ geringere Anforderungen zu stellen seien⁴².

2. Unklarheiten bei der Auslegung

a) Wörtliche Auslegung

Von „*erheblich*“ und „*beeinträchtigen*“ spricht das Kartellgesetz allein in Art. 5 Abs. 1. Dabei sind die Worte „*erheblich*“, „*notable*“ und „*notevolmente*“ nicht nur im allgemeinen Sprachgebrauch mehrdeutig. Sie werden auch vom schweizerischen Gesetzgeber mit unterschiedlicher Funktion verwendet. So soll etwa mit dem Wort „*erheblich*“, „*notable*“ bzw. „*notevole/notevolmente*“ in Art. 197 Abs. 1 OR (erhebliche Minderung des Werts bzw. der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch) eine Bagatellschwelle bzw. eine niedrige Erheblichkeitsschwelle errichtet werden. Anders verhält es sich etwa in Art. 368 Abs. 1 OR (Wandelung nur bei erheblichen⁴³ Werkmängeln) oder in Art. 8 UWG (Unlauterkeit von AGB nur bei einem erheblichen Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien), wo für die als besonders einschneidend erachteten Rechtsfolgen eine Wesentlichkeitsschwelle als hohe Erheblichkeitsschwelle errichtet wird. Insofern kann man das Wort „*erheblich*“ im Vergleich etwa zu „*spürbar*“ oder „*notable*“ als Indiz für erhöhte Anforderungen betrachten⁴⁴, muss dies aber nicht⁴⁵. Unspezifisch sind die Worte zudem, wenn es um die Bestimmung einer genauen qualitativen und/oder quantitativen Schwelle der Wettbewerbsbeeinträchtigung geht.

b) Systematische Auslegung

Wenig eindeutig ist auch die Systematik des Gesetzes. Neben dem Verhältnis von Art. 5 KG zu anderen Normen innerhalb und ausserhalb des KG geht es dabei auch um das Verhältnis der verschiedenen Absätze von Art. 5 KG zueinander. Von Bedeutung für die Auslegung von Art. 5 KG ist zunächst Art. 96 Abs. 1 BV, wonach der

42 CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 140 ff.

43 In der französischen und italienischen Gesetzesfassung findet sich hier freilich nicht das Wort „*notable*“ bzw. „*notevole*“.

44 Vgl. dazu für den allgemeinen Sprachgebrauch HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 10.

45 Nach BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.1, soll sich insbesondere aus den romanischen Begriffsäquivalenten „*notable*“ und „*notevolmente*“ für Art. 5 Abs. 1 KG ergeben, „*dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend ist*“; nach HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 58 f. et passim ist das sich nur auf das Schädlichkeitspotenzial beziehende Erheblichkeitskriterium als Bagatellschwelle zu verstehen; zur Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs auch L. M. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Mai 2016, Rz. 18.

Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen erlässt. Es handelt sich bei dieser Vorschrift nicht allein um eine Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes, sondern auch um eine verfassungsrechtliche Zielnorm⁴⁶. Diese ist jedoch so weit gefasst, dass *de lege ferenda* auch ein per se-Verbot von harten Kartellabreden verfassungsrechtlich zulässig wäre⁴⁷. Ausserdem ergibt sich aus Art. 96 Abs. 1 BV wie auch aus Art. 1 KG nur das Erfordernis von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen. Nicht Kartelle an sich, sondern nur deren schädliche Auswirkungen sind vom Gesetzgeber zu bekämpfen⁴⁸. Offen bleibt, ob die Schädlichkeit allein durch tatsächliche schädliche Wirkungen auf den Wettbewerb bzw. den Markt oder auch aufgrund des Inhalts einer Abrede bejaht werden kann⁴⁹ und ob entsprechende Wirkungen bereits auf Ebene der Erheblichkeit oder erst auf Ebene der Rechtfertigung zu prüfen sind⁵⁰. Teilweise wird bei Kernbeschränkungen auch deren abstraktes Schädlichkeitspotenzial⁵¹ bzw. das durch sie beförderte kartellfreundliche Klima⁵² als volkswirtschaftlich bzw. sozial hinreichend schädliche Auswirkung der Abrede betrachtet.

Unklar ist auch, welche Schlüsse aus den unterschiedlichen Formulierungen in der Definitionsnorm von Art. 4 Abs. 1 KG („*Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*“) und in der Tatbestandsnorm von Art. 5 Abs. 1 KG („*den Wettbewerb . . . erheblich beeinträchtigen*“) zu ziehen sind. Dem EU-Recht ist die Fragestellung fremd, weil im Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich auf die Beeinträchtigungseignung bzw. alternativ auf „*bezwecken oder bewirken*“ abgestellt wird. Obwohl das Wort „*beeinträchtigen*“ in Art. 5 Abs. 1 KG eher für ein Erfordernis tatsächlicher Auswirkungen spricht⁵³, könnte es mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 KG auch als Oberbegriff von „*bezwecken oder bewirken*“ angesehen werden. Vorgeschlagen wurde schliesslich, innerhalb der Wendung von Art. 5 Abs. 1 KG klar zwischen Schädlichkeitspotenzial („*erheblich*“) und Schädigungspostulat („*beeinträchtigen*“) zu unterscheiden⁵⁴. Einig ist man sich jedenfalls, dass das Bezwecken einer Wettbewerbsbe-

46 RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 600; SGK-JACOBS, Art. 96 BV N 15 ff.

47 Siehe dazu näher RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 603 und 605 („*Mit anderen Worten ergibt sich aus der Bundesverfassung kein per se-Verbot für kartellrechtliche per se-Tatbestände*“).

48 RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 601.

49 So kann etwa nach HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 46 und 60 ff., die blossе Vereinbarung von Abreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als sozial schädlich angesehen werden.

50 Vgl. dazu jetzt auch BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.5 (nur das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG müsse der Zielvorgabe von Art. 96 Abs. 1 BV genügen); so auch schon BALDI, AJP 2016, 315, 322.

51 So z. B. WEKO i. S. Volkswagen-Vertriebssystem, RPW 2000/2, 196, Rz. 50 – obiter.

52 So z. B. HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 46 ff.; jetzt auch BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.4.2.

53 So etwa auch CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 20 f.

54 So HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 57 ff. et passim.

schränkung rein objektiv zu verstehen ist und mithin kein subjektives Element (Vorsatz, Absicht), sondern lediglich einen entsprechenden Inhalt der Abrede erfordert.

Aus der Tatsache, dass die Verordnungs- und Bekanntmachungsermächtigung von Art. 6 KG generell und insbesondere der Tatbestand von Art. 6 Abs. 1 lit. e KG, der das Erfordernis einer beschränkten Marktwirkung aufstellt, nur die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz betreffen, kann abgeleitet werden, dass die vertiefte Prüfung eines Falls und insbesondere die Prüfung von Marktwirkungen erst auf Ebene der Rechtfertigung erfolgen sollen⁵⁵. Ausserdem geht Ziff. 3 Abs. 2 der KMU-Bekanntmachung von 2005 bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nicht von einer beschränkten Marktwirkung aus. Auch die Unerheblichkeitsvermutung bei ausschliesslicher Beteiligung von Kleinstunternehmen kommt im Falle von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nicht zum Tragen⁵⁶. Insofern kann man die von der Vertikalbekanntmachung 2010⁵⁷ allerdings verdrängte und die Gerichte ohnehin nicht bindende KMU-Bekanntmachung von 2005 als ein Indiz für die Entbehrlichkeit quantitativer Erheblichkeitskriterien im Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG ansehen⁵⁸.

Da bei Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, die den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung eine Voraussetzung der strafrechtsähnlichen Direktsanktionierung nach Art. 49a KG bildet, muss dieses Kriterium zumindest insoweit dem Bestimmtheitserfordernis gerecht werden⁵⁹. Die Annahme einer per se-Erheblichkeit von Kernbeschränkungen würde das Bestimmtheitsgebot zwar zweifellos erfüllen, doch zugleich die Frage aufwerfen, ob ein im Tatbestand einer strafrechtsähnlich bewehrten Norm enthaltenes Tatbestandsmerkmal mit seinem einschränkend gedachten Inhalt durch seine per se-Annahme einfach ignoriert werden kann. Betrachtet man zudem Art. 49a Abs. 3 lit. a bzw. lit. b KG, wird deutlich, dass zumindest für die Direktsanktionierung einer Abrede deren Wirkungsentfaltung bzw. Ausübung vorausgesetzt werden.

Von besonderem Interesse ist schliesslich innerhalb von Art. 5 KG das systematische Verhältnis der allgemeinen Tatbestandsnorm von Absatz 1 zu den Vermutungstatbeständen der Absätze 3 und 4. Klar ist zunächst, dass in Absatz 1 die unzulässigen Wettbewerbsabreden generell umschrieben werden und dass die zweite Tatbestandsvariante von Absatz 1, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, durch die Vermutungstatbestände der Absätze 3 und 4 konkretisiert wird. Unklar ist jedoch, was

55 So jetzt das BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.4.

56 Ziff. 5 der KMU-Bekanntmachung vom 19. Dezember 2005 (BBl 2006, 883).

57 Ziff. 9 (2) der WEKO-VertBek 2010 (Stand 22.5.2017).

58 CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 188 halten die KMU-Bekanntmachung insoweit allerdings durch neuere volkswirtschaftliche Erkenntnisse für inhaltlich überholt.

59 Siehe nur BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 9.3; BVGer B-506/2010 i.S. Gaba International AG, E. 14.2.4.

aus der Widerlegung einer einschlägigen Vermutung für die andere Tatbestandsvariante von Absatz 1, die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, folgt. Das Meinungsspektrum reicht hier von der rein qualitativ begründeten per se-Erheblichkeit der inhaltlich unter einen Vermutungstatbestand fallenden Abreden⁶⁰ über die widerlegliche Vermutung der Erheblichkeit bzw. einen blossen Bagatellvorbehalt⁶¹ bis hin zu einem Umsetzungsanforderungs⁶² oder gar einer gesonderten Prüfung auch quantitativ erheblicher Beeinträchtigungen im Einzelfall⁶³.

c) *Historische Auslegung*

Klarer als Wortlaut und Systematik des Gesetzes ist allerdings der Wille des schweizerischen Kartellgesetzgebers⁶⁴. So ist bereits in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 ausdrücklich von der Errichtung einer blossen Bagatellschwelle in Art. 5 Abs. 1 KG die Rede⁶⁵. Auch einem möglichen systematischen Widerspruch zwischen dem als blosser Bagatellschwelle verstandenen Erheblichkeitskriterium und dem nach Art. 1 KG generell bestehenden Erfordernis von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen einer Abrede begegnet der Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995 mit der Unterscheidung zwischen Erheblichkeits- und Schädlichkeitsprüfung, wobei die Schädlichkeit bei einer bloss erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs eine Frage der Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz sei⁶⁶. An anderer Stelle wird zudem von einem Stufenverhältnis zwischen unerheblichen, erheblichen und den wirksamen Wettbewerb beseitigenden Abreden ausgegangen⁶⁷. Die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG (später dann auch von Art. 5 Abs. 4 KG) sollen laut Botschaft der Effizienz der Rechtsanwendung dienen⁶⁸. Bei Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG sei in der Regel auch eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben⁶⁹. Von Marktanteilsschwellen oder konkreten Auswirkungen der Abrede ist in der Botschaft hingegen keine Rede.

60 So Ziff. 10 (3) der WEKO-VertBek 2007; in der Sache (trotz der Hinzufügung des Wortes „grundsätzlich“) auch BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8 und E. 11.2.4 (Prüfung quantitativer Kriterien nur „der Vollständigkeit halber“).

61 So Mitglieder der Zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in der öffentlichen Beratung der Rechtssache 2C_180/2014 (Gaba) am 28.6.2016.

62 So zumindest für den Fall der Direktsanktionierung BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.2.1.

63 BVGer B-8399/2010 i. S. Siegenia-Aubi AG E. 6.1.3 et passim (Nachweis der erheblichen Beeinträchtigung im Einzelfall); BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6.3 („double notabilité“).

64 Dazu auch ZURKINDEN, Erheblichkeit, S. 42.

65 BBl 1995 I, 468, 554: „Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen.“

66 BBl 1995 I, 468, 554 f.

67 BBl 1995 I, 468, 516 und 553.

68 BBl 1995 I, 468, 517.

69 BBl 1995 I, 468, 565 f.

Ähnliches gilt für die Äusserungen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Revision des Kartellgesetzes von 2003, mit der auch für vertikale Abreden Vermutungstatbestände geschaffen (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie Direktsanktionen bei Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG ermöglicht (Art. 49a KG) wurden. Ausweislich der in ihren Aussagen noch allein auf horizontale Abreden⁷⁰ bezogenen Botschaft vom 7. November 2001 sollte die Direktsanktionierung auf „*die krasssten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen*“, bei denen die Tragweite des Verhaltens einem beteiligten Unternehmen ex ante „*ohne weiteres erkennbar*“ sei, limitiert werden⁷¹. Zwar wollte der Bundesrat noch auf ein „*faktisches Per-se-Verbot*“ der „*umstrittenen*“ Vertikalabreden verzichten⁷², doch wurde ein solches Verbot dann in den parlamentarischen Beratungen eingefügt. Die Nationalräte nahmen zur Begründung auf die seinerzeit geltende Vertikalbekanntmachung der WEKO von 2002⁷³ und auf die gewünschte Parallele zum Recht der damaligen Europäischen Gemeinschaft⁷⁴ Bezug. In jedem Fall müssten Abreden, welche einen absoluten Gebietsschutz begründeten, unzulässig sein⁷⁵.

d) Teleologische Auslegung

Zur Unsicherheit betreffend das Erheblichkeitskriterium tragen auch die Teleologie des Kartellgesetzes, der Vermutungstatbestände und der Erheblichkeitsschwelle selbst bei. So dient das Kartellgesetz sowohl dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Institutionenschutz) wie dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit der einzelnen Wettbewerbs Teilnehmer (Individualschutz)⁷⁶. Stellt man stärker oder gar ausschliesslich auf den Institutionenschutz und damit auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse und die Bedeutung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Wirkungen ab, spricht dies

70 Im Revisionsentwurf des Bundesrates waren noch keine Vermutungstatbestände betreffend vertikale Abreden (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG) enthalten.

71 BBl 2002 I, 2022, 2041.

72 BBl 2002 I, 2022, 2033 und 2041.

73 Siehe dazu die Voten von Nationalrätin und Kommissionssprecherin HILDEGARD FÄSSLER (AB N 2002, 1440), der Nationalrätin LUCREZIA MEIER-SCHATZ (AB N 2002, 1295) sowie der Bundesräte PASCAL COUCHEPIN (AB N 2002, 1298) und JOSEPH DEISS (AB S 2003, 323).

74 Siehe dazu das Votum von Nationalrat FRITZ SCHIESSER (AB N 2003, 329, 330: „*Unser Grundsatz war: Gleich scharfe Regelungen, aber nicht schärfere Regelungen als die Europäische Union. ... und man kann im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurückgreifen, was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat.*“).

75 Siehe dazu die Voten von Nationalrat FRITZ SCHIESSER (AB N 2003, 329: „*Die Mehrheit zielt auf den absoluten Gebietsschutz ab.*“) und von Nationalrat ROLF BÜTTIKER (AB N 2003, 330: „*Unzulässig wird nur der so genannte absolute Gebietsschutz. Da sind wir uns einig, das muss man verbieten, das muss man mit diesem Gesetz verhindern.*“).

76 BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung), E. 5.2.1; BVGer B-581/2012 i.S. Nikon AG, E. 7.5.4 a.E.; zu diesen Konzepten und ihren Auswirkungen auf die Auslegung des Erheblichkeitskriteriums näher CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 124 ff. und ZÄCH/KÜNZLER, FG zum Schweizer Juristentag 2006, S. 291 ff.

eher für eine Prüfung quantitativer Kriterien sowie zumindest für Umsetzungs- und Auswirkungserfordernisse⁷⁷. Umgekehrt werden die Anhänger einer stärker auf den Schutz der individuellen Wirtschaftsfreiheit bezogenen Kartellrechtsanwendung derartigen Einschränkungen skeptisch gegenüberstehen⁷⁸. Daher wird von ihnen die nach Art. 96 Abs. 1 BV gebotene und nach Art. 1 KG unmittelbar bezweckte Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Wettbewerbsbeschränkungen auch vielfach nur als Mittel des Wettbewerbsschutzes als dem eigentlichen (End-)Zweck betrachtet.

Im Gegensatz zum Zweck des Kartellgesetzes insgesamt ist der Zweck der Vermutungstatbestände klar: Sie sollen besonders schwerwiegende Abreden identifizieren, die im Falle einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs per se unzulässig sind, und zudem durch die eingreifende Beseitigungsvermutung die Rechtsanwendung erleichtern und effizienter gestalten sowie – insbesondere auch im Hinblick auf die Direktsanktionierung – zur Rechtssicherheit beitragen⁷⁹. Umstritten ist jedoch, ob diese Zwecksetzung im Falle der Widerlegung der Vermutung noch fortlebt und sich auf die Erheblichkeitsprüfung dahin gehend auswirkt, dass eine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG per se, grundsätzlich oder zumindest vermuthungsweise als erheblich zu qualifizieren ist⁸⁰.

Insbesondere ist schliesslich der Zweck der Erheblichkeitsschwelle selbst umstritten. So geht es für die einen um eine materielle Einschränkung des Tatbestandes der ersten Variante von Art. 5 Abs. 1 KG, mit deren Hilfe gerade auch bei Vertikalabreden nur die den Wettbewerb tatsächlich und erwiesenermassen schwerwiegend beeinträchtigenden Abreden direktsanktioniert werden sollen⁸¹. Die anderen betrachten die Erheblichkeit als blosser Aufgreifschwelle, aufgrund der nur die als „*untersuchungs-*

77 A. A. allerdings jetzt BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.4 (Schutzobjekt sei der wirksame Wettbewerb, sodass die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Vordergrund stehe.).

78 Vgl. auch BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung), E. 5.2.1 und ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 397; nach STOFFEL, SIWR V/2, S. 97 soll das quantitative Kriterium (offenbar auch in Anlehnung an Differenzierungen des Kartellgesetzes von 1985) im Kartellzivilrecht sogar überhaupt keine Bedeutung haben, weil es insoweit nicht auf die volkswirtschaftliche oder soziale, sondern die individuelle Schädlichkeit ankomme.

79 Siehe nur Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 517.

80 Bejahend etwa BVGer B-506/2010 i.S. Gaba International AG, E. 11.1.8 (argumentum a maiore ad minus); jetzt auch BGer 2C_180/2014, E. 5.2.4 („Aus diesen Gründen ist es naheliegend, dass vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben sollen. Gleichzeitig wird damit im Übrigen auch Rechtssicherheit gewonnen.“).

81 AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 121 ff. sowie insbesondere N 138 f. und N 144; ZIMMERLI, DRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 17; SCHNEIDER, sic! 2016, 319, 327 ff.

würdig⁸² angesehenen Fälle von der WEKO (und später den Gerichten) näher betrachtet werden sollen⁸².

III. Schwankende Praxis

Die erwähnten Unsicherheiten und Kontroversen führten zu einer schwankenden Praxis im Umgang mit dem Erheblichkeitskriterium insbesondere bei harten Wettbewerbsabreden. Ging die Vertikalbekanntmachung der WEKO aus dem Jahre 2002 noch von einer lediglich grundsätzlichen Erheblichkeit der harten Wettbewerbsabreden aus (Ziff. 3 lit. a, lit. b), wurde in der Vertikalbekanntmachung von 2007 deren per se-Erheblichkeit angenommen (Ziff. 10 Abs. 3 sowie Ziff. 12 lit. a und lit. b). Bis zu ihrer durch die Gaba-Entscheidung des Bundesgerichts bedingten Revision vom 22. Mai 2017 postulierte die Vertikalbekanntmachung von 2010 hingegen eine per se-Erheblichkeit harter Abreden allein in qualitativer Hinsicht, sodass stets zusätzlich quantitative Kriterien – wenn auch mit geringeren Anforderungen⁸³ – zu prüfen waren⁸⁴. Das galt auch nach der durch das Gaba-Urteil überholten, bislang aber noch nicht angepassten KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015⁸⁵ für die in Ziff. 15 bis 19 aufgeführten qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigungen (Ziff. 14 Abs. 2 KFZ-Bek).

Das Bundesverwaltungsgericht entschied in unterschiedlichen Besetzungen ebenfalls uneinheitlich. So ging es in den Sachen Gaba⁸⁶, Gebro⁸⁷ und BMW⁸⁸ von der (faktischen) per se-Erheblichkeit einer absoluten Gebietsabrede aus, welche die Prüfung von quantitativen Kriterien eigentlich entbehrlich machen würde. In Sachen Altimum SA wurde hingegen bei einer vertikalen Preisabrede eine Doppelpfung qualitativer und quantitativer Kriterien vorgenommen⁸⁹. In den beiden Baubeschläge-Urteilen wurde die per se-Erheblichkeit einer horizontalen Preisabrede ebenfalls ausdrücklich verneint und jeweils für den Einzelfall der Kausalnachweis verlangt, „dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird“ und dass „Aus-

82 So insbesondere BALDI, AJP 2016, 315, 320; KÜNZLER, Effizienz, S. 347; vgl. auch die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 554.

83 Insbesondere fand die quantitative Bagatellschwelle bei harten Abreden keine Anwendung (Ziff. 13 Abs. 1 aVertBek 2010).

84 Zur wechselvollen Praxis der WEKO siehe etwa HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden, S. 271 ff.; BALDI/SCHRANER, SJZ 110 (2014), 501, 509 f.

85 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015, BBl 2015, 6048.

86 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. II.1.8.

87 BVGer B-463/2010 i. S. Gebro Pharma GmbH, E. II.1.4.

88 BVGer B-3332/2012 i. S. BMW, E. 9.1.4; dazu näher L. M. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Mai 2016.

89 BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6; dazu näher BALDI, AJP 2016, 315, 317 ff.

wirkungen von Absprachen auf dem Markt“ bestehen⁹⁰. Trotz einzelner Harmonisierungsversuche⁹¹ sowie auf Unterschiede im Sachverhalt und der Beweislage zielender Rechtfertigungsversuche⁹² stiess die bundesverwaltungsgerichtliche Praxis auf teils heftige Kritik⁹³. Hierzu trug auch bei, dass die Entscheidungen teilweise recht knapp begründet wurden und zumeist keine Auseinandersetzung mit (vermeintlich) abweichenden Entscheidungen stattfand⁹⁴.

C. Klärungen durch die Gaba-Entscheidung des Bundesgerichts

I. Sachverhalt und Verfahren

Zwischen der Gaba International AG und der österreichischen Lizenznehmerin Gebro Pharma GmbH bestand vom 1. Februar 1982 bis 1. September 2006 ein Lizenzvertrag, welcher unter Ziff. 3.2 folgende Vereinbarung enthielt: „*GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.*“⁹⁵ Das hiermit wechselseitig vereinbarte Verbot von Aktiv- und Passivverkäufen im jeweils anderen Gebiet (sog. absoluter Gebietsschutz) wurde mit einer neuen Vereinbarung vom 1. September 2006 auf ein blosses Verbot von Aktivverkäufen beschränkt. Die Gaba International AG hatte auf dem relevanten Schweizer Markt für Zahnpasta zwar keine beherrschende, aber doch eine marktmächtige Stellung inne⁹⁶.

90 BVGer B-8399/2010 i. S. Siegenia-Aubi AG, E. 6.1.3 sowie E. 5.3.1.1.38, E. 5.3.2.6 ff., E. 5.4.23, E. 5.4.26, E. 6.1.2, E. 6.3.30 und E. 6.4.2; ähnlich BVGer B-8430/2010 i. S. Paul Koch AG 6.3.2.10 et passim; für ein Kausalitätserfordernis auch GIGER, sic! 2010, 859, 871; krit. dazu hingegen BALDI/SCHRANER, AJP 2015, 269, 275 f.

91 HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 20 ff., versucht die unterschiedlichen Entscheidungsreihen insbesondere durch eine klare Trennung von Erheblichkeit (sie betreffe allein das Schädigungspotenzial der Abrede und sei etwa in Sachen Gaba/Gebro und BMW geprüft worden) und Beeinträchtigung (sie betreffe das besonders in den Baubeschläge-Urteilen thematisierte Verhältnis zwischen Abrede und Wettbewerbsbeschränkung bzw. die Frage, ob tatsächliche Auswirkungen der Abrede nachgewiesen werden müssten oder eine Eignung der Abrede zur Bewirkung von Wettbewerbsbeschränkungen ausreichend sei) in Einklang zu bringen; daran anknüpfend BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.5.5.

92 Zu Sachverhaltsunterschieden BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.5.5; speziell zur unterschiedlichen Beweislage BREITENMOSER, Jusletter vom 20. April 2015, Rz. 2.

93 C. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Februar 2015, Rz. 20 et passim („Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht mehr gewährleistet“); BALDI, AJP 2016, 315 („Zickzack-Kurs“); CARRON/KRAUSKOPF, Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 6 („Unschlüssiges Bundesverwaltungsgericht“).

94 Krit. insoweit HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 21; vgl. zur Begründungspraxis der WEKO auch ZURKINDEN, Erheblichkeit, S. 43; eine Ausnahme bildet aber zumindest die später ergangene Entscheidung BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.5.5.

95 Zitiert nach BGER 2C_180/2014 (Sachverhalt A.).

96 Siehe dazu die Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 66 und 271 ff.

Am 30. November 2005 stellte die Denner AG einen Antrag auf Vorabklärung durch das Sekretariat der WEKO gem. Art. 26 KG wegen des (angeblichen) Scheiterns von Versuchen, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt „Elmex rot“ direkt bei der Gebro Pharma GmbH zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren. Das Sekretariat der WEKO untersuchte den Fall daraufhin auf mögliche Verstösse gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG bzw. gegen Art. 7 KG.

Zur Begründung der ihrer Ansicht nach fehlenden Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung trugen Gaba und Gebro zunächst vor, dass die beanstandete Abrede nicht durchgesetzt bzw. nicht eingehalten worden sei. Es hätten insbesondere auch indirekte Importe aus Österreich durch den kleinen Detailhändler Spar stattgefunden⁹⁷. Angesichts eines herrschenden potenziellen Wettbewerbs hätte Gaba nicht über die erforderliche Marktmacht verfügt⁹⁸. Für allfällig feststellbare Beeinträchtigungen sei die Abrede jedenfalls nicht kausal gewesen. Die Be- bzw. Verhinderung von Parallelimporten habe vielmehr auf staatlichen Handelsbeschränkungen beruht⁹⁹. Es habe zudem die Möglichkeit von Parallelimporten aus Drittländern bestanden. Die von der Denner AG allenfalls geplanten Parallelimporte hätten wegen ihrer geringen Menge auch keinen Einfluss auf die Preispolitik von Wettbewerbern wie z. B. Coop und damit keine das Gesamtpreisniveau spürbar senkenden Wirkungen entfalten können¹⁰⁰. Das schweizerische Preisniveau beruhe auf erhöhten inländischen Vertriebskosten und verringere sich zudem bei einer kaufkraftbereinigten Betrachtung¹⁰¹.

Nach eingehender und umfassender Prüfung des Erheblichkeitskriteriums hielt die WEKO all diese Einwände für nicht stichhaltig und stellte in einer Entscheidung vom 30. November 2009 fest, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen der Gaba International AG und der Gebro Pharma GmbH eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt¹⁰². Zwar könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt in casu widerlegt werden, weil noch in geringem Umfang Intra- und vor allem noch Interbrand-Wettbewerb bestehe. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung sei jedoch nicht nur aufgrund der wesensmässigen besonderen Schädlichkeit von Gebietschutzklauseln qualitativ erheblich. Auch in quantitativer Hinsicht könne die Erheblichkeit aufgrund der Marktstellung und des Marktanteils der massgeblichen Zahnpasta Elmex rot, der Preisunterschiede zu Österreich und der spürbaren Auswirkungen auf

97 Referiert in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 312.

98 Referiert in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 270 ff.

99 Referiert in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 114 ff. und 320.

100 Referiert in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 314.

101 Referiert in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 314.

102 RPW 2010, 65 ff.

den Endpreis von Elmex rot in der Schweiz bejaht werden¹⁰³. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wurden die Gaba International AG und die Gebro Pharma GmbH mit einem Betrag von CHF 4'820'580.– bzw. CHF 10'000.– belastet.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Verfügung der WEKO in Sachen Gaba mit Urteil vom 19. Dezember 2013¹⁰⁴. In seiner Begründung ging es dabei noch deutlich über die WEKO-Verfügung hinaus, indem es die grundsätzliche (qualitative) Erheblichkeit einer unzulässigen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG „*a maiore ad minus*“ bejahte¹⁰⁵ und die quantitative Erheblichkeit nur „*der Vollständigkeit halber*“ prüfte¹⁰⁶.

II. Ausführungen des Bundesgerichts zum Erheblichkeitskriterium

Im Ergebnis folgt auch das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 28. Juni 2016 der WEKO-Verfügung und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. In der Methodik der Prüfung des Erheblichkeitskriteriums und in der Begründung weicht es jedoch teilweise von den Vorinstanzen ab. So geht es zwar ebenfalls von einer grundsätzlichen Prüfung qualitativer und quantitativer Elemente der Erheblichkeit aus, betont aber mit der eindeutigen Ablehnung der Lehre von den zwei Erheblichkeiten¹⁰⁷ stärker die Einheit des Kriteriums und die Kompensierbarkeit allenfalls fehlender quantitativer Elemente durch ein besonders stark ausgeprägtes qualitatives Element und umgekehrt, wie dies auch in einem System zweier kommunizierender Röhren der Fall sei¹⁰⁸. So sei insbesondere auch bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG das Erheblichkeitskriterium „*grundsätzlich*“¹⁰⁹ bzw. „*in der Regel*“¹¹⁰ allein aus qualitativen Gründen zu bejahen, sofern es wie zumeist wegen eines fortbestehenden wirksamen Wettbewerbs zur Widerlegung der Beseitigungsvermutung und damit zur Prüfung des Erheblichkeitskriteriums in Art. 5 Abs. 1 KG komme. Während Mitglie-

103 Siehe dazu näher die Angaben zur Marktstruktur und zu Endverkaufspreisdifferenzen in der Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 308 ff. i.V.m. 172 ff.

104 BVer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, RPW 2013/4, 750 ff.

105 BVer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8: „Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist *a maiore ad minus* grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“

106 BVer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.2.4.

107 Siehe zur sog. „*double notabilité*“ etwa BVer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6.3 und CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 138 f.

108 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.2.

109 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.5, E. 5.3.2 und E. 5.6.

110 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.3 und E. 5.2.5.

der der Zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in der öffentlichen Beratung die Erheblichkeit von Kernbeschränkungen noch ausdrücklich unter einen Bagatellvorbehalt stellten, ist hiervon in der am 21. April 2017 veröffentlichten Urteilsbegründung nicht mehr die Rede. Es wird auch sonst an keiner Stelle auch nur angedeutet, worin Ausnahmen von der grundsätzlich bzw. in der Regel gegebenen Erheblichkeit bestehen könnten. Da das Bundesgericht zudem die blosse Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügen lässt¹¹¹, keine Umsetzung¹¹² und keine volkswirtschaftliche¹¹³ oder auch nur sonstige tatsächliche¹¹⁴ Wirkung verlangt, keine ökonomischen Erwägungen anstellen¹¹⁵ und auch keine Marktabgrenzung im Bereich der Erheblichkeitsprüfung vornehmen¹¹⁶ möchte, fällt die Vorstellung solcher (Bagatell-)Ausnahmen auch ausgesprochen schwer. Hiermit nähert sich das Bundesgericht in der Sache dem Bundesverwaltungsgericht, das ebenfalls trotz der Beifügung des Wortes „grundsätzlich“ bereits faktisch von einer per se-Erheblichkeit von Kernbeschränkungen ausging und die quantitativen Elemente nur „der Vollständigkeit halber“ prüfte¹¹⁷. Im Unterschied zum Bundesverwaltungsgericht spart sich das Bundesgericht aber nicht nur konsequenterweise die Prüfung quantitativer Kriterien, es verzichtet auch auf das vom Bundesverwaltungsgericht bemühte *argumentum a maiore ad minus*. Begründet wird die grundsätzliche Erheblichkeit von Kernbeschränkungen stattdessen insbesondere mit den auch bereits vom Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten historischen Auslegungsargumenten und der EU-Kompatibilität des höchstrichterlichen Verständnisses des Erheblichkeitskriteriums. So sei es der Wille des Gesetzgebers von 2003 gewesen, die Versuche zur Marktabschottung zu unterbinden¹¹⁸ und eine mit dem damaligen EG-Recht kompatible Regelung einzuführen¹¹⁹. Die Einzelfallprüfung bleibe im Rahmen der Rechtfertigung möglich¹²⁰.

111 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.4.2.

112 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.4.2.

113 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.3.

114 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.4.2.

115 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 6.2.1 und E. 6.2.2.

116 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.5.

117 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8 und E. 11.2.4.

118 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 9.4.5; so auch schon BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8.

119 Das Bundesgericht entnimmt den Gesetzesmaterialien für vertikale Abreden einen statischen Verweis auf die Grundsätze des EU-Kartellrechts von 2003, sodass es nicht nur um ein ggf. zu ignorierendes rechtsvergleichendes Auslegungselement gehe, sondern um einen gesetzlichen Auftrag, materiell identische Ergebnisse mit dem EU-Kartellrecht herzustellen, sofern dieses nicht seit 2003 grundlegende Änderungen erfahren habe und keine schweizerischen Besonderheiten eine Abweichung geböten. So könnten etwa Abreden über einen absoluten Gebietsschutz für ein kleines Land wie die Schweiz sogar gravierendere Auswirkungen haben als für den vereinheitlichten EU-Binnenmarktraum (BGer 2C_180/2014 i. S. Gaba/WEKO, E. 6.2.3); vgl. zur EU-Kompatibilität einer grundsätzlichen Erheblichkeit der Abreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG BVGer B-506/2010> i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8.

120 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.3.2; so auch schon BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8.

D. Ein erheblicher Schritt im schweizerischen Kartellrecht

I. Ein Schritt in die richtige Richtung

Die bedeutsame Entscheidung des Bundesgerichts weist in die richtige Richtung¹²¹. Dem im Kartellgesetz nur unzureichend zum Ausdruck gekommenen¹²² Willen des historischen Gesetzgebers¹²³ wurde zum Durchbruch verholfen. Verständlich ist das Ziel, der Verwaltung und den Gerichten die Verfolgung und Behandlung von harten Wettbewerbsbeschränkungen durch eine Vereinfachung der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG zu erleichtern¹²⁴. Allzu sehr hatte man sich in der Vergangenheit selbst in „klaren“ Fällen unter dem Prüfpunkt „erhebliche Beeinträchtigung“ mit teils faden-scheinigen Einwänden herumzuschlagen¹²⁵. Insoweit ist nur darauf zu achten, dass der nun mögliche „quick look“ nicht zu einer übermässigen Bequemlichkeit verleitet und etwa die Prüfung des Abredetatbestandes, der Marktabgrenzung, sowie einer möglichen Rechtfertigung sorgfältig vorgenommen werden¹²⁶.

Sinnvoll ist es bei Kernbeschränkungen zudem, die Einzelfallerörterung einschliesslich einer vertieften Wirkungsanalyse auf die Prüfung der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) zu verlagern¹²⁷. Das führt nicht nur zu einer Entlastung der WEKO und der Gerichte, sondern ermöglicht anders als die grundsätzlich¹²⁸ statisch angelegte Erheblichkeitsprüfung auch eine dynamische Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse¹²⁹. Der Rechtfertigungstatbestand ist im Gesetz auch etwas klarer ausgeformt als das Erheblichkeitskriterium¹³⁰. Die Praxis wird künftig verstärkt Gelegenheit erhalten, sich vertiefter zu Fragen der Rechtfertigung zu äussern und deren Voraussetzungen zu konkretisieren.

121 Zustimmend auch BALDI, AJP 2017, 613 ff.; krit. hingegen KOBEL, Jusletter vom 19. Juni 2017, Rz. 37 ff.; ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 14 ff.

122 Siehe dazu oben unter B. II. 2.

123 Siehe dazu oben im Text bei Fn. 64 ff.

124 Siehe dazu etwa WALKER, Jusletter vom 10. Februar 2014, nach Rz. 37 unter C. III: „Bei Vorliegen solcher Kernbeschränkungen, die auch in der EU unzulässig sind, macht es schlicht keinen Sinn, ausgedehnte, Jahre dauernde Marktuntersuchungen unter Einholung von umfangreichen ökonomischen Gutachten anzustellen“.

125 Gerade auch die Fälle Gaba/Gebro und BMW bieten hierzu reiches Anschauungsmaterial (siehe dazu die Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 311 ff. und die Verfügung der WEKO vom 7.5.2012 i. S. BMW, RPW 2012/3, 540, Rz. 293 ff.

126 Das Bundesgericht betont in der Urteilsbegründung vielleicht etwas zu stark den Aspekt der Vereinfachung und Verwaltungsentlastung (E. 5.1.4; 5.2.1), kann sich dabei aber in der Sache auf den Willen des Gesetzgebers stützen (Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 554 ff.); krit. ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 18.

127 Dazu bereits BALDI, AJP 2016, 315, 319 f. und nunmehr auch DERS., AJP 2017, 613, 614 f.

128 Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung kann allerdings auch potenzieller Wettbewerb Berücksichtigung finden.

129 Dazu bereits BALDI, AJP 2016, 315, 322.

130 Dazu bereits L. M. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Mai 2016, Rz. 22.

Zustimmung verdient zudem der Verzicht des Bundesgerichts auf das Erfordernis einer statisch-quantitativen Marktmacht der Beteiligten¹³¹. Die Berücksichtigung von Marktanteilsschwellen erleichtert zwar die Handhabung und fördert die Rechtssicherheit¹³². Das Kriterium findet sich jedoch weder in Art. 5 Abs. 4 KG noch in Art. 5 Abs. 1 KG, sondern ausschliesslich in qualifizierter Form als Marktbeherrschung in Art. 7 KG¹³³. Auch in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 ist von ihm im Zusammenhang mit der Erheblichkeitsprüfung keine Rede¹³⁴. Mit dem Erfordernis von Marktmacht würde die Schwelle für ein Einschreiten der WEKO bei Vertikalabreden zudem sehr hoch angesetzt, womit diese im Vergleich zu den gesetzlich prinzipiell gleichgestellten Horizontalabreden, bei denen es zu einer Kumulation der Marktanteile der Beteiligten kommt, entgegen dem Willen des Gesetzgebers nur noch selten tatbestandsmässig wären. Damit käme es auch kaum noch zur Prüfung der Effizienzrechtfertigung, obwohl hier doch gerade bei Vertikalabreden ein Schwerpunkt liegen sollte (vgl. auch Art. 6 KG)¹³⁵.

In methodischer Hinsicht können das Bekenntnis des Bundesgerichts zu einer einheitlichen niedrigen Erheblichkeitsschwelle und der Rückgriff auf eine typologische Betrachtung abstufbarer und kompensierbarer qualitativer und quantitativer Elemente überzeugen¹³⁶. Richtig ist in diesem Zusammenhang auch der Verzicht auf den vom Bundesverwaltungsgericht¹³⁷ bemühten Erst-recht-Schluss von der Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG auf die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG. Ist die nach einem der Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG bestehende Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nämlich widerlegt, kann aus dieser Vermutung zwar immer noch die Vermutung einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs¹³⁸, nicht jedoch schon die Erheblichkeit selbst abgeleitet werden, auch wenn diese dann noch durch unklare bzw. nicht ernst genommene Zusätze wie „grundsätzlich“¹³⁹ oder „qualita-

131 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.3: „Insofern bedarf es für die Prüfung von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG nicht nur keiner marktbeherrschenden Stellung oder Marktmacht (...). Vielmehr wäre das Abstützen auf eine solche Stellung gesetzeswidrig und damit unzulässig.“; so jetzt auch die VertBek-Erläuterungen vom 12.6.2017 unter Ziff. 10; a. A. noch RAASS, sic! 2004, 911, 914 f.; CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 191 f.

132 CR-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 192.

133 So auch BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.3; ferner etwa STRAUB, AJP 2016, 559, 562.

134 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 554 ff.

135 Dazu auch OFK-BORER, Art. 5 KG N 19.

136 Vgl. dazu jetzt auch die WEKO-VertBek 2010 (Stand 22.5.2017) unter Ziff. 12 (1) und die VertBek-Erläuterungen vom 12.6.2017 unter Ziff. 10.

137 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8.

138 Aufgrund dieser Vermutung muss die WEKO nach Widerlegung der Beseitigungsvermutung auch nicht wieder „bei Null anfangen“ (so aber der Vorwurf von WALKER, Jusletter vom 10. Februar 2014, nach Rz. 37 unter C. III, die den Erst-recht-Schluss des BVGer befürwortet) müsste.

139 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.5, E. 5.3.2 und E. 5.6.

*tiv*¹⁴⁰ eingeschränkt wird. Anderenfalls würde das Kriterium der Erheblichkeit in der ersten Tatbestandsvariante von Art. 5 Abs. 1 KG bei Kernbeschränkungen mit widerlegter Beseitigungsvermutung auch die ihm zugedachte Funktion als eigenständiges Tatbestandsmerkmal verlieren.

Wenn das Bundesgericht ausserdem obiter an verschiedenen Stellen die horizontalen Wettbewerbsabreden von Art. 5 Abs. 3 KG in einem Atemzug mit den Vertikalabreden von Art. 5 Abs. 4 KG erwähnt und damit teilweise ausdrücklich für deren Gleichbehandlung plädiert, ist dies ebenfalls zu begrüssen. Hierfür spricht nicht nur die Gesetzesstruktur mit der wörtlichen und systematischen Gleichstellung der Absätze 3 und 4 von Art. 5 KG, sondern auch, dass die Praxis im Bereich der Horizontalabreden bislang unter dem Kriterium der Erheblichkeit methodisch wie bei den Vertikalabreden vorgegangen ist und eine Kombination aus qualitativen und quantitativen Elementen geprüft¹⁴¹ bzw. eine qualifizierte Wirkungsanalyse vorgenommen¹⁴² hat. Angesichts des bei horizontalen Wettbewerbsabreden regelmässig noch stärker als bei Vertikalabreden ausgeprägten qualitativen Elements¹⁴³ drängt sich für deren grundsätzliche Erheblichkeit sogar ein Erst-recht-Schluss auf¹⁴⁴.

Zu begrüssen ist schliesslich die mit der Entscheidung verbundene weitere Annäherung des schweizerischen Kartellrechts an dasjenige der Europäischen Union, welches die eine Wettbewerbsbeschränkung objektiv bezweckenden Abreden als per se spürbar ansieht¹⁴⁵, wobei allerdings nicht alle Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG im EU-Recht stets auch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert werden¹⁴⁶. Dies ermöglicht nicht nur eine Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle in Eu-

140 Das Bundesverwaltungsgericht bezieht den Erst-recht-Schluss zwar zunächst nur auf die grundsätzliche qualitative Erheblichkeit, lässt diese dann aber für sich und „unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien“ bei Kernbeschränkungen genügen (BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 11.1.8).

141 Siehe etwa BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung), E. 5.2.

142 BVGer B-8399/2010 i. S. Siegenia-Aubi AG, E. 5.3.1.1.38, E. 5.3.2.6 ff., E. 5.4.23, E. 5.4.26, E. 6.1.2 f., E. 6.3.30 und E. 6.4.2.

143 Siehe aber auch noch BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.5.4, wonach bei Vertikalabreden, bei denen es nicht zu einer Kumulation der Anteile der Beteiligten an einem Markt komme, das qualitative Element stärker als bei horizontalen Abreden in den Vordergrund rücke; ebenso BALDI/SCHRANER, SJZ 110 (2014), 501, 510.

144 Vgl. dazu auch ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 389 (für die Geltung der Kriterien der Vertikalbekanntmachung für horizontale Absprachen).

145 Aktuell geht die Bekanntmachung der EU-Kommission 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 (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C-291 vom 30.8.2014, S. 1 ff., nach ihrer Anpassung an das Expedia-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH Rs. C-226/11, EuZW 2013, 113, Rz. 35 ff.) von einer per se-Spürbarkeit bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen aus, sodass die Schwellenwerte der Bekanntmachung für diese auch sog. Kernbeschränkungen nicht gelten (näher zum EU-Recht und einem Vergleich mit der schweizerischen Recht etwa HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 26 ff. und ZURKINDEN, Erheblichkeit, S. 43 ff.).

146 So hat der EuGH in der Rs. Javico (Rs. C-306/96, Slg. 1998, I-1983, Rz. 18 ff.) eine absolute Gebietschutzabrede nicht als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung betrachtet.

ropa, sondern bietet auch den Vorteil, dass sich die schweizerische Praxis trotz im Detail fortbestehender Unterschiede in einer die Rechtssicherheit fördernden Weise am reichhaltigen Fallmaterial, den Gruppenfreistellungsverordnungen¹⁴⁷ und den Leitlinien¹⁴⁸ des EU-Rechts orientieren kann¹⁴⁹.

II. Ein teils unklarer Schritt

Auch nach der Entscheidung des Bundesgerichts im Fall Gaba bleiben einige Fragen offen. Unklar ist insbesondere der Stellenwert des noch in der öffentlichen Beratung ausdrücklich gemachten Bagatellvorbehalts. Er findet in der am 21. April 2017 veröffentlichten Urteilsbegründung keine Erwähnung mehr. Zwar soll die Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Abreden, die den wirksamen Wettbewerb entgegen den Vermutungen von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nicht beseitigen, aufgrund des starken qualitativen Elements nur „*grundsätzlich*“ bzw. „*in der Regel*“ erheblich sein¹⁵⁰, doch blieb unerörtert, worin generell mögliche Ausnahmen bestehen könnten und warum diese in casu nicht eingriffen. Insofern kann es nicht verwundern, dass teilweise sogar von einer (faktischen) per se-Erheblichkeit der den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigenden Kernbeschränkungen gesprochen wird¹⁵¹. Sollte die Bagatellschwelle künftig wiederbelebt werden, müsste ihr Inhalt erst noch bestimmt werden. Denkbar wäre es, nur die Umsetzung und irgendeine tatsächliche Auswirkung der Abrede zu verlangen. Es könnte aber auch erforderlich werden, dass eine Marktanteilsschwelle im unteren einstelligen Bereich überschritten wird¹⁵² oder dass quantifizierbare Auswirkungen bestimmte Schwellenwerte übersteigen¹⁵³. Offen sind einstweilen zudem

147 So auch generell BALDI, AJP 2017, 613, 617; nach BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 6.4.4 konnte im Fall Gaba die seinerzeitige Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 772/2004 über Technologietransfer-Vereinbarungen allerdings keine (auch keine indirekte) Geltung beanspruchen.

148 Siehe im hier interessierenden Zusammenhang insbesondere die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010, S. 1 ff., die den Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Juni 2017 als Vorbild dienen.

149 In diesem Sinne auch etwa Erw. VII der WEKO-VertBek 2010 (Stand 22.5.2017).

150 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.5, E. 5.3.2 und E. 5.6 bzw. E. 5.2.3 und E. 5.2.5; auch die WEKO-VertBek 2010 in der aktuellen Fassung vom 22.5.2017 verwendet nun wieder (wie schon die WEKO-VertBek 2002) die Formulierung „*grundsätzlich*“.

151 Vgl. etwa ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 5 und 22.

152 So obiter BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner, Rz. 378 (2%) unter Hinweis auf die „Erheblichkeitsmatrix“ von STRAUB, AJP 2016, 559, 576 ff. und 579.

153 Vgl. dazu etwa BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6.4.4 (Unerheblichkeit einer Abrede wegen eines Befolungsgrads von lediglich 12%); vgl. dazu auch EuGH Rs. 306/96 (Javico), Slg. 1998, I-1983, Rz. 24 (Berücksichtigung von Preisunterschieden als spürbare Auswirkung) und Rz. 26 (Massgeblichkeit des prozentualen Anteils der betroffenen Erzeugnisse am jeweiligen Gesamtmarkt).

die entsprechenden Beweisfragen, d. h. die Anwendung von Beweisvermutungen¹⁵⁴ und das Beweismass¹⁵⁵.

Anders als die WEKO¹⁵⁶ und das Bundesverwaltungsgericht¹⁵⁷ hat das Bundesgericht auch gänzlich auf eine Auseinandersetzung mit der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO)¹⁵⁸ verzichtet. Es hielt die GVO schlicht für unanwendbar, was sich zwar formal von selbst versteht, aber vor dem Hintergrund eines vom Bundesgericht an anderer Stelle angenommenen statischen Verweises des Schweizer Gesetzgebers auf die im Jahre 2003 geltenden Grundsätze des EG-Kartellrechts für Vertikalvereinbarungen dann doch erstaut¹⁵⁹. Die Freistellung durch die gegenüber der GVO-Vertikal 2010¹⁶⁰ vorrangige TT-GVO von 2014 ist zwar wie schon die TT-GVO von 2004 nach ihrem Art. 4 auf Kernbeschränkungen grundsätzlich unanwendbar, doch gilt gerade für das Verbot von Passivverkäufen in ein dem Lizenzgeber exklusiv vorbehaltenes Gebiet noch eine Gegen Ausnahme (Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO). Insofern wäre durchaus eine nähere Auseinandersetzung mit der Anwendbarkeit und den Regelungen der im Fall Gaba/Gebro noch massgeblichen TT-GVO von 2004 wünschenswert gewesen. So aber ist die Bedeutung der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für künftige Fälle ungewiss.

Nicht zu äussern brauchte sich das Bundesgericht hingegen zu einigen weiteren zuletzt viel diskutierten Fragen. So blieb zunächst ausdrücklich offen, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG nur durch genügend Intrabrand-Wettbewerb oder auch durch genügend Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann¹⁶¹. Ausschlaggebend soll hier nach Ziff. 11 WEKO-VertBek 2010 sein, ob bei einer Gesamtbetrachtung genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wett-

154 Siehe dazu die Nachweise in den Fn. 177 ff.

155 Vgl. zu Fragen des Beweismasses C. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Februar 2015, Rz. 8 ff. und BREITENMOSER, Jusletter vom 20. April 2015, Rz. 3 ff.

156 Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/I, 65, Rz. 162 ff.

157 BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 8.5.

158 Seinerzeit noch die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der EU-Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 L 123 vom 27.4.2004, S. 11 ff.; jetzt Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 L 93 vom 28.3.2014, S. 17 ff.

159 Krit. auch ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 20.

160 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010, S. 1 ff.

161 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 4.2; vgl. dazu die gegenteiligen Positionen der WEKO-VertBek 2007 (Ziff. 10 Abs. 2) und von ZÄCH, Verhaltensweisen, S. 47 ff. einerseits (Nachweis wirksamen Intrabrand-Wettbewerbs notwendig) sowie von RAASS, sic! 2004, 911, 922 mit Fn. 71 und GIGER, sic! 2010, 859, 8 andererseits (Nachweis wirksamen Interbrand-Wettbewerbs ausreichend).

bewerb führt. Offen blieben ferner die Voraussetzungen, unter denen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung allein, vorwiegend oder auch anhand quantitativer Elemente als erheblich angesehen werden kann¹⁶². Erwähnt wird lediglich, dass in diesen Fällen eine Marktabgrenzung unerlässlich sei¹⁶³. Schliesslich konnte das Bundesgericht auch die Antwort auf die Frage schuldig bleiben, ob neben den schwarzen Klauseln von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG noch weitere Klauseln wie insbesondere die sog. roten Klauseln¹⁶⁴ grundsätzlich erheblich sind¹⁶⁵. Nach Ziff. 10 (2) und (3) WEKO-VertBek 2010 sollen jedenfalls auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietschutz führen oder lediglich in Empfehlungsförmigkeit gekleidet sind, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst und damit grundsätzlich erheblich sein. Die in Ziff. 12 (2) lit. b bis lit. e WEKO-VertBek 2010 (Stand 22.5.2017) aufgelisteten weiteren Klauseln sollen hingegen nur (aber auch immerhin) als qualitativ schwerwiegend gelten, sodass auf sie die De-minimis-Regel in Ziff. 13 WEKO-VertBek 2010 (Stand 22.5.2017) nicht zur Anwendung gelangt.

III. Ein Schritt zu weit

Die Gaba-Entscheidung des Bundesgerichts geht vor allem in ihrer Begründung teilweise zu weit. So erstaunt es zunächst in einem volkswirtschaftsnahen Rechtsgebiet wie dem Kartellrecht, dass das Bundesgericht ökonomischen Theorien – mögen diese auch umstritten sein – rundweg die Bedeutung abspricht¹⁶⁶. Die Anwendung der Rechtsnormen des Kartellrechts kann gerade auch aufgrund der rechtlichen Vorgaben von Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG nicht losgelöst von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen erfolgen. Insofern werden und müssen die ökonomische Analyse und Theorie auch künftig ihren Platz in der schweizerischen Kartellrechtsanwendung haben. Schliesslich beruht auch die Erkenntnis, dass es sich bei den Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG um „Todsünden“ handelt, auf ökonomi-

162 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.5; hierzu gibt die Entscheidung des BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner, Rz. 378 erste Hinweise (unter Bezugnahme auf die „Erheblichkeitsmatrix“ von STRAUB, AJP 2016, 559, 576 ff. und 579).

163 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.5.

164 So die Bezeichnung für die in Art. 5 der Vertikal-GVO (EU) Nr. 330/2010 aufgeführten Vereinbarungen; vgl. dazu für die schweizerische Praxis etwa GRABER, Jusletter vom 23. August 2010, Rz. 10 et passim.

165 Vgl. dazu auch bezogen auf BVGer B-3618/2013 i. S. Hallenstadion/Ticketcorner BALDI, AJP 2017, 613, 615 f.; zur Entscheidung BVGer B-3618/2013 näher KUBLI, CaS 2016, 369 ff.

166 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.2.1 („Insofern ist eine quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen weniger geeignet, die Aufgreifschwelle in der gebotenen zeitlichen Kürze zu bestimmen.“), E. 6.2.1 („Erstens ist zu beachten, dass die Auslegung dieser Bestimmung autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung zu erfolgen hat.“) und E. 6.2.2 („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.“); krit. ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 19.

schen Lehren, die zumindest hinsichtlich der Vertikalabreden nicht völlig unbestritten sind. Um eine auf ökonomischen Analysen beruhende Marktabgrenzung wird die Praxis ebenfalls nicht herkommen, zumindest wenn es um die Widerlegung der Vermutungstatbestände durch aktuellen oder potenziellen wirksamen Wettbewerb von Kartellaussenseitern bzw. Interbrand-Wettbewerbern geht¹⁶⁷.

In der Sache ist zudem der für Kernbeschränkungen ausgesprochene generelle Verzicht auf ein tatsächliches Umsetzungs- und Auswirkungserfordernis¹⁶⁸ problematisch¹⁶⁹. Mit diesem Verzicht befindet sich das Bundesgericht näher am Text des im September 2014 gescheiterten Revisionsentwurfs¹⁷⁰ als am geltenden Kartellgesetz, dessen Wortlaut und Systematik von ihm insbesondere mit einer historischen Auslegung korrigiert werden¹⁷¹. Zumindest im Falle der strafrechtsähnlichen¹⁷² Direktsanktionierung sind Umsetzung und Auswirkung geboten¹⁷³. So setzen auch Art. 49a Abs. 3 lit. a bzw. lit. b KG für die Direktsanktionierung einer Abrede deren Wirkungsentfaltung bzw. Ausübung voraus. Vor dem Hintergrund der Systematik von Art. 5 KG ist es mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zudem unvereinbar, ein vom Gesetzgeber in der ersten Tatbestandsvariante ersichtlich zur Einschränkung vorgesehenes Merkmal durch seine (faktische) per se-Annahme in einem Teil der einschlägigen Fälle einfach dieser Funktion bzw. seines Inhalts zu berauben. Bei erwiesenermassen¹⁷⁴ nicht umgesetzten Abreden sollte es nicht nur zu einer deutlichen Herabsetzung des Sanktionsrahmens¹⁷⁵, sondern überhaupt nicht zu einer Direktsank-

167 Vgl. zum Zweck der Marktabgrenzung nur BSK-KG/REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 KG N 94 f.

168 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 5.1.3 und 5.4.2; so jetzt auch die VertBek-Erläuterungen vom 12.6.2017 unter Ziff. 10.

169 Krit. auch KOBEL, Jusletter vom 19. Juni 2017, Rz. 43 ff.; vgl. auch schon zuvor OFK-BORER, Art. 5 KG N 20; auch ZURKINDEN, Erheblichkeit, S. 48 f. verlangt eine Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung und in diesem Zusammenhang eine adäquate Berücksichtigung der konkreten Umstände, wobei es sich zumindest bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG ausdrücklich nicht um eine umfassende Wirkungsanalyse handeln soll; a. A. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 397.

170 Der Entwurf (BBI 2012, 3989) sah vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz die Unzulässigkeit harter Wettbewerbsabreden vor (Art. 5 Abs. 2 E-KG).

171 A. A. BALDI, AJP 2017, 613, 616 f. (keine Neuorientierung des Gesetzes; Befolgung der im Gesetz vorgesehenen stufenweisen Prüfung); vgl. auch schon BALDI, AJP 2012, 1183, 1186, wonach die nunmehr auch vom BGer befürwortete „sachgerechte“ Auslegung von Art. 5 KG das Anliegen des Revisionsgesetzgebers hinfällig werden lasse.

172 Zum strafrechtsähnlichen Charakter von Art. 49a KG auch BGer 2C_180/2014 E 9.1 unter Hinweis auf die Leitentscheidung BGE 1391 72 E. 2.2.2.

173 So auch etwa WOHLMANN, Jusletter vom 10. August 2015, Rz. 21 ff.; SHK-REINERT, Art. 49a KG N 8; in diese Richtung deutet auch das Gutachten von RHINOW/GUROVITS, RPW 2001/3, 592, 601; Sympathien für ein Auswirkungs- und Umsetzungserfordernis als Voraussetzung der Direktsanktionierung hegt auch noch BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.2.1.

174 Zu den Anforderungen an den Nachweis siehe sogleich.

175 Siehe zur Weite des Sanktionsrahmens und zur Sanktionsbemessung im Fall Gaba näher die Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 348 ff.; nach BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 14.4.3 kann im Rahmen der Beurteilung der Schwere eines Verstosses der verbleibende Inter- und Intra-brand-Wettbewerb, der nur bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen sei, nicht berücksichtigt werden.

tionierung kommen. Auch im verwaltungsrechtlichen Bereich ist es fraglich, ob das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Beeinträchtigung in einem Teil der Fälle einfach leerlaufen soll und ob die in der verfassungsrechtlichen Zielnorm von Art. 96 Abs. 1 BV und in Art. 1 KG verlangten volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen allein aufgrund der Vereinbarung einer Kernbeschränkung angenommen werden können¹⁷⁶. Für ein Umsetzungs- und Auswirkungserfordernis sprechen insoweit auch das Effektivitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach die WEKO nicht umgesetzte oder wirkungslose Abreden als Bagatellen nicht aufgreifen bzw. nicht verfolgen sollte. Es ergibt auch keinen Sinn, bei wirkungslosen Abreden eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen zu prüfen.

An den Nachweis der Umsetzung und Auswirkung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es sollte die Vermutung bestehen, dass eine nachgewiesene Abrede auch tatsächlich gewollt und durch ein entsprechendes Verhalten (z. B. Einhaltung von Preisvorgaben, Unterlassung von Passivverkäufen) umgesetzt wurde, wobei diese Vermutung noch nicht durch den Nachweis einzelner Missachtungen widerlegt werden können sollte¹⁷⁷. Daher muss sich die mangelnde Einhaltung und Durchsetzung einer klaren Abrede eindeutig aus Protokollen, Besprechungsnotizen, Korrespondenzen, E-Mail-Verkehr etc. ergeben¹⁷⁸. Bei einer umgesetzten Abrede ist zu vermuten, dass sie die aufgrund von anerkannten ökonomischen Annahmen¹⁷⁹ unter gewöhnlichen Umständen zu erwartenden Auswirkungen (z. B. Preisgefälle, Steigerung der Endverkaufspreise) zeitigt. Zeigen sich im möglichen Einflussbereich einer Abrede derartige Wirkungen, ist umgekehrt davon auszugehen, dass sie auf der Abrede beruhen. Die vorgeschlagenen widerlegbaren Beweisvermutungen im Sinne von tatsächlichen Schlüssen aus bewiesenen Tatsachen sind im Interesse einer effektiven Durchsetzung des Kartellrechts auch im Bereich der Direktsanktionierung zulässig¹⁸⁰.

Die vermuteten und nicht widerlegten Auswirkungen einer umgesetzten Kernbeschränkung sollten aus den bereits genannten Gründen aber auch noch eine Bagatellschwelle überschreiten. Wegen des bei Kernbeschränkungen stark ausgeprägten qualitativen Elements ist das allerdings nur dann nicht der Fall, wenn sie ersichtlich

176 So aber etwa HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 46 und 60 ff., der hierzu bereits in der Vereinbarung und nicht erst in der Praktizierung von Kernbeschränkungen eine sozial schädliche Auswirkung erblickt.

177 So auch BVGer B-581/2012 i. S. Nikon AG, E. 7.2.1 und BVGer B-3332/2012 i. S. BMW, E. 9.2.4.5; anders aber offenbar BVGer B-5685/2012 i. S. Altimum SA, E. 6.4.4, wonach die WEKO die Befolgung einer Abrede nachzuweisen habe.

178 So auch die Verfügung der WEKO vom 30.11.2009 i. S. Gaba, RPW 2010/1, 65, Rz. 90 und das BVGer B-3332/2012 i. S. BMW, E. 9.2.4.5.

179 Siehe zu deren Bedeutung für den Kausalitätsnachweis BGE I 391 72 E. 8.3.2.

180 So auch etwa BVGer B-8399/2010 i. S. Siegenia-Aubi AG, E. 6.4.5; BVGer B-8430/2010 i. S. Paul Koch AG, E. 7.4.5.

eine nebensächliche Leistung¹⁸¹ oder einen völlig unbedeutenden Teil des Marktes¹⁸² betreffen. Ein Anwendungsbereich für die Bagatellschwelle ergibt sich zudem bei Auslandssachverhalten. Nach der gerade auch mit den beiden Gaba-Urteilen begründeten Praxis fallen nämlich auch die im Ausland getroffenen Abreden in den von Art. 2 Abs. 2 KG bestimmten räumlichen Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts, sofern sie sich nur in der Schweiz auswirken *können*¹⁸³. Begründet wird dies damit, dass sich die Schutzbedürftigkeit der nationalen Wirtschaftsordnung nicht anhand eines abstrakten kollisionsrechtlichen Kriteriums (z. B. spürbare Auswirkungen), sondern erst anhand von einzelnen Sachnormen wie z. B. Art. 5 KG bestimme¹⁸⁴. Umso wichtiger ist es dann, dass auf Ebene der Sachnormprüfung noch ein Bagatellfilter eingreift und auch bei Kernbeschränkungen tatsächliche Mindestauswirkungen auf das schweizerische Wettbewerbs- und Marktgeschehen vorausgesetzt werden¹⁸⁵. Mit einer solchen Anforderung würde sich das schweizerische Kartellrecht auch den beiden führenden Kartellrechtsordnungen der Welt anschliessen, welche unter Begriffen wie „Spürbarkeit“, „Unmittelbarkeit“, „Tatsächlichkeit“ und „Vorhersehbarkeit“ eine wenn auch nicht immer ganz klar bestimmte tatsächliche Intensität der grenzüberschreitenden Auswirkung verlangen¹⁸⁶. Es sollte hier nicht allein darauf vertraut werden, dass die WEKO Auslandssachverhalte schon aus Kapazitätsgründen im Rahmen ihres Ermessens nur dann aufgreifen wird, wenn sie nennenswerte Auswirkungen auf die schweizerischen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zeitigen¹⁸⁷.

181 Siehe dazu etwa den Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6.8.1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen, RPW 1998, 549, Rz. 21 (blosse Ausschaltung des Wettbewerbs im Bereich der Wartung bei fortbestehendem Wettbewerb im Bereich des Vertriebs nicht erheblich).

182 So etwa in dem von WALTER STOFFEL in einem Gastkommentar für die NZZ vom 13.7.2016 gegebenen Beispiel einer lokalen Preisabsprache unter zwei Bäckern.

183 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 3; BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 3.3.14 und E. 8.1.1; mit Recht krit. KOBEL, Jusletter vom 19. Juni 2017, Rz. 37 ff.

184 BGer 2C_180/2014 (Gaba/WEKO), E. 3.2.3; BVGer B-506/2010 i. S. Gaba International AG, E. 3.3.14.1.

185 So auch bereits JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht 2014, SJZ 110 (2014), 229

186 So hat der EuGH etwa in der Rs. Javico (Rs. C-306/96, Slg. 1998, I-1983, Rz. 12 ff.) gefordert, dass Handelsströme in der Union aufgrund nicht unbedeutender Marktanteile der Kartellmitglieder tatsächlich und spürbar beeinflusst werden, obwohl Art. 101 AEUV nur von der Eignung zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels spricht. Auch im US-Recht verlangt der Foreign Trade Antitrust Improvements Act, dass eine im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung einen „*direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on U.S. commerce*“ haben muss. Im Leitentscheid *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, No. 10-1712 (7th Cir. 2012) von 27.6.2012 wurde die notwendige Intensität der Auswirkungen zwar nicht als Zulässigkeits-, sondern als Begründetheitserfordernis geprüft, doch begnügte sich das Gericht nicht mit potentiellen Auswirkungen, sondern prüfte und bejahte direkte, substantielle und vernünftigerweise vorhersehbare Effekte auf den Handel mit Pottasche in den USA.

187 Nach KOBEL, Jusletter vom 19. Juni 2017, Rz. 42 sollte die WEKO eine Bekanntmachung zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG und zu der Frage herausgeben, welche Auslandssachverhalte sie einer näheren Prüfung unterziehen möchte.

Literatur

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK – Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007
- BALDI MARINO, Für eine „informierte“ Wettbewerbspolitik, AJP 2012, 1183 ff.
- BALDI MARINO, „Zweimal hü und zweimal hott“ beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.
- BALDI MARINO, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff.
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 110 (2014), 501 ff.
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff.
- BAUDENBACHER CARL, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter vom 2. Februar 2015
- BAUDENBACHER LAURA M., Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden – Zum BMW-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 2. Mai 2016
- BORER JÜRGEN, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011
- BREITENMOSER STEPHAN, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen – Ein Diskussionsbeitrag zu den Baubeschläge-Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 20. April 2015
- CARRON BLAISE/KRAUSKOPF PATRICK L., Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter vom 30. Mai 2016
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014
- GIGER GION, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859 ff.
- GRABER ANDREA, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Jusletter vom 23. August 2010

- HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015
- HIRSBRUNNER SIMON, Mit kartellrechtlichen Mitteln faire Preise erzwingen? – Anmerkungen zum Vorschlag einer Beschaffungsfreiheit im Ausland, SJZ 113 (2017), 329 ff.
- HOCH CLASSEN MARIEL, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich/Basel/Genf 2003
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht 2014, SJZ 110 (2014), 229 ff.
- JUNG PETER, Das Argument der Europakompatibilität im Schweizer Privatrecht, ZSR 2010, 513 ff.
- KOBEL PIERRE, Un arrêt très attendu en droit des cartels: la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire GABA, Jusletter vom 19. Juni 2017
- KUBLI LINDA, Wettbewerbswidriges Verhalten im Ticketing für Sport- und Kulturrevents – Besprechung von BVGer B-3618/2013, CaS 2016, 369 ff.
- KÜNZLER ADRIAN, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, Tübingen 2008
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013
- RAASS ADRIAN, Eine Frage der Erheblichkeit. Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellrecht, sic! 2004, 911 ff.
- RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich, RPW 2001/3, 592 ff.
- SCHNEIDER HENRIQUE, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, 319 ff.
- STOFFEL WALTER, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, S. 95 ff.
- STOFFEL WALTER, Ein Meilenstein, Gastkommentar in der Neuen Zürcher Zeitung vom 13.7.2016
- STRAUB RALF MICHAEL, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff.
- WALKER ANJA, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht – Zu den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Fällen GABA und Gebro, Jusletter vom 10. Februar 2014
- WOHLMANN, HERBERT, Verstösse gegen bundesrechtliche Grundsätze des Strafrechts bei Sanktionsverfahren im Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2015

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

ZÄCH ROGER, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/ Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 23 ff.

ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Individualschutz und Institutionenschutz als Aufgaben des Kartellrechts, in: Zäch/Breining-Kaufmann/Breitschmid/Ernst/Oberhammer/Portmann/Thier (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizer Juristentag 2006, Zürich/Basel/ Genf 2006, S. 291 ff.

ZIMMERLI DANIEL, „Gaba“-Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 – Leitentscheid zur Frage der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne von Art. 5 KG, dRSK, publiziert am 31. Mai 2017

ZURKINDEN, PHILIPP, Wie erheblich ist Erheblichkeit, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, 2016, 35 ff.

