

Nicolas Birkhäuser / Alessandro Stanchieri

## **Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba**

### **Fragwürdige Auslegung von Artikel 5 Kartellgesetz durch das Schweizerische Bundesgericht: Grundsätzliche Erheblichkeit von Preis-, Mengen- und Gebietsabreden**

---

Das Bundesgericht hält in seinem Urteil in Sachen Gaba fest, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG allein aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellen, wobei die Umsetzung der Abreden nicht von Bedeutung sei. Eine solche Auslegung führt dazu, dass zahlreiche unschädliche Wettbewerbsabreden ohne Prüfung ihrer Auswirkungen sanktioniert werden – möglicherweise sogar ohne relevanten Bezug zur Schweiz. Der Beitrag analysiert das Urteil und zeigt auf, wo in Bezug auf Art. 5 KG Bedarf für Klärung besteht und was in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG zu beachten ist.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht

Zitiervorschlag: Nicolas Birkhäuser / Alessandro Stanchieri, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, in: Jusletter 11. September 2017

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba
- III. Kritische Analyse der neuen Rechtsprechung in Sachen Gaba
  - 1. Konzept des wirksamen Wettbewerbs
  - 2. Wirkungsorientierter Ansatz
  - 3. Pflicht zum Nachweis der Erheblichkeit im Einzelfall
  - 4. Notwendigkeit einer Erheblichkeitsprüfung
  - 5. Die Regelung in der Europäischen Union
  - 6. Gescheiterte Teilrevision 2012
- IV. Notwendigkeit einer restriktiven Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG
  - 1. Problematik
  - 2. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken
  - 3. Kausale Verhaltensangleichung
  - 4. Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung
  - 5. Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung
- V. Fazit

### I. Einleitung

[Rz 1] Am 30. November 2009 verhängte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion von CHF 4,8 Millionen gegen die Gaba International AG (heute: Colgate-Palmolive Europa Sàrl), weil diese ihre österreichische Lizenznehmerin, die Gebro Pharma GmbH, bis 2006 vertraglich verpflichtet hatte, keine Elmex-Produkte in andere Länder zu exportieren.<sup>1</sup> Die gegen die Verfügung der WEKO erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht am 19. September 2013 abgewiesen.<sup>2</sup>

[Rz 2] Am 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht die gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde mit einer 3 zu 2-Mehrheit abgewiesen und entschieden, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) allein aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.<sup>3</sup> Am 21. April 2017 ist die schriftliche Urteilsbegründung publiziert worden.

[Rz 3] Die Begründung des Urteils hat grossen Einfluss auf das Verständnis von Art. 5 KG sowie von anderen Bestimmungen des Kartellgesetzes, wie insbesondere Art. 2 Abs. 2 KG und ist nach der hier vertretenen Auffassung falsch. Der vorliegende Beitrag legt dar, weshalb das Urteil bzw. dessen Begründung über das Ziel hinausschiesst und zu unhaltbaren Ergebnissen führt. Nicht Gegenstand dieses Beitrags bilden insbesondere das Auswirkungsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 KG sowie die Thematik der Direktsanktionen bzw. deren Zulässigkeit.

---

<sup>1</sup> RPW 2010, 65 ff. Rz. 1 ff.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. September 2013.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016, zur Publikation vorgesehen; das Bundesgericht hielt weiter fest, dass im Fall von Abreden im erwähnten Sinne gemäss Art. 49a KG Direktsanktionen auch dann verhängt werden können, wenn die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird und bloss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.

## II. Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba

[Rz 4] Mit seinem Urteil setzt das Bundesgericht der uneinheitlichen und widersprüchlichen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ein Ende. Dieses hat bislang in verschiedenen Urteilen unterschiedliche Rechtsauffassungen geäussert: In zwei Fällen (Gaba/Gebro, BMW) hielt es fest, Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG seien, wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen wird, «a maiore ad minus» aufgrund ihres Gegenstandes und unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu betrachten.<sup>4</sup> In zwei anderen Fällen (Baubeschläge, Altimum) vertrat es die Ansicht, eine derartige grundsätzliche Erheblichkeit bestehe im Schweizer Recht nicht. Vielmehr müsse die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung in jedem Einzelfall positiv nachgewiesen werden.<sup>5</sup> Im Fall Nikon vertrat das Bundesverwaltungsgericht in Vorwegnahme des damals bereits entschiedenen, aber noch nicht begründeten Urteils des Bundesgerichts i.S. Gaba wiederum die Ansicht, Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG seien unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu betrachten.<sup>6</sup> Diese Rechtsprechung ist inhaltlich widersprüchlich.<sup>7</sup>

[Rz 5] Das Bundesgericht hat nun in genereller Weise und über den konkreten Fall hinausgehend festgehalten, dass (horizontale und vertikale) Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG (sog. *Hardcore*-Beschränkungen) auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird, *allein aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs* darstellen, ohne dass quantitative Kriterien von Bedeutung wären.<sup>8</sup> Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz grundsätzlich unzulässig. Ob die betreffenden Abreden tatsächlich praktiziert oder umgesetzt werden bzw. wurden, ist gemäss Bundesgericht ebenfalls nicht relevant, weil bereits das *Potential* der Abreden zur Wettbewerbsbeeinträchtigung eine Untersagung rechtfertige.<sup>9</sup>

[Rz 6] Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Gaba werden Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG grundsätzlich verboten. Es wird teilweise argumentiert, es würde trotz grundsätzlicher Erheblichkeit kein Verbot eingeführt, weil Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nur «grundsätzlich» erheblich seien und eine Einzelfallprüfung möglich blei-

---

<sup>4</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. September 2013 E. 11.1.8, 11.3.4; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 9.1.4 f.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.2, 6.3.4.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 7.5.6.

<sup>7</sup> Vgl. BLAISE CARRON/PATRICK L. KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, in: Jusletter 30. Mai 2016, Rz. 6; PATRICIA M. HAGER/ANGELIKA S. MURER, Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 197 ff., 198; a.M. STEPHAN BREITENMOSER, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Jusletter 20. April 2015, Rz. 2, 21; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015, Rz. 20, 23.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5; in Urteil des Bundesgerichts 2C\_172/2014 vom 4. April 2017 E. 2.3 hält das Bundesgericht im Parallelverfahren mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba fest, «dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen».

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2.1, 5.2.5, 5.4.2, 5.6; das Bundesgericht behandelt im Urteil die Erheblichkeit und die Beeinträchtigung getrennt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 2, 5.1, 5.2, 5.2.5, 5.4), was nicht der bisher in der Praxis verwendeten Prüfmethode entspricht.

be.<sup>10</sup> Diese Argumentation ist falsch. Wenngleich es stimmen mag, dass die Untersagung einer bestimmten Verhaltensweise durch den Nachweis wirtschaftlicher Effizienz abgewendet werden kann, so führt das Urteil – nach bisheriger Praxis – im Ergebnis *de facto* trotzdem zu einem Verbot, insbesondere weil an den Nachweis wirtschaftlicher Effizienz bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG in der Praxis hohe Anforderungen gestellt werden.<sup>11</sup> Zudem ist es nach der hier vertretenen Ansicht keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verhaltensweise, dass diese effizient ist. Auch ineffiziente Verhaltensweisen müssen zulässig sein, solange sie den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen.

[Rz 7] Das neue Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba steht auch im Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung «(zumindest) dann zu bejahen [ist], wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.»<sup>12</sup> Neuerdings vertritt das Bundesgericht jedoch die Ansicht, dass «gewisse Abreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich» sind und «dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankommt, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht [...]»<sup>13</sup> Es kommt daher zum Schluss, es genüge, «dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können.» Bemerkenswerterweise wird die alte Praxis im hier besprochenen Urteil nicht diskutiert.<sup>14</sup> Es fällt zudem auf, dass im Urteil bedauerlicherweise kaum Gegenmeinungen aus der Literatur zitiert werden.<sup>15</sup>

[Rz 8] Das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba findet zudem keine Stütze in der bisherigen Praxis der WEKO, wie sich deutlich aus den bisherigen Entscheiden der WEKO und ferner aus der revidierten Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Stand am 22. Mai 2017) und den dazugehörigen Erläuterungen ergibt, wenn man diese mit der früheren Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 vergleicht.<sup>16</sup> So wurden insbesondere in der bisherigen Praxis der WEKO (und der Gerichte) zahlreiche Abreden aufgrund fehlender Erheblichkeit zugelassen.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.3.2; HEINEMANN (Fn. 7), Rz. 21.

<sup>11</sup> Vgl. auch GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 2016, 321 ff., 327; DANIEL ZIMMERLI, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «BMW», in: dRSK, publiziert am 11. Januar 2016, Rz. 12 f.

<sup>12</sup> BGE 129 II 18, 24 E. 5.2.1 und 5.2.2: Das Bundesgericht argumentierte, dass der Preis für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist und dass das Gesetz davon ausgeht, dass bei (horizontalen) Preisabreden vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Umso eher sei anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% ging das Bundesgericht deshalb davon aus, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt war. Mit der Klammerbemerkung «(mindestens)» brachte das Bundesgericht zum Ausdruck, dass unter Umständen auch eine Beseitigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG denkbar wäre.

<sup>13</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2.5, 5.4.2.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.4.2.

<sup>15</sup> Vgl. zu den (zahlreichen) Gegenansichten nachstehend III.2., u.a. Fn. 32.

<sup>16</sup> Die WEKO schreibt dazu in einer Medienmitteilung vom 27. Juni 2017: «Die WEKO hat ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 nun an die Rechtsprechung im Gaba-Urteil angepasst.»

<sup>17</sup> Vgl. Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008, angefertigt im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, 77; in der ursprünglichen Vorlage zur Teilrevision 2012 wurde dementsprechend sogar als eine von zwei Varianten vorgeschlagen, Art. 5 Abs. 4 zu streichen (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 30. Juni 2010, 17).

### III. Kritische Analyse der neuen Rechtsprechung in Sachen Gaba

#### 1. Konzept des wirksamen Wettbewerbs

[Rz 9] Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes sind unter Beachtung der Vorgaben von Art. 1 KG auszulegen.<sup>18</sup> Gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 1 KG richtet sich das Kartellgesetz nicht gegen Wettbewerbsbeschränkungen an sich, sondern gegen deren *volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen*. Das Bundesgericht hat sich wiederholt für die grundsätzlich verfassungskonforme Auslegung von Bundesgesetzen ausgesprochen. Dies bedeutet insbesondere, dass bei Vorliegen mehrerer Auslegungsalternativen stets jene Interpretation zu bevorzugen ist, welche mit der Verfassung (am ehesten) im Einklang steht.<sup>19</sup> Die Auslegung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes hat sich folglich nach Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG zu richten. Deshalb dürfen durch das Kartellgesetz keine Verhaltensweisen verhindert werden, welche keine schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.<sup>20</sup>

[Rz 10] Es besteht zwar keine Einigkeit darüber, was genau unter der Formulierung «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» zu verstehen ist.<sup>21</sup> In jedem Fall handelt es sich bei dieser Formulierung allerdings nicht bloss um einen inhaltsleeren Zusatz, sondern um eine tatsächliche Einschränkung der staatlichen Interventionsmöglichkeiten.<sup>22</sup> Der in diesem Zusammenhang relevante Schlüsselbegriff ist jener des «wirksamen Wettbewerbs».<sup>23</sup> Mangels Definition<sup>24</sup> muss der Begriff in erster Linie durch den Rechtsanwender konkretisiert werden. Dieser muss für jeden Einzelfall auf den am geeignetsten erscheinenden wettbewerbstheoretischen Ansatz abstellen, ohne einer bestimmten wettbewerbstheoretischen Schule *a priori* den Vorrang einzuräumen.<sup>25</sup> Das Kartellgesetz will sich nämlich nicht auf eine bestimmte wettbewerbstheoretische Doktrin festlegen, sondern im Gegenteil dem Rechtsanwender die Möglichkeit offen lassen, kontinuierlich neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse zu berücksichtigen.<sup>26</sup>

[Rz 11] Nach dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs stellt Wettbewerb einen vielgestaltigen und dynamischen Prozess dar, in welchem durchaus temporäre Ungleichgewichte vorkommen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs wird in diesem Prozess daran gemessen, inwieweit die zentralen Funktionen des Wettbewerbs, Allokation, Anpassung und Innovation, ihre Wirkung entfalten

---

<sup>18</sup> Vgl. BERNHARD RUBIN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 1 N. 1; VINCENT MARTENET/PIERRE TERCIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 1 N. 3.

<sup>19</sup> Anstatt vieler BGE 134 II 249, 252 E. 2.3.

<sup>20</sup> RETO JACOBS, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 96 N. 16 f.; MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 29, 34; RUBIN (Fn. 18), Art. 1 N. 4.

<sup>21</sup> Vgl. bereits FRANZ HOFFET, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Art. 1 N. 27.

<sup>22</sup> Vgl. MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 27.

<sup>23</sup> Vgl. ausführlich zum Begriff PETER HETTICH, *Wirksamer Wettbewerb*, Diss. St. Gallen 2003, Bern 2003, Rz. 54 ff.

<sup>24</sup> Es findet sich lediglich eine Umschreibung des Begriffs in Art. 12 Abs. 2 PüG, gemäss welcher wirksamer Wettbewerb insbesondere dann besteht, wenn die Abnehmer ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote ausweichen können. Anders als im Kartellgesetz ist wirksamer Wettbewerb im Preisüberwachungsgesetz jedoch nicht umfassend im Hinblick auf die Voraussetzungen von Wettbewerb zu verstehen, sondern auf die Auswirkungen für die Preisbildung gerichtet (vgl. ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II, Kommentar*, Zürich 2011, Art. 12 PüG N. 6).

<sup>25</sup> HETTICH (Fn. 23), Rz. 776.

<sup>26</sup> Vgl. etwa HOFFET (Fn. 21), Art. 1 N. 44 f.

können. Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs soll mit anderen Worten die Voraussetzungen dafür schaffen, dass wirksamer Wettbewerb bestehen kann.<sup>27</sup> Dem Begriff «wirksamer Wettbewerb» kommt somit im Rahmen des Kartellrechts eine wichtige Abgrenzungsfunktion zu. Er bildet den zentralen Prüfungsmaßstab, um sozial oder volkswirtschaftlich schädliche von unschädlichen Verhaltensweisen zu unterscheiden.<sup>28</sup> Nur den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigende Verhaltensweisen sind schädlich im Sinne des Kartellgesetzes, weil der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus zu den volkswirtschaftlich und sozial erwünschten Ergebnissen führt.<sup>29</sup> Dies bedeutet umgekehrt, dass sämtliche den Wettbewerb nicht in genügendem Ausmass beeinträchtigenden Verhaltensweisen zulässig sind und keine Intervention der Behörden rechtfertigen.<sup>30</sup>

## 2. Wirkungsorientierter Ansatz

[Rz 12] Das Kartellgesetz und die Verfassung (Art. 96 BV) verfolgen einen wirkungsorientierten Ansatz (*effects based approach*): Nur jene Abreden, welche sich tatsächlich negativ auf den wirksamen Wettbewerb *auswirken*, können volkswirtschaftlich oder sozial schädlich im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG sein.<sup>31</sup> Es ist somit nach der hier vertretenen Ansicht notwendig, im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse auch die quantitative Erheblichkeit zu prüfen.<sup>32</sup> Selbst eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG muss zulässig sein, wenn sie sich nicht auf den Wettbewerb auswirkt.

---

<sup>27</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff., 512 f.; MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 3 ff., 5; HOFFET (Fn. 21), Art. 1 N. 46 f., 51 f.; RUBIN (Fn. 18), Art. 1 N. 17 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1.25.

<sup>28</sup> Botschaft 1994 (Fn. 27), 514; vgl. HETTICH (Fn. 23), Rz. 777; HOFFET (Fn. 21), Art. 1 N. 54; RUBIN (Fn. 18), Art. 1 N. 16.

<sup>29</sup> JACOBS (Fn. 20), Art. 96 N. 18 m.w.H.

<sup>30</sup> Vgl. MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 27, 29, 32; ferner HETTICH (Fn. 23), Rz. 777 f.; HOFFET (Fn. 21), Art. 1 N. 50; RUBIN (Fn. 18), Art. 1 N. 17 f.

<sup>31</sup> JACOBS (Fn. 20), Art. 96 N. 16; MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 29; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 20 Rz. 24; DANIEL ZIMMERLI, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge», in: dRSK, publiziert am 10. April 2015, Rz. 18 f.

<sup>32</sup> GL.M. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, Commentaire Romand (Fn. 18), Art. 5 N. 137, 191 ff., 207; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich/Basel/Genf 2004, 69 ff., 120 f.; CARRON/KRAUSKOPF (Fn. 7), Rz. 4, 17; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rz. 615 f.; DANIEL EMCH/LORENZ HADORN, Parallelimporte im Kraftfahrzeughandel aus kartellrechtlicher Sicht, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2014, Bern 2014, 141 ff, 148; GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859 ff., 869, 875; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Zürich 2003, Zürich/Basel/Genf 2003 (SSHW, Band 223), 278; RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2016, 230 ff., 234; PETER REINERT, Stämpflis Handkommentar (Fn. 18), Art. 5 N. 6; HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, 319 ff., 326 ff.; so ausdrücklich auch Ziff. 12 Abs. 1 VertBek; implizit Art. 14 Abs. 2 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek) vom 29. Juni 2015; a.M. MARINO BALDI, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff., 616 f.; DERS., Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markenstein, SJZ 2014, 1 ff., 10; DERS., «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff., 322; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015, Rz. 2 ff.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 5 N. 20 ff.; HAGER/MURER (Fn. 7), 206 f.; ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR I 2016, 431 ff., 452 f.; DERS. (Fn. 7), Rz. 46 f., 59; ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, in: Jusletter 10. Februar 2014, C.III.

[Rz 13] In diesem Zusammenhang wird die Ansicht vertreten, Verhaltensweisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG generieren auch ohne Praktizierung oder Umsetzung ein unerwünschtes soziales Klima, das die Kartellierung begünstige und seien somit «sozial schädlich».<sup>33</sup> Gewisse im Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba vorzufindende Aussagen deuten darauf hin, dass auch das Bundesgericht dieser Argumentation zu folgen gedenkt. Es hält fest, es bedürfe keiner Umsetzung der betreffenden Abreden. Vielmehr sei es ausreichend, dass die Abreden das *Potential* zur Wettbewerbsbeeinträchtigung aufweisen.<sup>34</sup> Diese Ansicht ist abzulehnen.<sup>35</sup> Es ist kaum denkbar und nicht plausibel, dass sich Unternehmen zur Kartellbildung entschliessen sollen, weil gewisse Arten von Abreden geschlossen wurden – erst recht nicht, wenn diese Abreden nicht umgesetzt werden. Ein kartellbegünstigendes Klima würde höchstens dann entstehen, wenn Verhaltensweisen trotz nachweislichen schädlichen Auswirkungen nicht untersagt würden. Die Voraussetzung tatsächlicher Auswirkungen auf den Wettbewerb begünstigt aber in keiner Weise die Kartellbildung, sondern verhindert nur (aber immerhin), dass Verhaltensweisen verboten werden, welche sich nicht schädlich auf den Wettbewerb auswirken und damit für die Qualität und Quantität des Wettbewerbs irrelevant sind. Damit ist keine implizite «Anstiftung» zur Kartellbildung verbunden. Im Gegenteil erscheint es geradezu selbstverständlich, dass Verhaltensweisen, welche sich in keiner Weise negativ auf den Wettbewerb auswirken, auch nicht verboten werden sollen und dürfen. In diesem Zusammenhang sei in Erinnerung gerufen, dass sich das *Kartellgesetz nicht gegen Kartelle an sich richtet, sondern ausschliesslich gegen ihre schädlichen Auswirkungen* (Art. 1 KG).<sup>36</sup> Ferner sollte – mit Blick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung – in Einklang mit Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) stets der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht etwa die unrichtige bzw. nicht gelebte Bezeichnung oder Ausdrucksweise einer Vereinbarung massgebend sein. Folglich darf nicht eine falsche, der Realität nicht entsprechende Vertragsformulierung der kartellrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden. Es erscheint zudem zweifelhaft, ob sich das Bundesgericht über die Konsequenzen sämtlicher seiner Aussagen im Klaren war. Nimmt man einzelne Aussagen im Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba ernst, so unter anderem jene, wonach bereits das Potential zur Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Annahme einer Beeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ausreicht,<sup>37</sup> müsste man unter anderem auch Vereinbarungen zwischen ausländischen Unternehmen sanktionieren, welche vor Jahren getroffen aber nie gelebt wurden und deren Existenz sich die Parteien möglicherweise gar nicht bewusst waren, sofern im betreffenden Vertragswerk irgendwelche Bezüge zur Schweiz vorhanden sind oder auch nur ein minimales Auswirkungspotential in der Schweiz besteht.<sup>38</sup> Ein derartiges Verständnis des Kartellrechts kann nicht Wille des Gesetzgebers sein. Im Übrigen hält auch das Bundesgericht im selben Urteil unter anderem fest, dass bei der Beurteilung von

---

<sup>33</sup> HEINEMANN (Fn. 7), Rz. 46 mit Verweis auf die Botschaft 1994 (Fn. 27); HEINEMANN (Fn. 32), 452.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.4.2; in Urteil des Bundesgerichts 2C\_172/2014 vom 4. April 2017 E. 2.3 hält das Bundesgericht im Parallelverfahren mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba fest, dass die fragliche Abrede «eine vertikale Abrede darstellt, die einen absoluten Gebietsschutz vorsieht und eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung mit potenziellen Auswirkungen bildet, die [...] nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist».

<sup>35</sup> ADRIAN RAASS, *Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch!*, sic! 2005, 778 ff., 783; freilich entspricht dies im Ergebnis auch der Ansicht sämtlicher Autoren, welche eine wirkungsorientierte Vorgehensweise einer per se-Erheblichkeit vorziehen (vgl. die Nachweise in Fn. 32).

<sup>36</sup> Vorstehend III.1; vgl. auch die Nachweise in Fn. 32.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.4.2.

<sup>38</sup> Vgl. PIERRE KOBEL, *Un arrêt très attendu en droit des cartels : la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire GABA*, in: Jusletter 19. Juni 2017, Rz. 38.

Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG die «Wirkung auf den Wettbewerb» im Fokus steht<sup>39</sup> und dass «nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden [soll]». <sup>40</sup> Diese Aussagen zeigen, dass sich das Bundesgericht bewusst ist, dass das Kartellgesetz tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb verlangt. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht seine Praxis baldmöglichst in diesem Sinne präzisieren wird.

### 3. Pflicht zum Nachweis der Erheblichkeit im Einzelfall

[Rz 14] Das Bundesgericht argumentiert mit Verweis auf die Botschaft 1994, der Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 1 KG bestehe zunächst in der Aussonderung unerheblicher Fälle, um die Verwaltung zu entlasten, wobei dies nur bei einem einfach zu handhabenden Abgrenzungskriterium praktikabel sei. Das Bundesgericht schliesst daraus, dass die Vornahme einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall anhand des Erheblichkeitsmerkmals vom Gesetzgeber insofern nicht vorgesehen sein könne.<sup>41</sup> Diese Argumentation ist in zweierlei Hinsicht zu kritisieren: Erstens bedeutet die Aussage in der Botschaft 1994 lediglich, dass sich die Verwaltung nicht mit unerheblichen Fällen beschäftigen soll, regelt aber in keiner Weise das Beweismass für den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung und auch nicht, wie differenziert die Beurteilung zu erfolgen hat. Zweitens wird die Verwaltung eben gerade nicht entlastet, wenn jede noch so unbedeutende Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG als im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich und damit unzulässig betrachtet würde. Wie vorstehend gezeigt, würde das nämlich bedeuten, dass sich die Verwaltung weltweit mit jeder noch so unbedeutenden Abrede beschäftigen könnte bzw. müsste – ungeachtet dessen, ob sie irgendwelche Auswirkungen hat oder nur das Potential von Auswirkungen besteht. Eine so tiefe, auf das blosses Potential von Auswirkungen reduzierte Schwelle würde die Verwaltung nicht entlasten, sondern möglicherweise sogar zu einem Mehraufwand führen. Zudem besteht bei einer derart weit gefassten Aufgreif- und Verbotsschwelle insofern die Gefahr einer willkürlichen Rechtsanwendung, als die Behörden und Gerichte faktisch jede Abrede aufgreifen können, welche sie aus irgendeinem Grund untersagen wollen, bzw. auf Anzeige hin grundsätzlich aufgreifen müssten. Die Möglichkeit, Abreden im Einzelfall aufgrund des Opportunitätsprinzips nicht aufzugreifen, vermag die überschüssige Macht und die sich daraus ergebende Gefahr einer willkürlichen Rechtsanwendung nicht wirksam zu verringern. Die Gefahr liegt darin begründet, dass Abreden in der Rechtsanwendung nach freiem Ermessen aufgegriffen und verboten werden können bzw. dass es darauf ankommen wird, ob Dritte Anzeige erstatten. Es braucht klare und wirksame Kriterien zur Einschränkung der staatlichen Interventionsmacht.<sup>42</sup> Kartellrechtliche Verfahren und Institutionen können andernfalls zu einem ungerechtfertigten Druckmittel verkommen.

[Rz 15] Die Behörden sollten in jedem Einzelfall sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 5 KG nachweisen müssen.<sup>43</sup> Das Argument, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG

---

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.1.4.

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.1.2.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.1.4.

<sup>42</sup> Vgl. generell zur Einschränkung der staatlichen Interventionsmöglichkeiten MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 27.

<sup>43</sup> Vgl. MARTENET/TERCIER (Fn. 18), Art. 1 N. 32; vgl. auch DANIEL ZIMMERLI, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016, in: dRSK, publiziert am 31. Mai 2017, Rz. 18.



aufgrund der für sie geltenden Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs *a maiore ad minus* auch als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu werten sind, geht fehl. Es liesse sich mit mindestens gleicher Berechtigung vertreten, bei Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sei auch die Vermutung einer erheblichen Beeinträchtigung umgestossen.<sup>44</sup> Die Aussage in der Botschaft 1994, wonach die Erheblichkeit bei Widerlegung der Vermutung «in der Regel» vorliegen dürfte,<sup>45</sup> ändert daran nichts.<sup>46</sup> Die Aussage bedeutet nur, dass sich Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG oftmals (eben in der Regel) als erheblich erweisen dürften, aber nicht immer.<sup>47</sup> Aus dieser Formulierung ergibt sich im Gegenteil, dass die *Erheblichkeit nicht immer vorliegt, sondern von den Behörden im Einzelfall zu prüfen und nachzuweisen ist*. In diesem Sinne wird in Bezug auf vertikale Abreden – wobei dies für sämtliche Abreden zu gelten hat – auch im Evaluationsbericht zum Kartellgesetz festgehalten, dass keine allgemein gültigen Aussagen getroffen werden können, sondern dass vielmehr eine Einzelfallbetrachtung angezeigt sei.<sup>48</sup>

[Rz 16] Es wird ebenfalls argumentiert, der Zweck des Kartellgesetzes könne nur schwer erreicht werden, wenn die Behörden die Auswirkungen einer Abrede in jedem Einzelfall positiv nachweisen müssen, weil die von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG statuierten Vermutungen in der Praxis quasi systematisch umgestossen werden.<sup>49</sup> Diese Argumentation missachtet jedoch die Vorgaben des Kartellgesetzes und ist abzulehnen. Es handelt sich um eine ergebnisfixierte Argumentation, welche dazu verwendet werden kann, die Bestimmungen des Kartellgesetzes nach Belieben und entgegen deren klaren Wortlaut auszuweiten. Ausserdem ist fraglich, ob der Zweck des Kartellgesetzes wirklich so zu verstehen ist, wie es durch das eben dargelegte Argument suggeriert wird. Naheliegend ist vielmehr eine Deutung, wonach das Kartellgesetz möglichst wenig in den Wettbewerb eingreifen will, nämlich nur, wenn die betreffenden Verhaltensweisen tatsächlich volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Wie bereits dargelegt, besteht der Zweck des Kartellgesetzes gerade in der Gewährleistung und im Schutz *wirksamen Wettbewerbs*.<sup>50</sup> Wenn allerdings die Schädlichkeit einer Verhaltensweise systematisch und ohne materielle Prüfung unterstellt wird, ist dem Wettbewerb damit nicht geholfen. Dem Zweck des Kartellgesetzes wird man nur gerecht, indem man staatliche Eingriffe in den Wettbewerb auf Fälle beschränkt, in denen der Wettbewerb auch tatsächlich hinreichend beeinträchtigt ist.

[Rz 17] In eine ähnliche Richtung geht schliesslich das Argument, eine strikte Beweisführung sei in der Praxis oft nicht möglich.<sup>51</sup> Gemäss Art. 32 Abs. 1 BV (bzw. Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; EMRK; SR 0.101) müssen die Behörden jedes Tatbestandselement nachweisen.<sup>52</sup> Diese Bestimmung sowie generell die Garantien gemäss

---

<sup>44</sup> BREI (Fn. 11), 327.

<sup>45</sup> Botschaft 1994 (Fn. 27), 566.

<sup>46</sup> So aber Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2.3, 5.2.5.

<sup>47</sup> Dies gesteht auch das Bundesgericht ein (Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2.5, Hervorhebungen im Original): «Sowohl das *systematische* als auch das *teleologische Auslegungselement* führen ebenfalls zum Schluss, dass die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 aufgeführten besonders schädlichen Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen».

<sup>48</sup> Synthesebericht (Fn. 17), 75.

<sup>49</sup> Vgl. HAGER/MURER (Fn. 7), 206.

<sup>50</sup> Vgl. vorstehend III.1.

<sup>51</sup> Vgl. BAUDENBACHER (Fn. 32), Rz. 8 ff.

<sup>52</sup> Vgl. TARKAN GÖKSU, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 32 N. 3.

Art. 6 und 7 EMRK bzw. Art. 30 und 32 BV gelten auch für das Kartellgesetz.<sup>53</sup> Beweisschwierigkeiten vermögen an der Pflicht der Behörden zum Nachweis schädlicher Auswirkungen (oder anderer Tatbestandsvoraussetzungen) nichts zu ändern. Die vorliegende Diskussion betrifft allein die Frage, ob die Erheblichkeit auch angenommen werden darf, wenn keine Auswirkungen auf den Wettbewerb nachgewiesen werden. Die Frage, welches *Beweismass* für den Nachweis dieser Auswirkungen zu fordern ist, hat damit nichts zu tun und muss unabhängig davon beantwortet werden. Es leuchtet ein, dass in der Praxis nicht immer ein Vollbeweis erbracht werden kann. Rechtfertigt man aber die Auslassung der Auswirkungsanalyse damit, dass ein Vollbeweis nicht möglich sei, werden Tatbestandsvoraussetzung und Beweismass vermengt, obwohl es sich dabei definitionsgemäss um zwei verschiedene Prüfpunkte handelt.

#### 4. Notwendigkeit einer Erheblichkeitsprüfung

[Rz 18] Im Rahmen der materiellen Überprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist ein *zweistufiger Test* vorzunehmen. In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob ein Verhalten den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Erst in einem zweiten, *separaten* Schritt ist zu prüfen, ob das betreffende Verhalten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist.<sup>54</sup> Beide Prüfungsschritte müssen durchlaufen werden und der zweite vermag den ersten nicht zu ersetzen.<sup>55</sup> Die Prüfung der (quantitativen) Erheblichkeit kann somit nicht mit dem Hinweis auf die Effizienzprüfung weggelassen werden.<sup>56</sup> Das Bundesgericht äussert sich widersprüchlich dazu, im Ergebnis aber dahingehend, dass die Erheblichkeitsprüfung im Rahmen der Effizienzprüfung zu erfolgen habe, womit es dem Merkmal der Erheblichkeit letztlich implizit jegliche Eigenständigkeit abspricht.<sup>57</sup> Die Analyse der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede ist von der Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz grundlegend verschieden. Erstere betrifft nämlich die Frage, ob überhaupt nachweisbare Schäden entstanden sind, während letztere in gewissen Konstellationen dazu führen soll, dass die Schäden gerechtfertigt sind. Ein den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise beeinträchtigendes Verhalten muss folglich auch dann zulässig sein, wenn es wirtschaftlich ineffizient ist, weil es in diesen Fällen gar nichts zu rechtfertigen gibt.<sup>58</sup> Wenn – so wie das Bundesgericht ausführt – eine effektive Einzelfallprüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG möglich bleiben soll,

---

<sup>53</sup> BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2.

<sup>54</sup> Gl.M. JACOBS (Fn. 20), Art. 96 N. 24; ZIMMERLI (Fn. 11), Rz. 13; vgl. auch EU- Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz. 29.

<sup>55</sup> So aber (zumindest implizit) das Bundesverwaltungsgericht in Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. September 2013 E. 11.3.4; ebenso HAGER/MURER (Fn. 7), 199.

<sup>56</sup> Dies ergibt sich auch aus der bisherigen Praxis der WEKO (vgl. etwa RPW 2013, 313 f., Rz. 208 ff. – Harley-Davidson; 2014, 211 ff. Rz. 229 ff. – Kosmetikprodukte; 2015, 308 ff. Rz. 366 ff., 389 ff. – Türprodukte) und beispielsweise auch aus Art. 14 Abs. 2 KFZ-Bek (Fn. 32); a.M. MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, AJP 2015, 1529 ff., 1535 f., die jedoch im Rahmen der Effizienzprüfung prüfen wollen, ob «trotz der Abrede der Wettbewerb wirksam» bleibt, was aber nicht bei der Effizienzprüfung, sondern eben bei der Prüfung der Erheblichkeit geprüft werden sollte (vgl. Art. 5 Abs. 2 KG).

<sup>57</sup> In Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.1.3 führt das Bundesgericht aus: «Art. 5 Abs. 1 und 2 KG unterscheiden sodann klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. Insofern kann in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein [...]». Umso unverständlicher ist es, dass das Bundesgericht etwas weiter unten im selben Urteil (E. 5.3.2) festhält, eine Einzelfallprüfung werde durch das Urteil nicht verunmöglicht, sondern erfolge im Rahmen der Effizienzprüfung.

<sup>58</sup> JACOBS (Fn. 20), Art. 96 N. 24; ZIMMERLI (Fn. 11), Rz. 13.

müsste auch die Prüfung der quantitativen Erheblichkeit dort durchgeführt werden. Das Bundesgericht prüft dies jedoch im Urteil i.S. Gaba nicht und widerspricht insofern seiner eigenen Aussage, wonach in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein kann.<sup>59</sup>

[Rz 19] Die Weglassung der Auswirkungsanalyse wird auch mit Effizienzgewinnen bei der Sachverhaltsermittlung und der daraus folgenden Beschleunigung der entsprechenden behördlichen Verfahren sowie der sinnvolleren Ressourcenverwendung zu begründen versucht.<sup>60</sup> Dieses Argument ist zu ergebnisfixiert und kann kein Verständnis des Kartellgesetzes rechtfertigen, wonach die Prüfung einer Tatbestandsvoraussetzung einfach ausgelassen werden kann. Wenn die Analyse der Marktwirkungen ausgelassen wird, werden die Behörden und Gerichte nämlich nicht dazu angehalten, die rechtliche Qualifikation der betreffenden Verhaltensweisen und die daraus resultierenden Konsequenzen inhaltlich zu reflektieren.<sup>61</sup> Dies ist in Anbetracht der teilweise sehr hohen Sanktion äusserst bedenklich.

## 5. Die Regelung in der Europäischen Union

[Rz 20] Im Unterschied zur schweizerischen Regelung erklärt das Recht der EU in Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sämtliche Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, welche «den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken», für unzulässig. Im Gegensatz zur Schweizer Regelung ist die Frage, ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, auf *Tatbestandsebene* verortet. Wenn somit die rechtsanwendende Behörde zum Schluss kommt, eine bestimmte Verhaltensweise bezwecke eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der erwähnten Bestimmung, müssen keine Auswirkungen der entsprechenden Abrede nachgewiesen werden.<sup>62</sup>

[Rz 21] Dem europäischen Recht kommt in der Schweizer Rechtspraxis eine beachtliche Bedeutung zu. Aus der Botschaft 1994 geht hervor, dass der Kartellgesetzgeber das Recht der EU berücksichtigt hat. Dies soll einerseits dem Rechtsanwender den Rückgriff auf bewährte wettbewerbspolitische Konzepte ermöglichen und andererseits den in der EU tätigen Schweizer Unternehmen eine gewisse Sicherheit verschaffen, dass sie dort nicht mit grundsätzlich anderen Verhaltensmassstäben konfrontiert werden.<sup>63</sup> Die Ausrichtung am europäischen Wettbewerbsrecht findet allerdings dort ihre Grenzen, wo *aufgrund sachlicher oder systematischer Unterschiede spezifische, vom europäischen Recht abweichende Lösungen erforderlich* waren. In diesem Sinne hat

---

<sup>59</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.3.2.

<sup>60</sup> Vgl. HAGER/MURER (Fn. 7), 201.

<sup>61</sup> Ähnlich bereits RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 93 ff., 129, bei der Beurteilung der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

<sup>62</sup> Vgl. ausführlich VIVIEN ROSE/DAVID BAILEY, in: Vivien Rose/David Bailey (Hrsg.), Bellamy & Child, European Union Law of Competition, 7. Aufl., Oxford 2013, Rz. 2.085 ff.

<sup>63</sup> Botschaft 1994 (Fn. 27), 471.

sich der Schweizer Gesetzgeber beim Erlass des Kartellgesetzes insbesondere bewusst gegen eine Verbotsgesetzgebung entschieden.<sup>64</sup>

[Rz 22] Die vom Gesetzgeber postulierte Europakonformität ist somit keine ausreichende Begründung für die grundsätzliche Erheblichkeit von Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG.<sup>65</sup> Die grundsätzliche Europakonformität darf nämlich nicht einfach als *Europaidentität* verstanden werden.<sup>66</sup> Wenngleich das Kartellgesetz *grundsätzlich* europakonform auszulegen ist, hat der Gesetzgeber der Europakonformität dennoch bewusst und ausdrücklich gewisse *sachliche und systematische Grenzen* gesetzt, welche im Wissen um das Bestreben nach Rechtsgleichheit für Schweizer Unternehmen mit Nachdruck in der Botschaft 1994 mehrfach wiederholt werden.<sup>67</sup> Diese Grenzen wurden auch vom Bundesgericht bereits mehrfach ausdrücklich anerkannt.<sup>68</sup>

[Rz 23] Es ist folglich ohne entsprechende Gesetzesänderung nicht möglich, das Kartellgesetz unter Hinweis auf europäisches Recht entgegen diesen eindeutigen Einschränkungen auszulegen. Andernfalls interpretiert man einen dynamischen Verweis auf das Recht der EU ins Kartellgesetz hinein, welcher nicht mit der Botschaft 1994 vereinbar ist.<sup>69</sup> In der Botschaft 2001 findet sich ebenfalls keine Stütze einer kompletten Europaangleichung, sondern im Gegenteil nur die erneute Erwähnung «bestehender Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- anstatt Missbrauchsprinzip)».<sup>70</sup> Der Wille des Gesetzgebers geht somit nach wie vor dahin, die in der Botschaft 1994 hervorgehobenen bewussten Abweichungen beizubehalten.<sup>71</sup> Diese Tatsache kann auch nicht mit Verweis auf die Voten aus der parlamentarischen Debatte negiert werden. Es mag zutreffen, dass – wie das Bundesgericht argumentiert<sup>72</sup> – gewisse Äusserungen in den parlamentarischen Beratungen für eine dem EU Recht naheliegende Lösung sprechen. Trotzdem geht es nicht an, mit Verweis auf einzelne Voten die Systematik von Art. 5 KG entgegen dessen

---

<sup>64</sup> Botschaft 1994 (Fn. 27), 531, 563; es muss an dieser Stelle angemerkt werden, dass die Begriffe «Missbrauchsgesetzgebung» und «Verbotsgesetzgebung» nicht durchwegs korrekt verwendet werden. Oft ist mit Missbrauchsgesetzgebung gemeint, dass ein Verhalten auf seine Auswirkungen hin überprüft werden muss und nur dann verboten werden darf, wenn es einen gewissen Schädlichkeitsgrad erreicht (vgl. WALTER R. SCHLUEP, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 ff., 802). In diesem Zusammenhang bemerkt HEINEMANN (Fn. 32), 444, zutreffend, dass auch eine Verbotsgesetzgebung die Auswirkungen eines wettbewerbsrelevanten Verhaltens in die kartellrechtlichen Tatbestände aufnehmen kann, während umgekehrt auch im Rahmen einer reinen Missbrauchsgesetzgebung typisierte Tatbestände ohne Wirkungsanalyse eingeführt werden können.

<sup>65</sup> So aber dennoch Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.3.4, 6.2.3.

<sup>66</sup> Bereits im Vernehmlassungsbericht wird darauf hingewiesen, dass es sich beim Vorentwurf trotz Europakompatibilität um einen helvetisch-eigenständigen Entwurf handle (Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für eine Totalrevision des Kartellgesetzes vom 3. September 1993, 13). Im Rahmen der Ausführungen zur Grundsatzbestimmung des Vorentwurfs (Art. 19 des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 3. September 1993) wurde auch festgehalten, dass es auf die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung ankomme (Erläuternder Bericht 1993, 22).

<sup>67</sup> Vgl. etwa Botschaft 1994 (Fn. 27), 471, 495, 530 ff., 563, 584 f., 632 ff.

<sup>68</sup> BGE 137 II 199, 209 f. E. 4.3.2; 124 III 495, 498 E. 2a mit Verweis auf die Botschaft 1994 (Fn. 27), 471, 632 ff.; Auch im Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba bezieht sich das Bundesgericht auf diese Grenzen (vgl. u.a. E. 6.2.3: «ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen» und «Bei aller geforderten Parallelität darf nicht vergessen werden» und E. 6.4.4: «EU-Kartellrecht [...] in der Schweiz nicht [gilt]»), ohne aber daraus den Schluss zu ziehen, den es in bisherigen Urteilen zog.

<sup>69</sup> Vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, sic! 2004, 911 ff., 922; dass es keinen dynamischen Verweis gibt, anerkennt auch das Bundesgericht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 6.2.3).

<sup>70</sup> Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff., 2051.

<sup>71</sup> RAASS (Fn. 69), 922; vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_343/2010 und 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 E. 4.3.2; MONIQUE STURNY, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012 (ZSR Beiheft 50), 107 ff., 116.

<sup>72</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.3.4, 6.2.3.

klaren Wortlauts verändern zu wollen. Somit rechtfertigt es sich nicht, eine Vermutung plötzlich als Verbot zu qualifizieren, bloss weil absoluter Gebietsschutz von einigen Parlamentariern als besonders problematisch angesehen wurde. Ausserdem bedeutet eine Lösung, die «dem EU-Recht möglichst nahe liegt»,<sup>73</sup> nicht dasselbe wie eine Lösung, die mit dem EU-Recht identisch ist. Im Gegenteil lassen die vom Bundesgericht zitierten Voten durchaus Raum für die erwähnten sachlichen und systematischen Unterschiede. Sie können mit mindestens gleicher Berechtigung dahingehend verstanden werden, dass Gebietsabschottungen zwar verhindert werden müssen, jedoch nicht – wie im System der EU – mit per se-Tatbeständen, sondern «nur» mit Vermutungen, bei deren Widerlegung eine Wettbewerbsbeeinträchtigung von den Behörden nachzuweisen ist. Im Übrigen beziehen sich die vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente auf Art. 5 Abs. 4 KG, mit anderen Worten auf vertikale Abreden und nicht auf horizontale. Trotzdem unterscheidet das Bundesgericht in Bezug auf die Schlussfolgerung der grundsätzlichen Erheblichkeit nur ungenügend zwischen Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG.

[Rz 24] Darüber hinaus sollte – wenn man sich schon dem europäischen Recht annähern will – das Schweizer Recht im Ergebnis höchstens gleich streng sein wie das europäische. Die vom Bundesgericht im Urteil i.S. Gaba postulierte Lösung geht jedoch weiter und führt im Ergebnis zu einem strengeren Regime als in der EU. Der Ausnahmekatalog des europäischen Rechts ist nämlich breiter als jener in Art. 5 Abs. 2 KG. Dem Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba lässt sich nicht entnehmen, ob die Rechtfertigung nur im Falle der beschränkten Ausnahmen gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG oder auch aus anderen Gründen möglich ist. Hinzu kommt, dass im europäischen System alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen grundsätzlich rechtfertigungsfähig sind, im System der Schweiz jedoch nicht, weil Art. 5 Abs. 2 KG nicht auf Abreden anwendbar ist, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen.<sup>74</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht festhält, EU-Kartellrecht gelte in der Schweiz nicht und die von der Beschwerdeführerin zitierten EU Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>75</sup> seien daher nicht anwendbar.<sup>76</sup> Wie das Bundesgericht zu diesem Schluss gelangt, nachdem es in weitschweifigen Ausführungen dargelegt hat, weshalb in der Schweiz in Bezug auf Vertikalabreden die gleiche Rechtslage bestehen soll wie in der EU, ist schleierhaft. Jedenfalls ist das Ergebnis problematisch, weil es zu einem strengeren Regime führt als in der EU und eine erhebliche Rechtsunsicherheit schafft. Dies ist wiederum schwer mit der Aussage des Bundesgerichts in Einklang zu bringen, wonach «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»<sup>77</sup> und wonach die Annahme einer grundsätzlichen Erheblichkeit von Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die Rechtssicherheit fördern soll.<sup>78</sup> Im Sinne dieser Aussagen ist davon auszugehen, dass das

---

<sup>73</sup> ROLF BÜTTIKER, AB 2003 S 330; die Voten von FRITZ SCHIESSER und ROLF BÜTTIKER werden sowohl von den Gerichten als auch in der Literatur regelmässig zitiert.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 KG; HEINEMANN (Fn. 7), Rz. 4.

<sup>75</sup> Die 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 und die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Europäischen 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.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 6.4.4.

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 6.2.3 mit Verweis auf die parlamentarische Debatte, insbesondere die Voten von FRITZ SCHIESSER und ROLF BÜTTIKER (AB 2003 S 329 f., 331 und 330 f.).

<sup>78</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2.4, 6.2.3.

Bundesgericht keine schärfere Regelung als diejenige der Europäischen Union begründen wollte und – wenn man sich schon dem europäischen Recht annähern will – nicht selektiv einzelne Elemente berücksichtigt oder ausgeblendet werden sollen. Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht seine Praxis in diesem Sinne präzisieren würde.

## 6. Gescheiterte Teilrevision 2012

[Rz 25] Das hier befürwortete Verständnis des Kartellgesetzes wird auch von der Tatsache gestützt, dass die geplante Teilrevision aus dem Jahr 2012 gescheitert ist.<sup>79</sup> Im entsprechenden Entwurf war vorgesehen, Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG generell für unzulässig zu erklären, sofern sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.<sup>80</sup> Es sollte mit anderen Worten von Vermutungstatbeständen zu Teilkartellverboten mit Rechtfertigungsmöglichkeit gewechselt werden. Es geht nicht an, die im Rahmen dieses Revisionsversuchs nicht angenommenen Teilkartellverbote durch das Hintertürchen der Rechtsprechung dennoch einzuführen. Der Einwand, das Scheitern der Revision habe diverse andere Gründe,<sup>81</sup> überzeugt nicht.<sup>82</sup> Es ist nicht entscheidend, *weshalb* die Revision 2012 gescheitert ist, sondern vielmehr *dass* sie gescheitert ist. Aus dieser Tatsache allein lässt sich nämlich ohne weiteres ableiten, dass Teilkartellverbote, wie sie neuerdings vom Bundesgericht postuliert werden, nicht eingeführt wurden und damit *de lege lata* nicht bestehen können; zu deren Einführung bedürfte es zwingend einer Gesetzesänderung.<sup>83</sup> Das Argument, die Verfassung stünde dem Erlass selektiver Kartellverbote nicht entgegen,<sup>84</sup> ist nicht stichhaltig. Die *Einführung* von Kartellverboten obliegt allein dem Gesetzgeber. Dieser hat sich allerdings mit dem Kartellgesetz für ein bestimmtes System entschieden und dieser Entscheid ist für die rechtsanwendenden Behörden massgebend. Wie ZÄCH – in anderem Zusammenhang aber dennoch inhaltlich äusserst passend zur vorliegenden Debatte – zutreffend bemerkt, «wird übersehen, dass klare gesetzliche Regelungen nicht durch die rechtsanwendenden Behörden, sondern nur durch die Gesetzgebung geändert werden dürfen.»<sup>85</sup>

## IV. Notwendigkeit einer restriktiven Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG

### 1. Problematik

[Rz 26] Eine Verhaltensweise kann nur nach Art. 5 KG für unzulässig erklärt werden, wenn es sich dabei überhaupt um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt. Daher

---

<sup>79</sup> Die Revision scheiterte am 17. September 2014 am definitiven Nichteintreten des Nationalrates (vgl. AB 2014 N 1563).

<sup>80</sup> Vgl. BBl 2012 3989 f.

<sup>81</sup> So HEINEMANN (Fn. 32), 453.

<sup>82</sup> Ebenfalls nicht überzeugend ist das teilweise im Rahmen der Teilrevision 2012 vorgebrachte Argument, es bestehe kein Bedarf für eine Revision, weil das Bundesverwaltungsgericht in seiner – wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend II): uneinheitlichen und widersprüchlichen – Praxis bereits Teilkartellverbote eingeführt habe. Dieses Argument überzeugt auch nicht, wenn es zur Rechtfertigung des Urteils des Bundesgerichts i.S. Gaba vorgebracht wird.

<sup>83</sup> GL.M. CARRON/KRAUSKOPF (Fn. 7), Rz. 7.

<sup>84</sup> HAGER/MURER (Fn. 7), 198 f.

<sup>85</sup> ROGER ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? – Schranken des Rechts, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/St. Gallen 2009, 1 ff., 7.

ist, wenn bei Tatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG von grundsätzlicher Erheblichkeit und damit von grundsätzlichen Verboten ausgegangen wird, wenigstens Art. 4 Abs. 1 KG eng auszulegen. Eine nicht enge Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG wäre höchstens dann gerechtfertigt, wenn im Rahmen der effektiven materiellen Prüfung gemäss Art. 5 KG lediglich jene Abreden als unzulässig qualifiziert werden, welche sich tatsächlich negativ auf den Wettbewerb auswirken. Das Kartellgesetz darf auf keinen Fall in einem ersten Schritt auf möglichst viele Verhaltensweisen angewandt werden, unabhängig von deren rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung, sofern nicht in einem zweiten Schritt im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 5 KG jene Abreden für zulässig erklärt werden, welche den Wettbewerb nicht tatsächlich beeinträchtigen. Die Qualifikation einer bestimmten Verhaltensweise als Wettbewerbsabrede im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG darf nicht mit der Prüfung ihrer Zulässigkeit vermengt werden, sondern bildet vielmehr eine Voraussetzung für deren Durchführung.<sup>86</sup> Diese Balance wird durch gewisse im Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba vorzufindende Aussagen in Frage gestellt, weil danach die materielle Prüfung der entsprechenden, möglicherweise unschädlichen Verhaltensweisen faktisch abgeschafft zu werden droht. Diese Problematik wird auch nicht durch die Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG entschärft, weil – wie gezeigt – diese die Erheblichkeitsprüfung nicht zu ersetzen vermag.<sup>87</sup>

[Rz 27] Das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba könnte weitreichende Folgen für eine Vielzahl von praktisch relevanten Abreden haben, wie beispielsweise Vertriebsverträge (im Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba wurde der untersuchte Lizenzvertrag als Vertriebsvertrag qualifiziert), Alleinbezugsverträge, Technologietransfer-/Lizenzverträge im Sinne der EU Gruppenfreistellungsverordnung betreffend Technologietransfer-Vereinbarungen,<sup>88</sup> Arbeitsgemeinschaften, Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf, Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion (Spezialisierung) und andere Arten von Kooperationsvereinbarungen, welche als Preis-, Mengen- bzw. Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG qualifiziert werden können. Probleme können zudem insbesondere beim Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern und bei Preisempfehlungen von Lieferanten gegenüber Vertriebspartnern auftreten. Es erscheint daher umso wichtiger, dass im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG nicht einfach sämtliche Verhaltensweisen als Wettbewerbsabrede qualifiziert und bis zu Art. 5 KG «durchgewinkt» werden, sondern dass die relevanten Tatbestandsmerkmale genau geprüft und konsequent angewendet werden.<sup>89</sup> Dies soll im Folgenden näher erörtert werden, wobei ein besonderer Fokus auf den Informationsaustausch und auf Preisempfehlungen gelegt wird, weil sich an diesen praktisch relevanten Arten der Kooperation die vorliegende Problematik gut veranschaulichen lässt.

---

<sup>86</sup> WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 5. Band, 2. Teilband, 55 ff., 58.

<sup>87</sup> Vorstehend III.4.

<sup>88</sup> Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Europäischen 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.

<sup>89</sup> Gl.M. RAFFAEL GÜBEL, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, AJP 2017, 50 ff., 50.

## 2. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

[Rz 28] Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss zunächst eine (rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare) Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen, mithin zwischen den Parteien ein gewisser Konsens herrschen.<sup>90</sup> Dieser Konsens kommt in allen drei Erscheinungsformen der Abrede durch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Koordination zum Ausdruck.<sup>91</sup> Ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten reicht dabei noch nicht aus, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Bei einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG lassen die Wettbewerbsteilnehmer mit anderen Worten bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten und ihr Gleichverhalten ist nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern erfolgt vielmehr planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktinformationen.<sup>92</sup> Dementsprechend ist das massgebende Unterscheidungskriterium, ob die Beteiligten einen bestimmten gemeinsamen «Plan» verfolgen. Die Parteien schalten mithin durch ihre Handlungsweise vorübergehend einige Wettbewerbsbedingungen des Marktes aus. Darin besteht gewissermassen die Gegenseitigkeit der Vorgehensweise.<sup>93</sup>

[Rz 29] Diese Abgrenzung ist strikt anzuwenden: Es genügt somit nicht jedes Gleichverhalten, sondern erforderlich ist vielmehr eine Fühlungnahme, welche bezweckt oder bewirkt, das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder den Mitbewerber über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen.<sup>94</sup> Gewöhnliches oder gleichförmiges Parallelverhalten ist hingegen nicht als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.<sup>95</sup> Das gleiche gilt für strukturbedingtes Parallelverhalten, weil dabei die betreffenden Unternehmen ebenfalls keinen gemeinsamen Plan verfolgen, sondern ihr Verhalten aufgrund einer gegenseitigen Reaktionsverbundenheit annähern.<sup>96</sup> Aus diesen Gründen sollte beispielsweise die blosser Befolgung von Preisempfehlungen des Herstellers durch die betroffenen Händler für sich allein unter keinen Umständen bereits als Abrede qualifiziert werden.<sup>97</sup> Die WEKO hat in solchen Fällen in der Vergangenheit allerdings (zu) stark auf den Befolgungsgrad abgestellt.<sup>98</sup> Dies ist problematisch, weil damit die Zulässigkeit einer Preisempfehlung im Ergebnis nicht vom Verhalten des Empfehlungsgebers abhängig ist, sondern allein davon, ob und inwieweit die betreffenden Preisempfehlungen von den Empfehlungsempfängern – möglicherweise zufällig – eingehalten werden. Abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen ausnahmsweise eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gelingt, wären somit alle Preisempfehlungen unzulässig, welche von einer gewissen Anzahl Händlern befolgt werden, selbst wenn der betreffende Hersteller in keiner Weise Druck ausübt oder Anreize schafft. Die Hersteller können aber den Befolgungsgrad der Händler nicht vorhersehen und dürfen die-

---

<sup>90</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 32), Art. 4 Abs. 1 N. 21.

<sup>91</sup> Vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 N. 79, 101.

<sup>92</sup> BGE 129 II 18, 27 E. 6.3; vgl. auch Botschaft 1994 (Fn. 27), 545.

<sup>93</sup> RPW 2010, 736 Rz. 176 – Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren; vgl. SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Fn. 21), Art. 4 N. 46; STOFFEL (Fn. 86), 60.

<sup>94</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 16. Dezember 1975 C-40-48/73 *Suiker Unie*, Rz. 173 f.

<sup>95</sup> NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 108, 110 f.

<sup>96</sup> NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 116.

<sup>97</sup> GIGER (Fn. 32), 864 f.; vgl. Ziff. 15 Abs. 2 VertBek.

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2010, 662 f. Rz. 111 ff. – Hors-Liste Medikamente.



sen auch nicht überwachen. Qualifiziert man daher eine Preisempfehlung allein aufgrund des Befolungsgrades als Wettbewerbsabrede, wird die Publikation von Preisempfehlungen faktisch verboten.<sup>99</sup>

[Rz 30] In Bezug auf den Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern ist zudem besondere Zurückhaltung im Fall von reiner Transparenzerhöhung zu fordern. Das Kartellgesetz verlangt für das Vorliegen einer Abrede entweder eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise. Da im Fall eines (nicht zu einer Abrede akzessorischen) Informationsaustausches keine Vereinbarung vorliegt, muss eine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden, was unter anderem eine *tatsächliche Angleichung des Marktverhaltens* bedingt.<sup>100</sup> Die WEKO hat jedoch – in einem älteren Entscheid – in einem *obiter dictum* festgehalten, dass von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Transparenzerhöhung dazu führen können, dass die Unternehmen ihr Verhalten implizit aufeinander abstimmen können, weshalb ein transparenzförderndes Verhalten den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen kann.<sup>101</sup> Diese Ansicht ist abzulehnen. Wie bereits erwähnt, besteht die Verhaltensgegenseitigkeit und damit das bewusste und gewollte Zusammenwirken im Falle einer abgestimmten Verhaltensweise darin, dass die beteiligten Wettbewerbsteilnehmer planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktinformationen die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen. Die einzelnen Elemente sind dabei klar voneinander zu trennen.<sup>102</sup> Folglich kann eine abgestimmte Verhaltensweise nicht ohne tatsächliche Verhaltensabstimmung angenommen werden, denn die Abrede besteht bei dieser Erscheinungsform von Art. 4 Abs. 1 KG in ebendiesem (durch Informationsaustausch ermöglichten) abgestimmten Gleichverhalten und nicht im Austausch der Informationen allein.<sup>103</sup>

### 3. Kausale Verhaltensangleichung

[Rz 31] Im Falle der abgestimmten Verhaltensweise muss zwischen den relevanten Kommunikations- oder Verhaltenssteuerungsinstrumenten (Informationen, Anreize etc.) und der tatsächlichen Verhaltensangleichung ein Kausalzusammenhang bestehen.<sup>104</sup> Im europäischen Recht existiert diesbezüglich eine (widerlegbare) Kausalitätsvermutung.<sup>105</sup> Vermutet wird aber nicht, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten abgestimmt haben, sondern lediglich dass die Abstimmung (d.h. die relevante Kommunikation) für das abgestimmte Verhalten kausal ist.<sup>106</sup>

---

<sup>99</sup> Vgl. GIGER (Fn. 32), 864 f., 875.

<sup>100</sup> GÜBELI (Fn. 89), 56, 60; MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, 91 ff., Rz. 4.9, 4.15; vgl. auch BGE 129 II 18, 27 E. 6.3.

<sup>101</sup> Vgl. RPW 2004, 736 Rz. 34 – Schlachtschweine.

<sup>102</sup> ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Diss. Zürich 2012, Baden-Baden 2012 (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 260), 311.

<sup>103</sup> Vgl. NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 100, 103 f.

<sup>104</sup> Vgl. RPW 2004, 739 Rz. 41 – Schlachtschweine; GÜBELI (Fn. 89), 55; NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 103; MANI REINERT, Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht – Eine Kritik des Entscheids Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente, in: Marc Amstutz/Inge Hochreutener/Walter A. Stoffel (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, 21 ff., 27.

<sup>105</sup> Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands* Rz. 34; Urteil des EuGH vom 8. Juli 1991 C-49/92 P *Anic Partecipazioni* Rz. 121.

<sup>106</sup> BLATTMANN (Fn. 102), 311.

[Rz 32] Das Schweizer Kartellrecht kennt zwar keine entsprechende Vermutung, unterscheidet sich aber im Ergebnis kaum von der Situation in der EU. Dies liegt daran, dass die Verhaltensabstimmung im Rahmen der Beweiswürdigung quasi unterstellt wird, sofern zwischen den betreffenden Unternehmen irgendwelche Kommunikation stattgefunden hat.<sup>107</sup> So vertrat die WEKO etwa im Fall Baubeschläge die Ansicht, dass kein Informationsaustausch hätte stattfinden müssen, wenn damit nicht eine Verhaltensabstimmung beabsichtigt war.<sup>108</sup> Problematisch ist, dass diese «Vermutung» in der Praxis nur schwer zu überwinden ist. Es genügt der WEKO anscheinend nicht, wenn exogene Faktoren für Preiserhöhungen «nur» mitursächlich sind.<sup>109</sup> Folglich müssten die betreffenden Unternehmen beweisen, dass der erfolgte Informationsaustausch für die Verhaltensangleichung *nicht* kausal war. Negative Kausalzusammenhänge können aber nicht bewiesen werden. Diese Praxis ist klar abzulehnen, denn sie führt dazu, dass selbst bei glaubhafter Darlegung exogener Faktoren, welche sämtliche relevanten Preisveränderungen erklären können, ohne Nachweis der Kausalität auf eine abgestimmte Verhaltensweise geschlossen werden kann – und dies, wie gezeigt, ohne dass das beschuldigte Unternehmen eine Möglichkeit hat, das Gegenteil zu beweisen.<sup>110</sup>

[Rz 33] Nach der hier vertretenen Ansicht setzt das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise und damit einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG voraus, dass die Behörden die kausale Verhaltensangleichung nachweisen, und es muss ausreichen, wenn das beschuldigte Unternehmen für erfolgte Preisangleichungen oder andere Arten des Gleichverhaltens hinreichend plausible Gründe darlegt. Andernfalls ist das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise und damit einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen.<sup>111</sup> Man darf nicht vergessen, dass es gerade Sinn und Zweck des Wettbewerbs ist, dass die Unternehmen ihre Preise kontinuierlich anpassen. Damit verbunden ist zwingend auch ein gewisses Gleichverhalten. Es wäre daher verfehlt, bereits auf eine abgestimmte Verhaltensweise zu schliessen, bloss weil zwischen den betreffenden Unternehmen Kontakte stattgefunden haben. Die Kausalität ist ein separates Tatbestandsmerkmal mit eigenem Gehalt und muss in jedem Fall getrennt überprüft werden. Aufgrund der Tatsache, dass es im Schweizer Kartellrecht keine Kausalitätsvermutung gibt, darf von den beteiligten Unternehmen nicht der Beweis des Gegenteils verlangt werden, weil dies einer unzulässigen Beweislastumkehr gleichkäme. Vielmehr muss es ausreichen, wenn die Unternehmen den Gegenbeweis anführen, wobei an diesen keine unrealistischen Anforderungen gestellt werden dürfen. Folglich muss es genügen, wenn die betroffenen Unternehmen ihr Verhalten mittels exogener Faktoren hinreichend plausibel begründen und damit Zweifel an der Kausalität aufkommen lassen.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> Vgl. BLATTMANN (Fn. 102), 313 f.

<sup>108</sup> RPW 2010, 738 Rz. 183 f. – Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren; ähnlich Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 62: «Erhält ein Unternehmen strategische Daten von einem Wettbewerber (in einer Sitzung, per Post oder elektronisch), wird davon ausgegangen, dass es die Informationen akzeptiert und sein Marktverhalten entsprechend angepasst hat, es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass es die Daten nicht bekommen will».

<sup>109</sup> RPW 2012, 642 Rz. 260 – Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen: «Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass exogene Ursachen mit ursächlich für Preiserhöhungen sind, stellt die Koordination deren Höhe und der genaue Zeitpunkt der Umsetzung unter Wettbewerbern eine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Die genaue Ursache der Preiserhöhung ist unerheblich, entscheidend ist, dass die Höhe von Preiserhöhungen und deren Zeitpunkt nicht abgesprochen werden dürfen».

<sup>110</sup> Vgl. RPW 2004, 736 Rz. 33 ff. – Schlachtschweine; zur Kausalitätsvermutung GÜBELI (Fn. 89), 55 m.w.H.

<sup>111</sup> Gl.M. NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 108, 110 f.

<sup>112</sup> BLATTMANN, (Fn. 102), 313 ff.

#### 4. Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung

[Rz 34] Eine Abrede bezweckt dann im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie objektiv geeignet ist, eine solche herbeizuführen.<sup>113</sup> Diese schweizerische Begriffsdefinition ähnelt stark der europäischen, wonach eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dann vorliegt, wenn eine Abrede «ihrem Wesen nach geeignet» ist, den Wettbewerb erheblich zu beschränken.<sup>114</sup> Nicht von Bedeutung sind die Motive der an der Abrede beteiligten Wettbewerber.<sup>115</sup> Erforderlich ist, dass die Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.<sup>116</sup> Die Definition des EuGH verdeutlicht die restriktive Natur des Kriteriums. In diesem Sinne hat der Gerichtshof im Fall *Cartes Bancaires* zutreffend festgehalten, dass der *Begriff der «bezweckten Wettbewerbsbeschränkung» eng auszulegen* sei. Dieser könne nur auf bestimmte Arten der Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, und folglich davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist. Andernfalls würde nämlich die Kommission von der Verpflichtung entbunden, die konkreten Auswirkungen von jenen Abreden zu beweisen, bei denen gar nicht feststeht, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs sind.<sup>117</sup>

[Rz 35] Wenn die Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG nicht mehr analysiert werden müssen, beschränkt sich die materielle Prüfung auf die Frage, ob die betreffende Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, und wird damit auf die Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG vorverschoben. Es ist deshalb zentral, dass der Begriff «bezwecken» nicht sämtliche Abreden umfasst, bei welchen eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich im Bereich des Möglichen liegt.<sup>118</sup> Dies dürfte nämlich auf eine Vielzahl unschädlicher Abreden zutreffen. Die Abrede muss die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines relevanten Wettbewerbsparameters vielmehr zum *Gegenstand* haben.<sup>119</sup> Somit sind insbesondere Abreden, welche den Wettbewerb bloss beschränken *könnten*, nicht automatisch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Vielmehr sind nur jene Abreden objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, deren – wie auch im Sinne des EuGH-Urteils i.S. *Cartes Bancaires* eng auszulegender – Zweck tatsächlich und objektiv betrachtet direkt in der Beschränkung des Wettbewerbs besteht, und welche in der Regel auch tatsächlich eine entsprechende Beschränkung zur Folge haben.

[Rz 36] Dies ist namentlich für den Austausch von Informationen unter Wettbewerbern von Bedeutung. Nach Ansicht der WEKO kommt dabei folgenden Kriterien eine entscheidende Rolle zu: Inhalt der ausgetauschten Informationen, Aggregationsniveau, Aktualität der Informationen, Frequenz des Informationsaustausches, Homogenität der Produkte oder Dienstleistungen, Markt-

---

<sup>113</sup> RPW 2001, 308 Rz. 17 ff. – JC Decaux/Affichage; sog. objektivierter Zweckbegriff; vgl. etwa NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 71; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, Stämpflis Handkommentar (Fn. 18), Art. 4 N. 24.

<sup>114</sup> Urteil des EuGH vom 20. November 2008 C-209/07 *BIDS* Rz. 17; *Horizontalleitlinien* (Fn. 54), Rz. 24, 72.

<sup>115</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 32), Art. 4 Abs. 1 N. 81; GÜBELI (Fn. 89), 58; vgl. auch RHINOW/BIAGGINI (Fn. 61), 101.

<sup>116</sup> Urteil des EuGH vom 26. November 2015 C-345/14 *Maxima Latvija* Rz. 20; Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P *CB/Kommission* Rz. 57.

<sup>117</sup> Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P *CB/Kommission* Rz. 58.

<sup>118</sup> Vgl. dazu auch die vom EuGH i.S. *Cartes Bancaires* postulierte enge Auslegung des Merkmals des Bezweckens; vgl. ferner BREI (Fn. 11), 327.

<sup>119</sup> STOFFEL (Fn. 86), 63.

konzentration.<sup>120</sup> Die Kriterien lehnen sich stark an diejenigen in der EU an.<sup>121</sup> Es wird klar, dass die Möglichkeiten der Unternehmen dadurch stark eingeschränkt werden, zumal eine zuverlässige *ex ante* Abschätzung angesichts der unklaren Anwendung und Gewichtung der Kriterien in der Regel schwierig ist. Besonders problematisch ist, dass selbst der Austausch öffentlicher Informationen unzulässig sein kann, wenn der Begriff der Öffentlichkeit eng ausgelegt wird: Sofern die betreffenden Informationen nicht für alle Wettbewerber und Kunden gleichermaßen einfach und günstig zugänglich sind, gelten sie offenbar bereits nicht mehr als öffentlich.<sup>122</sup> Zudem kann sogar der Austausch echter öffentlicher Informationen (im Sinne der eben genannten Definition) unzulässig sein, wenn dadurch die Ungewissheit auf dem Markt verringert wird.<sup>123</sup> Dieses Verständnis von Art. 4 Abs. 1 KG ist nach der hier vertretenen Ansicht eindeutig zu weit. Der blosser Austausch öffentlich zugänglicher Informationen stellt noch keine *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung dar, selbst wenn es sich dabei um aktuelle Informationen handelt. Es muss einem Unternehmen möglich sein, Marktforschung zu betreiben. Folglich kann es beispielsweise keinen Unterschied machen, ob die Informationen von den beteiligten Unternehmen selbst zusammengetragen werden oder ob die Informationen, meist aus Gründen der Aufwandverringerung, in bereits gesammelter Form ausgetauscht werden. Die dadurch entstehenden Effizienzgewinne kommen letztlich den Konsumenten zugute.

[Rz 37] Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Abreden, welche eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezwecken, bisher teilweise auch unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fielen und *vice versa*.<sup>124</sup> Die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG und die Prüfung von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG bilden jedoch zwei separate Prüfpunkte. Es ist deshalb davon Abstand zu nehmen, zuerst die Qualifikation gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorzunehmen und danach die bezweckte Wettbewerbsbeeinträchtigung ohne weitere Ausführungen zu unterstellen. Wenn eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise keine Wettbewerbsbeeinträchtigung *bezweckt*, darf sie gar nicht erst unter Art. 5 KG geprüft werden. Die Subsumtion einer Verhaltensweise unter Art. 4 Abs. 1 KG muss – prüfungsmethodisch korrekt – zuerst vorgenommen werden und nicht «beiläufig» im Rahmen von Art. 5 KG, denn eine Abrede muss nicht zwingend eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezwecken, bloss weil sie unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG subsumiert werden kann (ganz abgesehen davon, dass nicht jede Verhaltensweise, die unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG subsumiert werden kann, zwingend eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt). Als Beispiel dafür können Arbeitsgemeinschaften (ARGE) genannt werden, welche in der Regel auch Abreden über Preise beinhalten dürften. Nach Ansicht der WEKO stellen ARGEs aber grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> RPW 2007, 143 f. Rz. 34 ff. – Praxis im Versicherungsbereich; vgl. auch BLATTMANN (Fn. 102), 294 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 86 ff.

<sup>122</sup> Vgl. RPW 2014, 380 Rz. 53 – Meldesystem Baumeisterverbände; 2011, 538 Rz. 49 – ASCOPA; Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 92.

<sup>123</sup> Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 93.

<sup>124</sup> Vgl. NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 72.

<sup>125</sup> So die WEKO ausdrücklich in RPW 2014, 5 – Jahresbericht 2013 der WEKO; die WEKO betont darin ausdrücklich, dass kein Interesse bestehe, Arbeitsgemeinschaften generell zu verbieten. Die Frage nach der Qualifikation einer ARGE als Wettbewerbsabrede wird in der Praxis oftmals anhand der Anzahl eingereicherter Angebote beurteilt. Sofern die ARGE eine anbotserhöhende oder zumindest neutrale Wirkung aufweist, mit anderen Worten Offerten begünstigt oder überhaupt erst ermöglicht, handelt es sich nicht um eine Wettbewerbsabrede im kartellrechtlichen Sinn (vgl. RPW 2013, 528 Rz. 12 – Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; ähnlich Horizontalleitlinien (Fn. 54) Rz. 30). Nach Ansicht der WEKO sind ARGEs dann problematisch, wenn die beteiligten Unternehmen auch ohne ARGE in der Lage wären, das betreffende Projekt zu realisieren (RPW 2013, 528 f. Rz. 12 – Strassen- und Tiefbau

[Rz 38] Generell sollte auch bei der Subsumtion einer bestimmten Verhaltensweise unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG mit der gebotenen Zurückhaltung vorgegangen werden.<sup>126</sup> Bloss weil eine Verhaltensweise oder eine Abrede Preise, Mengen oder Gebiete betrifft, muss es sich noch nicht um eine Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG handeln.

## 5. Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

[Rz 39] Eine Abrede bewirkt bislang nur eine Wettbewerbsbeschränkung, sofern sie sich schädlich auf den relevanten Markt auswirkt, wobei es für die Zwecke von Art. 4 Abs. 1 KG bereits ausreichend ist, wenn diese Wirkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintreten wird.<sup>127</sup> Im europäischen Recht ist dies dann der Fall, wenn die Abrede tatsächlich oder wahrscheinlich spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des relevanten Marktes hat.<sup>128</sup> «Wahrscheinlich» bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Parteien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit aufgrund der Vereinbarung in der Lage wären, gewinnbringend den Preis zu erhöhen oder Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation zu reduzieren.<sup>129</sup>

[Rz 40] Auch hinsichtlich dieser Tatbestandsvoraussetzung ist Zurückhaltung zu fordern und eine zu rasche Annahme ausreichender Marktwirkungen ist abzulehnen, insbesondere wenn die Wahrscheinlichkeit zukünftiger, noch nicht eingetretener Wirkungen zu beurteilen ist. Für die Annahme entsprechender Auswirkungen reicht es nicht aus, dass diese eintreten *könnten*, sondern deren Eintreten muss naheliegend erscheinen. Vor diesem Hintergrund wird beispielweise eine Preisempfehlung, welche lediglich von 12% der Adressaten befolgt wird, regelmässig keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.<sup>130</sup> Freilich ist, wie vorstehend erwähnt, der Befolungsgrad allein bereits für die Annahme einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ungenügend.

[Rz 41] Die Definition von «bewirken» ist jener von «bezwecken» relativ ähnlich.<sup>131</sup> Eine Abrede, welche ihrem Wesen nach zur Herbeiführung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen geeignet ist («bezwecken»), wird sich regelmässig auch tatsächlich auf dem relevanten Markt auswirken («bewirken») und eine Abrede, welche wahrscheinlich Auswirkungen auf den Markt haben wird («bewirken»), dürfte in der Regel auch eine entsprechende Eignung aufweisen («bezwecken»).

---

im Kanton Zürich). Eine entsprechende Abschätzung kann aber in der Praxis schwierig sein, insbesondere weil den betreffenden Unternehmen oft nur sehr kurze Zeit für entsprechende Abklärungen zur Verfügung steht. Zudem dürfte eine ARGE in der Praxis auch oft eingegangen werden, weil durch die Zusammenlegung von Spezialisierung, Kapazitäten, Ressourcen, Know-how etc. qualitativ besser und/oder günstiger offeriert werden kann. Hinzu kommt, dass ein Bauunternehmen nicht garantieren kann, dass der Partner einer geplanten ARGE nicht aus dieser aussteigt und ein eigenes Angebot unterbreitet. Ein selbständiges Angebot könnte jedoch von den Behörden als Beweis dafür angesehen werden, dass das Unternehmen das Projekt doch allein ausführen kann (vgl. NICOLAS BIRKHÄUSER, Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, 60 ff., 79). ARGEs dürfen deshalb nur mit grosser Zurückhaltung bei einem Fehlen von Gründen für deren Eingehen als unzulässige Wettbewerbsabreden qualifiziert werden.

<sup>126</sup> So auch BALDI, AJP 2017 (Fn. 32), 620.

<sup>127</sup> Vgl. RPW 1997, 464 Rz. 25 – Kodex zwischen Krankenversicherern; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 32), Art. 4 Abs. 1 N. 83 f.; NYDEGGER/NADIG (Fn. 91), Art. 4 Abs. 1 N. 75.

<sup>128</sup> Urteil des EuGH vom 26. November 2015 C-345/14 *Maxima Latvija* Rz. 30; Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 26.

<sup>129</sup> Horizontalleitlinien (Fn. 54), Rz. 28.

<sup>130</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.4.5.

<sup>131</sup> Vgl. vorstehend IV.4.

Deshalb sollten die rechtsanwendenden Behörden nicht direkt auf wahrscheinliche Auswirkungen («bewirken») schliessen, wenn die Schwelle des Bezweckens trotz grundsätzlicher Eignung nicht erreicht wird. Das Kriterium des Bewirkens muss eine zusätzliche Beschränkung der behördlichen Interventionsmöglichkeiten zur Folge haben, ansonsten ihm ein eigenständiger Gehalt komplett abgesprochen würde. Umgekehrt ist selbstredend davon auszugehen, dass eine Abrede, welche die Schwelle des Bewirkens nicht erreicht, nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, bloss weil Marktwirkungen grundsätzlich denkbar sind. Im Gegenteil ist die Prüfung der möglichen Wirkungen einer Abrede nach Ansicht des EuGH ein Hinweis darauf, dass besagte Abrede keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.<sup>132</sup> Es erscheint vor dem Hintergrund der eben gemachten Ausführungen äusserst wichtig, die alternative Natur der beiden Merkmale nicht dahingehend zu verstehen, dass bei Fehlen der Voraussetzungen der einen Variante die andere quasi als «Auffangtatbestand» dient.

## V. Fazit

[Rz 42] In diesem Beitrag wurde aufgezeigt, weshalb das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba sowohl aus praktischer als auch aus wettbewerbs- und verfassungsrechtlicher Sicht in mehreren Punkten abzulehnen ist. Die Argumente für die im Urteil postulierte grundsätzliche Erheblichkeit fassen massgeblich im europäischen Recht, welches jedoch bei näherer Betrachtung keine hinreichende Basis dafür bietet. Zudem wurde im vorliegenden Beitrag aufgezeigt, dass die Prüfung der Auswirkungen bzw. der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede nicht aufgrund der Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG weggelassen werden kann. Vielmehr handelt es sich dabei um zwei inhaltlich verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen. Die Tatbestandsvoraussetzung der Erheblichkeit kann nicht ohne eine Änderung der gesetzlichen Grundlage abgeschafft werden.

[Rz 43] Trotz des Urteils des Bundesgerichts i.S. Gaba ist die Debatte um die Erheblichkeit noch nicht beendet. Mehrere Fragen sind noch offen. Die Aussagen des Bundesgerichts zu verschiedenen relevanten Punkten sind uneinheitlich und widersprüchlich. Es wäre deshalb wünschenswert, dass das Bundesgericht diese baldmöglichst präzisiert, insbesondere jene, wonach das Potential einer Wettbewerbsabrede zur Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits deren Unzulässigkeit (mit lediglich der Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz) zur Folge hat. Qualifiziert man nämlich eine Verhaltensweise allein aufgrund ihres Potentials zur Wettbewerbsbeeinträchtigung als unzulässig, führt dies dazu, dass zahlreiche unschädliche Wettbewerbsabreden direkt und ohne Prüfung ihrer Auswirkungen sanktioniert werden – möglicherweise sogar ohne relevanten Bezug zur Schweiz.

[Rz 44] Bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG müssen alle jene Verhaltensweisen ausgesondert werden, welche den Wettbewerb nicht beschränken, wie es der vom EuGH im Fall *Cartes Bancaires* postulierten engen Auslegung des Begriffs des Bezweckens entspricht. Damit können nicht sanktionswürdige Fälle rechtzeitig ausgesondert werden. Auch das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist zurückhaltend anzunehmen. Generell muss im Rahmen der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG bedacht werden, dass mit der Qualifikation einer bestimmten Verhaltensweise als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Fällen von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG bereits über deren Zulässigkeit bzw.

---

<sup>132</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P *CB/Kommission* Rz. 82.

Unzulässigkeit (mit lediglich der Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz) entschieden wird, wenn diese Wettbewerbsabrede keiner Erheblichkeitsprüfung mehr unterzogen wird. Der Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG ist deshalb im Sinne der im vorliegenden Beitrag gemachten Ausführungen eng auszulegen.

[Rz 45] Aus denselben Gründen sollte auch bei der Subsumtion einer bestimmten Verhaltensweise unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG mit der gebotenen Zurückhaltung vorgegangen werden. Bloss weil eine Verhaltensweise oder eine Abrede Preise, Mengen oder Gebiete betrifft, muss es sich noch nicht um eine Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG handeln.

[Rz 46] Es kann weder Wille des Gesetzgebers noch der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte sein, in der Schweiz und weltweit jede noch so unbedeutende Abrede zu untersagen – ungeachtet dessen, ob sie irgendwelche Auswirkungen hat oder nur das Potential von Auswirkungen besteht. Dies dient weder der Rechtssicherheit noch der effizienten Ressourcennutzung. Die Möglichkeit, Abreden im Einzelfall aufgrund des Opportunitätsprinzips nicht aufzugreifen, vermag die überschüssige Macht und die sich daraus ergebende Gefahr einer willkürlichen Rechtsanwendung nicht wirksam zu verringern. Die Gefahr liegt darin begründet, dass Abreden in der Rechtsanwendung nach freiem Ermessen aufgegriffen und verboten werden können bzw. dass es darauf ankommen wird, ob Dritte Anzeige erstatten. Es braucht klare und wirksame Kriterien zur Einschränkung der staatlichen Interventionsmacht.

---

NICOLAS BIRKHÄUSER, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner bei Niederer Kraft & Frey AG.

ALESSANDRO STANCHIERI, MLaw UZH, ehemals Substitut sowie wissenschaftlicher Assistent bei Niederer Kraft & Frey AG, ist Auditor am Bezirksgericht Zürich.