



20 Jahre – und kein bisschen weiter?

Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz

MARINO BALDI



FELIX SCHRANER

Mit dem Kartellgesetz von 1995 begann für die Schweiz eine neue wettbewerbspolitische Ära. Es ist der erste wettbewerbsrechtliche Erlass der Schweiz, der konsequent dem Schutz des Wettbewerbs verpflichtet ist. Er steht damit in klarem Gegensatz zu den früheren einschlägigen Gesetzen, welche eine Rechtfertigung von Kartellen (und ähnlichen Organisationen) unter fast beliebigen wirtschafts- und sozialpolitischen Gesichtspunkten vorsahen.

Heute mag die Frage gestellt werden, inwieweit die Parameter des neuen Gesetzes – namentlich die Schlüsselbestimmung des Artikel 5 KG – praktisch umgesetzt werden konnten und inwiefern allenfalls die Last helvetischer Traditionen (Sonderfall-Denken) noch immer bremsend nachwirkt.

Der Beitrag schliesst mit einer Übersicht zu den Eckpunkten des (schweizerischen) Systems «wirksamer Wettbewerb», das heute, da die Wirtschaftsstandorte in scharfem Wettbewerb miteinander stehen, quasi globalen Charakter hat – und für die Schweiz als international verflochtene Volkswirtschaft unverzichtbar geworden ist.

La loi sur les cartels de 1995 a marqué le début d'une nouvelle ère pour la Suisse en termes de politique de la concurrence. Il s'agit de la première loi adoptée par la Suisse en matière de concurrence qui est rigoureusement consacrée à la protection de la concurrence. Elle est ainsi en claire opposition avec les précédentes lois en la matière, qui légitimaient les cartels (et organisations analogues) au regard de considérations de politique économique ou sociale de tout genre.

On peut se demander aujourd'hui si les paramètres de la nouvelle loi – en particulier l'article 5 LCart, qui est une disposition clé – ont pu être mis en pratique et dans quelle mesure le poids des traditions helvétiques («Sonderfall-Denken» ou pensée exclusive) agit, le cas échéant, encore comme un frein.

La contribution s'achève par un aperçu des principaux éléments du système (suisse) de «concurrence efficace», qui revêt aujourd'hui un caractère quasiment global, étant donné la forte concurrence entre les sites économiques, et qui est devenu indispensable à la Suisse dont l'économie est fortement intégrée à l'économie internationale.

Inhaltsübersicht

1. Anlass und Herausforderung
2. Zur Konzeption von Art. 5 KG
 - a. Ausgangspunkt: Fehlen operabler wirtschaftstheoretischer Kriterien
 - b. Stufenweiser (iterativer) Prüfansatz
 - c. Methodische Flexibilität – Überraschende Bedeutung des Fallrechts
 - d. Effiziente Rechtsanwendung dank Vermutungstatbeständen
3. Die Last helvetischer Traditionen
 - a. Unbrauchbares Denkmuster «Missbrauchsgesetz»
 - b. «Erheblichkeit» hat nichts mit Makroökonomie zu tun
 - c. Effizienzprüfung hat nichts mit Wirtschaftspolitik zu tun
4. Eckpunkte des Systems «wirksamer Wettbewerb» im Überblick
5. Schluss

1. Anlass und Herausforderung

Am 6. Oktober 1995 wurde das geltende Kartellgesetz (KG 95) durch die Eidgenössischen Räte verabschiedet¹. Die Annahme des Gesetzes markierte einen grundlegenden Wandel der schweizerischen Wettbewerbspolitik². Das neue Gesetz sollte nur noch dem *Schutz des wirksamen Wettbewerbs* verpflichtet sein, dies im Unterschied zu den Vorgänger-Erlassen von 1962 und 1985, die eine Rechtfertigung von Kartellen (und ähnlichen Organisationen) unter beinahe beliebigen wirtschafts- und sozialpolitischen Gesichtspunkten vorsahen³. Nach rund zwanzig Jahren Praxis mit dem neuen Gesetz stellt sich heute die Frage, inwieweit dessen Parameter bereits umgesetzt wurden⁴.

MARINO BALDI, Dr. oec. HSG, lic. en droit IEE, Senior Counsel, Prager Dreifuss Rechtsanwälte, Bern/Zürich; ehemals Botschafter/Handelsdelegierter des Bundes und Mitglied der Wettbewerbskommission.

FELIX SCHRANER, Dr. iur., Rechtsanwalt, KPMG Schweiz, Legal, Zürich.

Titel dieses Beitrags in Anlehnung an den 1976 erschienenen autobiographischen Roman sowie den gleichnamigen Song des 1982 verstorbenen deutschen Schauspielers CURD JÜRGENS: *60 Jahre – und kein bisschen weise*.

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251.

² Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., insbes. Ziff. 143 ff. (zit. Botschaft 1994).

³ MARINO BALDI/JÜRGEN BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, in: WuW vom 9.4.1998, Heft 4, 343 ff. (zit. BALDI/BORER).

⁴ Die Ergänzungen im Gesetz durch die Teilrevision 2003 (Einführung von direkten Sanktionen und Vertikalvermutungen) änderten an den materiellen Grundparametern des Erlasses nichts.

Kartellrechtliche Erlasse, die auf konsequenten Schutz des «wirksamen Wettbewerbs» ausgerichtet sind, waren in der Welt vor zwanzig Jahren nicht sehr zahlreich, sind aber heute weit verbreitet. Diese Entwicklung hat mit der beschleunigten Globalisierung nach dem Ende des Kalten Krieges und dem verstärkten Bemühen der Staaten um internationale Standortgunst, das heisst um optimierte Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu tun⁵. Zu den entsprechenden Bemühungen gehört auch die zielgerichtete Bekämpfung privater Wettbewerbsbeschränkungen. Solche Politik erfordert freilich nicht ein Verbot jeglicher Abreden, die den Wettbewerb bloss irgendwie, eventuell auch nur formal, also nicht funktionell, beeinträchtigen. Der kartellrechtlichen Kontrolle sind einzig Abreden zuzuführen, die das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs merklich stören bzw. zu stören geeignet sind.

In der praktischen Umsetzung der Unterscheidung zwischen bloss formalen Abreden über den Wettbewerb und Abreden, die über den formalen Tatbestand hinaus den Wettbewerb auch in dessen materieller Wirksamkeit (Funktionsfähigkeit) beeinträchtigen, liegt die eigentliche Herausforderung modernen Kartellrechts⁶. Die Aufgabe ist für die Rechtsanwendungsbehörden aller modernen Kartellrechtsordnungen grundsätzlich die gleiche. Indessen ist anzumerken, dass einige der fraglichen Behörden in der rechtlich-analytischen Durchdringung typischer Sachverhalte und ihrer Kategorisierung weiter fortgeschritten sind als andere.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) scheint mit der praktischen Umsetzung von heute als ubiquitär zu bezeichnenden wettbewerbsrechtlichen Konzepten mehr Schwierigkeiten zu haben als ausländische Behörden. Dies äussert sich zum Beispiel im unsicheren

(schwankenden) Umgang mit dem Begriff der «erheblichen» Wettbewerbsbeschränkung, in der Art, wie von den gesetzlichen Vermutungen Gebrauch gemacht wird, oder auch im Verständnis von Konzepten wie der «Effizienzrechtfertigung» und der «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs»⁷.

Diese Schwierigkeiten sind insofern nicht ohne Weiteres verständlich, als für die Behörden die Möglichkeit besteht, sich an den Konzepten des *europäischen Kartellrechts* zu orientieren, die dem KG 95 weitgehend Modell gestanden sind⁸. Zusätzliche Komplikationen mögen sich allerdings daraus ergeben, dass noch gewisse Denkweisen aufgrund der doch eher eigenwilligen Konstruktion des früheren schweizerischen Kartellrechts nachwirken.

2. Zur Konzeption von Art. 5 KG

a. Ausgangspunkt: Fehlen operabler wirtschaftstheoretischer Kriterien

Moderne Wettbewerbspolitik hat zur Aufgabe, das Funktionieren von Marktprozessen und damit das freie Spiel von Angebot und Nachfrage auf den Märkten zu gewährleisten⁹. Nicht jede Beschränkung der Freiheit von Marktteilnehmern zum Wettbewerb beeinträchtigt jedoch das Spiel der Marktkräfte und damit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Massnahmen der Unternehmenskooperation fördern häufig die wirtschaftliche Effizienz, ohne den Wettbewerb funktionell zu beeinträchtigen – ja, sie intensivieren diesen mitunter sogar. Entsprechend sind behördliche Eingriffe nur in dem Masse erforderlich, als die Analyse des unternehmerischen Verhaltens ergibt,

⁵ Die KG-Revision hatte nicht primär einen europapolitischen Hintergrund (aufgrund des EWR-Nein). Wegweisend war vielmehr die Einsicht, dass die Globalisierung eine Stärkung des Binnenwettbewerbs erforderte, wenn die Schweizer Wirtschaft international kompetitiv bleiben sollte; vgl. Botschaft 1994 (FN 2), insbes. Ziff. 113.3.

⁶ Die Unterscheidung zwischen formalen und materiellen Wettbewerbsbeschränkungen geht auf KNUT BORCHARDT und WOLFGANG FIKENTSCHER mit ihrer Schrift *Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung*, Stuttgart 1957, zurück. Die Publikation hat zumindest im deutschen Sprachbereich das Verständnis moderner (realitätsbezogener) Wettbewerbspolitik massgeblich gefördert. Dogmatisch verdankt die moderne Wettbewerbspolitik entscheidende Impulse dem Amerikaner JOHN M. CLARK und dessen Werk *Competition as a Dynamic Process*, Washington 1961. Die Konzepte der erwähnten Autoren gehen von der Wettbewerbsfreiheit aus (kein realitätsfremdes Modelldenken) und verzichten auf eine wohlfahrtökonomische Instrumentalisierung des Wettbewerbs (Wettbewerb als ergebnisoffener Prozess).

⁷ Vgl. zu diesen Schwierigkeiten u.a. MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Marktstein, in: SJZ 2014, Nr. 20, 501 ff. (zit. BALDI/SCHRANER 2014) und MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, in: AJP/PJA 2015, 269 ff. (zit. BALDI/SCHRANER 2015); ferner weiter hinten, insbes. Ziff. 3.

⁸ Vgl. Botschaft 1994 (FN 2), passim, insbes. Ziff. 17.

⁹ Gemäss Art. 1 KG bezweckt das Gesetz, «den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Anders als bei den früheren schweizerischen Kartellgesetzen im Zeichen der «Saldomethode» geht es also nicht um eine ergebnisorientierte, das heisst politisch instrumentalisierte Wettbewerbspolitik, sondern – man könnte sagen: bloss – um die Schaffung der Voraussetzungen dafür, dass sich auf den Märkten wirksamer Wettbewerbs ergeben kann – um nicht mehr, aber auch nicht weniger; vgl. dazu die Botschaft 1994 (FN 2), insbes. Ziff. 141 ff.; ferner: MARINO BALDI, Zur Philosophie des neuen Kartellgesetzes, in: Mario A. Corti/Peter Ziegler (Hrsg.), *Diplomatische Negotiation*, Festschrift für Franz A. Blankart zum 60. Geburtstag, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 349 ff., 351 f. (zit. BALDI, Philosophie).

dass dieses nicht auf Förderung der Effizienz, sondern auf Erzielung einer Kartellrente und damit auf (missbräuchliche) Ausbeutung gerichtet ist.

Leitprinzip des KG 95 – wie aller moderner Kartellgesetze – ist der Schutz des «wirksamen Wettbewerbs»¹⁰. Dieser Begriff verweist auf den realen Wettbewerb als dynamischen Prozess. Solcher Wettbewerb nimmt bald diese, bald jene Form an, spielt bald so, bald anders und lässt sich entsprechend in einem allgemeinen (wirtschaftswissenschaftlichen) Modell nicht einfangen. Rechtlich klar umschreiben lässt sich realer Wettbewerb nur in einem formalen Sinne: als «*Freiheit zum Wettbewerb*». Hier knüpfen Kartellgesetze denn auch regelmässig an: Wird die marktbezogene Handlungsfreiheit durch Abrede in nicht bloss geringfügiger (und auf dem Markt spürbarer) Weise eingeschränkt, so liegt formal eine «erhebliche», das heisst vertieft zu untersuchende Wettbewerbsbeschränkung vor¹¹. Aus der Sicht des «wirksamen Wettbewerbs» sind solche Wettbewerbsabreden zunächst *ambivalent*. Erst eine Beurteilung nach umfassenden wirtschaftlichen, insbesondere auch dynamisch-wirtschaftstheoretischen Gesichtspunkten (im Rahmen der Effizienzprüfung), erlaubt die Einordnung konkreter Praktiken.

Wünschbar wären somit sachlich überzeugende und gleichzeitig rechtlich praktikable Kriterien zur Abgrenzung von *effizienten* unternehmerischen Koordinationshandlungen von solchen, die *ausbeuterische Zwecke* verfolgen. Da diesbezüglich allerdings prägnante, das heisst operable Leitlinien der Wirtschaftstheorie fehlen, stellt die Umsetzung der fraglichen Unterscheidung ausgesprochen hohe Anforderungen an die Rechtsanwendung. Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft mögen zur Beurteilung von Teilaspekten zwar nützlich sein, doch ist am Ende vielfach ein auf den konkreten Fall bezogenes, wertendes Urteil erforderlich. Gesetzgebungstechnisch empfiehlt sich eine stufenweise Prüfmethode, wie sie moderne

Kartellgesetze generell kennzeichnet, nicht zuletzt auch unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit.

b. Stufenweiser (iterativer) Prüfansatz

Für den Nachweis unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen sieht das schweizerische Kartellgesetz folgende stufenweise Vorgehensweise (strukturierter Prüfansatz) vor:

- Vorerst ist nach dem Vorliegen einer *Wettbewerbsabrede* im Sinne der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG zu fragen.
- Alsdann ist zu prüfen, ob die Abrede *erhebliche* (nicht bloss geringfügige) Wirkungen auf dem Markt zeitigt bzw. zu zeitigen geeignet ist (Art. 5 Abs. 1 KG).
- Liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächlicher oder potenzieller Art vor, ist weiter zu klären, ob diese im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG effizient ist, und zwar *ohne gleichzeitig wirksamen Wettbewerb* – als Garant für die Weitergabe der Effizienzvorteile – *zu beseitigen* (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG).
- Selten ist auf *Regierungsebene* zu prüfen, ob eine grundsätzlich verbotene Abrede ausnahmsweise aus überwiegenden öffentlichen Interessen zuzulassen ist (Art. 8 KG).

Das Tatbestandselement der «Erheblichkeit» wird vorliegend als Bagatellklausel verstanden – im Unterschied zur Lesart, wonach es bei dessen Anwendung um das Kernthema der materiellen Abredeprüfung und entsprechend um breit angelegte, u.U. auch wirtschaftswissenschaftliche Abklärungen geht¹². Die lange Zeit umstrittene Frage wurde im *Gaba*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts von Ende 2013 im Sinne der hier vertretenen Auffassung überzeugend – wenn auch nicht endgültig – richterlich geklärt¹³. Nur diese Interpretation ist mit der Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb als materiellem Leitprinzip des KG vereinbar¹⁴.

¹⁰ Vgl. Botschaft 1994 (FN 2), insbes. Ziff. 143.3; ferner BALDI, Philosophie (FN 9), insbes. die Ausführungen unter Ziff. 2.1 zum «Wirksamen Wettbewerb» als Schutzobjekt des Gesetzes.

¹¹ Zu diesem Verständnis der «Erheblichkeit» in grundsätzlicher Hinsicht: vgl. Botschaft 1994 (FN 2), Ziff. 231; BALDI, Philosophie (FN 10), 355; BALDI/BORER WuW (FN 3), Ziff. III.1.a; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, insbes. 187 ff.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht – Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. A., Zürich 2011, Art. 5 Rn 17 ff. (zit. BORER 2011); VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genf, Zürich, Basel 2012, 91 ff.; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht, Zürich 2014, 44 f.; BALDI/SCHRANER 2015 (FN 7), 269 ff., insbes. 273 f.; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015, insbes. 5 ff. (zit. HEINEMANN 2015).

¹² Vgl. die Auseinandersetzung mit dieser auch von der WEKO lange Zeit vertretenen These bei: BORER 2011 (FN 11), Art. 5, Rn. 17 ff.; MARINO BALDI, Für eine informierte Wettbewerbspolitik, AJP/PJA 2012, 1183 ff., 1187 (zit. BALDI 2012); BALDI/SCHRANER 2014 (FN 8), 501 ff.; HEINEMANN (FN 11), 2015, 5 ff.

¹³ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 19. Dezember 2013, *Gaba International AG vs. Wettbewerbskommission*, E. 3.3.5. Dass es bei der Prüfung der «Erheblichkeit» um die *funktionelle Entsprechung zur «Spürbarkeit» im EU-Recht* geht, zeigt sich auch darin, dass die WEKO in ihren Bekanntmachungen oft die Spürbarkeitskriterien des EU-Rechts als Massstäbe der Erheblichkeit im Schweizer Recht sinngemäss übernimmt.

¹⁴ Zu diesem sachlichen Zusammenhang: BALDI/BORER (FN 3), Ziff. III.1.a–c, die gegen die seinerzeitige Tendenz der WEKO

Den Vermutungstatbeständen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) ist primär eine verfahrensrechtliche Bedeutung zugeordnet. Es handelt sich um sogenannte *Beweisverschiebungen*¹⁵, welche die Prüfung, ob bestimmte Arten von Abreden wirksamen Wettbewerb beseitigen, erleichtern sollen, dies mit dem Ziel, die Rechtsanwendung effizienter zu gestalten. Inhaltlich können die Vermutungen auch als Konkretisierung des Begriffs «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs» verstanden werden. Sie stehen für die wichtigsten Negativ-Vermutungen, wie sie sich in der EU-Praxis herausgeschält und in Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) niedergeschlagen haben. In der Schweiz geben sie dem weiten Kartellverbot bereits auf Gesetzesebene eine inhaltliche Struktur (vermutungsweise verbotene Abreden sind schwer zu rechtfertigen)¹⁶.

Die erwähnte Prüfmethode – mit der schrittweisen Annäherung an die häufig komplexe ökonomische «Wahrheit» – ähnelt der Methodik anderer moderner Kartellgesetze, auch wenn gewisse, eher technisch begründete Unterschiede, etwa zwischen dem Ansatz des US-Antitrust-Rechts und jenem der EU (einschliesslich der Mitgliedstaaten), nicht zu übersehen sind. Trotz solcher Unterschiede lässt sich etwas zugespitzt – und bei Abstellen auf den Kreis der fortgeschrittenen Volkswirtschaften – von einem globalen Rechtsverständnis sprechen, wie es seit Jahrzehnten vor allem auch von der OECD aktiv gefördert wird.

schon 1998 einwandten, dass ein dem wirksamen Wettbewerb verpflichtetes Kartellgesetz keinen auf volkswirtschaftliche Wirkungen abstellenden Erheblichkeitstest zulässt.

¹⁵ Vgl. Botschaft 1994 (FN 2), Ziff. 144.1; ferner die Ausführungen von BALDI/SCHRANER 2015 (FN 7), 275 f., gestützt auf die Feststellungen des BVGer im Fall «Baubeschläge» (Fn. 8).

¹⁶ Das KG 95 hatte vorerst einzig für horizontale Preis-, Gebiets- und Mengenkartelle Vermutungstatbestände vorgesehen (Art. 5 Abs. 3 KG). Anlässlich der Teilrevision 2003 des KG wurden dann auch Vermutungen für bestimmte Vertikalabreden statuiert (Art. 5 Abs. 4 KG). Diese haben sich insofern als wenig nützlich erwiesen, als sie in ihrer heutigen Ausgestaltung meistens widerlegbar sind (vgl. dazu BALDI 2012 [FN 12], 1184). Dies wiederum hat den Bundesrat im Rahmen der von ihm 2012 lancierten und 2014 gescheiterten KG-Revision veranlasst, die Ersetzung sämtlicher Vermutungen – sie seien praktisch wertlos und brächten nur Mehrarbeit – durch sogenannte Teilkartellverbote vorzuschlagen (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2012, 3905, insbes. Ziff. 2.1.3.1). Die Argumentation war in Anbetracht der Tatsache, dass moderne Kartellrechtsordnungen in zunehmendem Mass mit Vermutungen arbeiten, formale Verbote durch Vermutungstatbestände ersetzen und z.B. die EU ihr bestehendes System von Vermutungen laufend verfeinert, doch erstaunlich.

c. Methodische Flexibilität – Übertreffende Bedeutung des Fallrechts

Schutzobjekt moderner Wettbewerbserlasse ist, wie erwähnt, nicht ein theoretischer Modell-Wettbewerb, sondern der «wirksame Wettbewerb» wie er sich auf realen Märkten spontan ergibt. Massgebend für die Beurteilung von Wettbewerbspraktiken ist, ob im konkreten Fall die Funktionen des Wettbewerbs (wie namentlich Allokation, Anpassung und Innovation) zufriedenstellend spielen bzw. beeinträchtigt sind. Um dieses Konzept rechtlich umzusetzen, wird an einen formalen Tatbestand angeknüpft, der aber nur die Prüfungsrelevanz vorgibt; ein Eingreifen der Behörde erfolgt nur, wenn der erfüllte formelle Tatbestand sich auch schädlich auf die Funktionsfähigkeit des Marktes auswirkt und somit von einer *materiellen* Wettbewerbsbeschränkung gesprochen werden kann.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine formale Praktik auch materiell (funktionell) wettbewerbsbeschränkend ist, können grundsätzlich beliebige ökonomische Theorien zum Zuge kommen. Diese *methodische Flexibilität* kann auch als Anweisung an den Rechtsanwender verstanden werden, bei der Beurteilung konkreter Praktiken die jeweils geeignetsten Beurteilungsmuster heranzuziehen. Nicht entscheidend ist, welcher Wettbewerbsschule – einzeln oder kombiniert – die Analysemethoden und Argumentationslinien entstammen¹⁷. Wichtig ist, dass man sich des relativen Charakters der auf Modelldenken beruhenden Aussagen bewusst ist und bei der Beurteilung stets das Ziel der *Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse* im Auge behält.

Eine derartige «methodische Flexibilität» erfordert Kartellgesetze, die als *Grundsatzterlasse* ausgestaltet sind. Deren Generalklauseln (z.B. «wirksamer Wettbewerb») müssen, wie erwähnt, unterschiedliche Beurteilungsmuster aufnehmen können. Mit anderen Worten: Kartellgesetze müssen mit ausgesprochen weiten *Ermessensbegriffen* auskommen. Die Unausweichlichkeit entsprechender Begriffe zeigt sich etwa darin, dass oftmals formal gleiche Sachverhalte je nach den konkreten Fallumständen anders zu beurteilen sind. Die Ermessensbegriffe lassen sich denn auch sinnvoll nur durch die Anwendung der Gesetze auf eine Vielzahl praktischer Einzelfälle konkretisieren, dies im Sinne bzw. mit dem Ziel einer *schrittweisen in-*

¹⁷ Vgl. zu solchen Schulen (z.B. Ordo-liberale Schule, Harvard Schule, Chicago Schule, Theorie der «contestable markets», Koordinationsmängelkonzept usw.) die Ausführungen in der Botschaft 1994 (FN 2), Ziff. 143 m.w.H.

haltlichen Klärung der Normen (Kartellrecht als «case law»)¹⁸.

d. Effiziente Rechtsanwendung dank Vermutungstatbeständen

Die Konkretisierung kartellrechtlicher Normen ist nur durch reiches, qualitativ hochstehendes Fallrecht möglich, das auch politisch-strategisch ausgerichtet ist. Die durch Fallpraxis gewonnenen Erkenntnisse mögen periodisch in einem System von Richtlinien für typische Praktiken eingefangen werden, welche aber naturgemäss kaum absoluten Charakter haben, sondern sich meistens als *widerlegbare Vermutungen* darstellen. In der EU ist in einem rund fünfzig Jahre dauernden Prozess ein ganzes Bündel solcher Systeme entwickelt und auch laufend aktualisiert worden. Dazu gehören vorab die Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) der Europäischen Kommission. Zum Recht, das auf Fallpraxis beruht, zählen aber namentlich auch eine Anzahl von zu Rechtssätzen verdichteten Aussagen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH).

Die Figur der Vermutungen spielt nicht nur im EU-, sondern heute auch im US-Recht eine prägende Rolle. Hier wie dort ist man bestrebt, ehemals formbasierte, für praktisch unverrückbar gehaltene Verbote durch eine differenzierende Strukturierung der Tatbestände mit Hilfe von – positiv oder negativ ausgerichteten – Vermutungen zu überwinden (die EU namentlich mit verbindlichen GVO, die USA mit den primär von den Gerichten entwickelten «structured rules of reason»)¹⁹. Dies auf Grund der Einsicht, dass in einer hochkomplexen, durch Internationalisierung und moderne Technologien geprägten Wirtschaft sachlich und rechtsstaatlich vertretbare kartellrechtliche Anordnungen weitgehend nur mit Hilfe von Vermutungstatbeständen möglich sind. Ohne solche Aussagen ist das im Kartellrecht besonders spannungsgeladene Verhältnis von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sinnvoll nicht zu lösen.

Die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG haben in erster Linie eine verfahrensrechtliche Funktion. Sie sehen eine Beweisverschiebung vor, welche die Verfahren erleichtern soll. Inhaltlich strukturieren diese Normelemente das allgemeine Kartellverbot. Mit einer Einschränkung des generellen – durch Rechtfertigungsmöglichkeiten relativierten – Verbots in Art. 5 Abs. 1 KG haben sie jedoch nichts zu tun. Dies vertreten aber gewisse Autoren in der (falschen) Annahme bzw. zur Stützung der These, das Schweizer Recht sei grundsätzlich milder als jenes der EU, denn die EU kenne für bestimmte Abreden Verbote, die Schweiz bloss Vermutungen²⁰. Tatsächlich gibt es freilich hier wie dort allgemeine Verbote mit Rechtfertigungsmöglichkeit wie auch Vermutungen, die der effizienten Rechtsanwendung dienen.

3. Die Last helvetischer Traditionen

In der bisherigen Anwendung des KG 95 haben sich – nicht durchwegs, aber immer wieder – dogmatische Missverständnisse, falsche methodische Herangehensweisen und, daraus folgend, sachliche Fehlentscheide gezeigt. Die betreffenden Probleme kommen nicht von ungefähr, sondern haben mindestens teilweise mit früheren, eher eigenwilligen schweizerischen Sichtweisen im Kartellrecht zu tun.

a. Unbrauchbares Denkmuster «Missbrauchsgesetz»

Zur Zeit des Kalten Krieges machten schweizerische Behörden in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht, zumal auf internationaler Ebene, gerne gewisse «Sonderfälle» geltend, dies im Finanzmarktrecht, aber auch im Gebiet des Kartellrechts. Dazu gehörte die Berufung auf das so genannte *Missbrauchsprinzip*, dem die Schweiz – im Unterschied vor allem zu den Rechtsordnungen der USA und der EU – angeblich (verfassungsrechtlich) verpflichtet war. Das

¹⁸ Die Natur kartellrechtlicher Normen wurde vom BVGer im *Gaba*-Entscheid (vgl. FN 13) treffend dahin umschrieben, dass im Kartellrecht «nicht schon die Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz». Gefordert ist nach dem BVGer «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis», wobei sich das Gericht auch auf mehrere Entscheide des Bundesgerichts abstützt.

¹⁹ Vgl. statt vieler: ERNEST GELLHORN/WILLIAM E. KOVACIC/STEPHEN CALKINS, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, MN 2004, 222 ff.

²⁰ So etwa JENS LEHNE, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010, Art. 2 Rz 25. Die These verkennt die spezifisch beweisrechtliche Funktion der Vermutungstatbestände und übersieht, dass das geltende Gesetz in Art. 5 Abs. 1 KG bereits ein umfassendes, wenn auch durch Rechtfertigungsmöglichkeiten relativiertes Kartellverbot, analog u.a. dem nämlichen Verbot des EU-Rechts, vorsieht. Von ähnlichen, durchaus verbreiteten Vorstellungen war auch der Vorschlag des Bundesrates im Rahmen der von ihm 2012 lancierten und inzwischen gescheiterten KG-Revision geleitet, die Vermutungstatbestände durch Teilkartellverbote zu ersetzen; vgl. dazu vorne, FN 16; ferner: MARINO BALDI, *Vom Widersinn der Teilkartellverbote*, in: AJP/PJA 2014, 960 ff. (zit. BALDI 2014).

Argument war auch Teil des Verteidigungsdispositivs gegenüber Ansprüchen aus anderen Rechtsordnungen auf Grund einer (behaupteten) ausgreifenden Anwendung des «Auswirkungsprinzips». Tatsächlich war seinerzeit der Unterschied im materiellen Gehalt des schweizerischen Kartellrechts einerseits und des US- und EU-Rechts andererseits markant, was sich unter anderem auch in der Haltung gegenüber den Modalitäten des Auswirkungsprinzips zeigte²¹.

Dass sich die Kartellgesetze dieser Welt seit den 1990er Jahren inhaltlich stark angenähert haben (Schutz des «wirksamen Wettbewerbs»), wurde bereits ausgeführt. Angeglichen haben sich neuerdings auch die methodischen Ansätze. Noch bis vor kurzem liessen sich inhaltlich sehr ähnliche Gesetze danach unterteilen, ob sie methodisch der Figur des *Verbots mit Erlaubnisvorbehalt* (Ausnahmen vom Verbot müssen durch behördlichen Akt gewährt werden) oder des *Verbots mit Legalausnahme* (Ausnahmen gelten *ipso iure*) folgten. Die Schweiz hatte mit dem KG 95 ein umfassendes Kartellverbot mit Legalausnahme eingeführt, während etwa die EU und Deutschland bis vor rund zehn Jahren Kartellverbote mit Erlaubnisvorbehalten kannten. 2004/05 sind dann auch diese Rechtsordnungen, wie inzwischen jene fast aller OECD-Staaten, zum System der Legalausnahmen übergegangen²².

Verbote mit Legalausnahmen wurden bis vor etwa zehn Jahren, das heisst solange ihnen die gewichtigen Verbote mit Erlaubnisvorbehalt des europäischen und deutschen Rechts gegenüberstanden, gelegentlich als *Missbrauchsgesetze* bezeichnet, mitunter auch etwas abwertend. Dies ist seit 2004/05 aus naheliegenden Gründen – auch die EU und ihre Mitgliedstaaten kennen heute entsprechend ausgestaltetes Recht – nicht mehr der Fall: Beim KG 95 galt vorerst noch die Besonderheit, dass es keine direkten Sanktionen vorsah, womit sich der Gebrauch des – ohnehin eher politischen – Begriffs der *Missbrauchsgesetzgebung* zusätzlich rechtfertigen liess²³. Zur heutigen Situation lässt sich allgemein festhalten: Sofern ein Gesetz keine *absoluten* Verbotstatbestände (per se-Verbote) enthält, mag man es als *Missbrauchsgesetz* bezeichnen. Da es absolute Verbote inzwischen jedoch ohnehin kaum mehr gibt, fehlt dem Begriff heute der praktische Aussagewert.

b. «Erheblichkeit» hat nichts mit Makroökonomie zu tun

Auch andere Eigenheiten des früheren schweizerischen Kartellgesetzes wirkten sich unglücklich auf die Interpretation des geltenden Rechts aus: Das KG 62/85 war primär ein zivilrechtlicher Erlass. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass durch die Bereitstellung von zivilrechtlichen (persönlichkeitsrechtlichen) Instrumenten indirekt auch den gesamtwirtschaftlichen Zielen der angestrebten Wettbewerbsordnung Rechnung getragen werden kann (Konzept des «möglichen Wettbewerbs»). Ergänzend sollten ferner gewisse verwaltungsrechtliche Bestimmungen auch direkt dem Anliegen dienen, dem Wettbewerb selbst als wichtiger Institution der Marktwirtschaft einen gewissen Schutz angedeihen zu lassen. Diese Normen konnten jedoch aufgrund ihrer Ausgestaltung bloss eine untergeordnete Rolle spielen²⁴.

Im (verwaltungsrechtlichen) Konzept jenes Gesetzes war die «erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung» Aufgreifkriterium und wettbewerbstheoretisches Urteil in einem, wobei dieses Urteil rechtlich wenig bedeutete, da es lediglich Auslöser einer (zwingenden) Gesamtbetrachtung unter *breiten politischen* Aspekten war. Anders im geltenden Recht: Hier löst die «erhebliche» Abrede eine umfassende *wettbewerbstheoretische* Prüfung mit grundsätzlich *abschliessendem* Charakter aus, wobei diese Prüfung sehr wohl, ja sogar ganz zentral auch Effizienzgesichtspunkte berücksichtigt, soweit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gewahrt bleibt. Insofern also im früheren Recht die Erheblichkeit ein wettbewerbstheoretisches Verdikt beinhaltete, lief dieses auf eine hohe Aufgreifschwelle hinaus. Weil aber damals fast nur Horizontalabreden mit marktumspannendem Charakter interessierten und diese letztlich ohnehin politisch beurteilt wurden, warf das Normelement praktisch kaum Fragen auf²⁵.

Kein Wunder also, dass bei der Anwendung des KG 95 das WEKO-Sekretariat wie auch die Mehrheit der Kommission anfänglich die These vertraten, Vertikalabreden seien grundsätzlich «unerheblich», wie dies auch in den ersten Entwürfen für eine einschlägige Bekanntmachung der WEKO zum Ausdruck kam²⁶. Zu jener Zeit

²¹ Dazu näher BALDI/SCHRANER 2014 (FN 7), 504 f., m.w.H.

²² Vgl. auch BALDI/SCHRANER 2015 (FN 7), 272 f.

²³ So erklärt sich auch der – eher politische – Gebrauch des Begriffs *Missbrauchsprinzip* in der Botschaft 1994; vgl. BALDI/SCHRANER 2015 (FN 7), 272 f.

²⁴ Die Beurteilung erfolgte nach der politisch ausgerichteten «Saldo-methode»; sodann konnte die Behörde nur Empfehlungen aussprechen, das heisst nicht verfügen (Art. 29 KG 85).

²⁵ Auch MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Kartellrecht*, Zürich 2003, 267, ist der Ansicht, der Erheblichkeitsbegriff des alten Rechts könne nicht auf das KG 95 übertragen werden.

²⁶ Für weitere Details zur fraglichen Praxis: BALDI 2012 (FN 12), 1183 ff.; ferner die Literaturhinweise in FN 11.

setzte auch allgemein eine sehr weitschweifige Art der «Erheblichkeitsprüfung» ein²⁷. Aus dem als Bagatellklausel gedachten Kriterium wurde so in der WEKO-Praxis das eigentliche Kernthema der materiellen Fallprüfung²⁸. Dieses Verständnis führte zu einer Politik, die rechtsstaatlich wie wettbewerbspolitisch hochproblematisch ist²⁹. Je nach der Zielorientierung, die man für das Gesetz annimmt, muss aufgrund solcher Auslegung die «Effizienzprüfung» gemäss Art. 5 Abs. 2 KG entweder als redundant zum Erheblichkeitstest erscheinen oder – in Konkurrenz zu Art. 8 KG – als Möglichkeit wirtschaftspolitischer Rechtfertigung echter Wettbewerbsbeschränkungen³⁰.

c. Effizienzprüfung hat nichts mit Wirtschaftspolitik zu tun

Im System des «wirksamen Wettbewerbs» müssen Effizienzüberlegungen im Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG den eigentlichen Kern der materiellen Abredenprüfung bilden. Die Prüfung möglicher Effizienzgewinne ist inhärent dynamisch ausgerichtet, dies sowohl bezüglich der längerfristigen Wettbewerbsaspekte als auch bezüglich unternehmerischer Effizienzgewinne. Zum einen wird untersucht, ob die an der Abrede Beteiligten einen objektiv erkennbaren positiven wirtschaftlichen Zweck verfolgen, z.B. durch die Entwicklung eines neuen Produktes oder das Eindringen mit einem Produkt in einen neuen Markt. Zum andern muss darauf geachtet werden, dass die für die Unternehmen entstehenden Vorteile via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutekommen. Dies hängt davon ab, wie sich in Funktion der Abrede die längerfristige Wirksamkeit (Funktionsfähigkeit) des Wettbewerbs mutmasslich entwickelt.

Es hat sich namentlich in der EU als zweckmässig erwiesen, bei der Prüfung unternehmerischer Koordinationshandlungen nicht direkt bei der Klärung der Effizienzfrage anzusetzen, sondern schon beim «Gefährdungstatbestand» der (nicht bloss geringfügigen) Beschränkung der Freiheit zum Wettbewerb. Ob eine allfällige formelle Wettbewerbsbeschränkung auch eine materielle (funktionelle) darstellt, ist wettbewerbspolitisch die entscheidende Frage³¹. Eine inhaltlich u.U. sehr weitgehende Kooperationsabrede zwischen Unternehmen, deren gemeinsamer Marktanteil nur wenige Prozente ausmacht, mag wettbewerbspolitisch nicht nur harmlos sein, sondern kann den Wettbewerb sogar beleben, weil die einzelnen Absprachebeteiligten je für sich zu schwach wären, um die grösseren Konkurrenten herauszufordern³². In solchen Fällen liegt gar keine materielle (funktionelle) Wettbewerbsbeschränkung vor. Die Kriterien des Effizienzgewinns und der Wirksamkeit des Wettbewerbs fallen hier inhaltlich im Grunde zusammen, erweisen sich gewissermassen als zwei Seiten einer Medaille³³.

Die Zulassung von Kooperationsabreden der erwähnten Art *im geltenden Recht* hat nichts mit wirtschaftspolitischer Kartellrechtfertigung zu tun. Gemäss früherem Recht wären bei der Beurteilung solcher Fälle *wirtschafts- und sozialpolitische* Gesichtspunkte auf jeden Fall massgeblich zu veranschlagen gewesen, hätten also die wettbewerbstheoretische Beurteilung (i.S. des Konzepts des wirksamen Wettbewerbs) überlagert. Auf Grund solcher Beurteilungskriterien wäre es praktisch unmöglich gewesen, gewisse Sachverhalte wettbewerbsrechtlich zu kategorisieren. Entsprechend hätte man nie zu einem einigermassen rechtssicheren System finden

²⁷ Vgl. BORER 2011 (FN 11), Art. 5 Rz 17 ff.; BALDI 2014 (FN 20), 2014, 960 ff., insbes. 962 und BALDI/SCHRANER 2014 (FN 7), 501 ff., 508.

²⁸ Vgl. Botschaft 1994 (FN 2), (Ziff. 231.1), wonach dem Kriterium die Funktion zukommt, Bagatellfälle auszusondern; eingehend dazu auch HEINEMANN 2015 (FN 12), 5 ff.; BALDI/BORER (FN 4), (Ziff. III.1.a) führten schon 1998 aus, dass ein Kartellgesetz, das auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist, einen auf volkswirtschaftliche Wirkungen abstellenden Erheblichkeitstest nicht zulässt.

²⁹ Vgl. BALDI/SCHRANER 2015 (FN 7), 269 ff., insbes. 273 f. sowie 278.

³⁰ Wie in FN 3 erwähnt, hat sich das BVGer im *Gaba*-Urteil von Ende 2013 für eine grundsätzlich weite Auslegung der Erheblichkeit entschieden, dies nicht zuletzt mit dem Argument, dass allfällige rechtfertigende Argumente im Rahmen der Effizienzprüfung eingebracht werden könnten. Die Sache ist beim Bundesgericht derzeit hängig.

³¹ Im europäischen (und schweizerischen) Recht erfolgt die Scheidung in formelle und materielle Beschränkungen mit Hilfe des *Effizienztests*, welcher vor allem auch wettbewerbstheoretische Gesichtspunkte berücksichtigt (Vorbehalt der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs), während im amerikanischen Recht diese Trennungsfunktion der *Rule of Reason* zukommt. Um das weit offene Feld zwischen formellen und materiellen Tatbeständen zu strukturieren und eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen, sind die rechtsanwendenden Behörden gehalten, Vermutungen zu entwickeln, die bald eher in Richtung Zulässigkeit, bald in Richtung Verbot zeigen mögen.

³² Als Beispiel seien die so genannten Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Bausektor genannt; im Industriesektor ferner Forschungs- und Entwicklungsabreden. Wertvolle Hinweise, inwiefern bei fehlender Marktmacht Kooperationsabreden harmlos bzw. wettbewerbspolitisch sinnvoll sind, gibt die EU-Kommission in ihren Leitlinien für die Beurteilung von Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit, in: ABl. 2011 C 11/1 ff.

³³ Für HEINEMANN (HEINEMANN 2015 [FN 11], 21) scheinen ausnahmsweise auch Abreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen, effizient sein zu können.

können. Eine «Verschärfung» des Rechts wäre auf einer solchen Basis – wenn überhaupt denkbar – rechtsstaatlich ausgesprochen problematisch gewesen. Ein neuer Ansatz mit grundlegend anderen Konzepten³⁴ erwies sich demzufolge für das KG 95 als unumgänglich, wenn wettbewerbspolitisch Fortschritte erzielt werden sollten.

4. Eckpunkte des Systems «wirksamer Wettbewerb» im Überblick

Inhalt und Methodik der Abredenprüfung nach Art. 5 KG sind eng ineinander verwoben: Materielles Kernthema des Systems wirksamer Wettbewerb ist die *Effizienzprüfung*. Sie schiebt sich gleichsam zwischen die Pole der formellen und der materiellen (funktionellen) Beschränkung des Wettbewerbs. Die zu prüfende Effizienz versteht sich in einem objektivierten Sinn: Wirtschaftlichkeitsvorteile sind nur insofern zu veranschlagen, als die Beschränkung den beteiligten Unternehmen keinerlei Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Effizienzvorteile haben m.a.W. nur insofern rechtfertigende Qualität, als sie via den «wirksamen Wettbewerb» auch den Marktpartnern zu Gute kommen³⁵.

Die Effizienzprüfung kommt zur Anwendung, wenn eine Abrede vorliegt, die nicht bloss geringfügige (auch nur potenzielle) Wirkungen auf die Marktfreiheit der Beteiligten hat. Zu bewerten sind diese Wirkungen erst im Rahmen der Effizienzprüfung, die ja auch die – alles entscheidende – Frage umfasst, ob trotz der Abrede der Wettbewerb wirksam bleibt. Dies bedeutet in methodischer Hinsicht, dass die Prüfung einer Abrede, entgegen verbreiteter Praxis, in der Regel nicht mit der Frage nach dem Vorliegen einer Vermutung beginnen sollte, sondern dass dieses Thema *uno actu* mit der Effizienzprüfung anzugehen ist (wie bei Art. 101 AEUV). Am Anfang der Prüfung muss also grundsätzlich die Frage nach der erheblichen Beschränkung stehen, was nicht ausschliesst, dass bei Vorliegen eines Vermutungstatbestandes unter Umständen sehr schnell eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs festgestellt werden kann (im

Sinne einer quick-look analysis etwa bei nackten Preis- oder Gebietsabreden)³⁶.

Die falsche, aber häufig zu beobachtende Prüfmethodik ist oft mit der Vorstellung verknüpft, Art. 5 KG beinhalte *zwei verschiedene Verbotstatbestände*, nämlich ein Verbot von Abreden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen, und ein Verbot erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht als effizient gerechtfertigt werden können. Die isolierte Lektüre von Art. 5 Abs. 1 KG mag zu diesem Missverständnis führen, doch sollte der Blick auf Art. 5 Abs. 2 KG den allfälligen Trugschluss zu überwinden helfen. Danach können nämlich als effizient nur solche Abreden gerechtfertigt werden, welche die Wirksamkeit des Wettbewerbs nicht zu beeinträchtigen geeignet sind. Das KG geht insofern von der *Hypothese* aus, dass es ohne wirksamen Wettbewerb keine wirklichen Effizienzvorteile gibt – und umgekehrt, dass wirksamer Wettbewerb grundsätzlich effizient ist (vorbehältlich einer allfälligen Zulassung gemäss Art. 8 KG)³⁷.

Von zwei verschiedenen materiellen Tatbeständen in Art. 5 KG kann also nicht die Rede sein. Allenfalls mag man von zwei möglichen prozeduralen Vorgehensweisen sprechen. Die Wahl der Vorgehensweise ändert am normativen Gehalt der Bestimmung indes nichts. Es geht immer um den Schutz des «wirksamen Wettbewerbs». Dies zeigt sich auch in der einheitlichen Rechtsfolge und Sanktionierung. Zu betonen ist, dass die erhebliche, betriebswirtschaftlich effiziente Wettbewerbsabrede sehr wohl wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, somit u.U. genauso verboten ist wie eine konkret mit einer unumstösslichen Vermutung belegte Abrede. Kann somit die Effizienzprüfung – so ist zu fragen – nach Belieben ausgelassen werden, da ja doch alles von der Prüfung der Wirksamkeit des Wettbewerbs abhängt? Eben gerade nicht: Der Schluss auf Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist – mit Hilfe der Vermutungen – nur bei *nackten* Preis-, Gebiets- und Mengenabreden im Horizontalbereich relativ eindeutig. In allen anderen Fällen (so auch bei Sachverhalten im Sinne der Vertikalvermutungen von Art. 5 Abs. 4 KG)³⁸ sind zusätzliche Beurteilungselemen-

³⁴ Das KG 95 arbeitet denn auch mit einem anderen Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» als dies noch das frühere Recht tat. Wettbewerb wird heute nicht in Anlehnung an das Modell der «vollkommenen Konkurrenz» begriffen, sondern ganz einfach als Rivalität zwischen Anbietern oder Nachfragern auf einem konkreten Markt; vgl. Botschaft 1994 (FN 2), insbes. Ziff. 143.3; BALDI, Philosophie (FN 9), 349 ff., insbes. 351; ferner auch FN 6 hiavor.

³⁵ Vgl. auch BALDI/BORER (FN 3), Ziff. III.1.b.

³⁶ Vgl. jedoch HEINEMANN, der in den Vermutungstatbeständen keinen wirklichen Nutzen sieht und sie deshalb abschaffen möchte (HEINEMANN 2015 [FN 11], 21); dies wollte auch der Bundesrat mit der 2014 gescheiterten Kartellgesetz-Revision; für Gegenargumente siehe BALDI 2014 (FN 20), 960 ff.; ferner FN 16 hiavor.

³⁷ Zur wechselseitigen Bedingtheit von *Effizienz* und *wirksamem Wettbewerb*: BALDI/BORER (FN 3), Ziff. III.1.b. u. c.

³⁸ Die Vertikalvermutungen in Art. 5 Abs. 4 KG zeichnen sich – im Unterschied zu den Horizontalvermutungen in Art. 5 Abs. 3 KG – dadurch aus, dass nicht selten von den gesetzlichen Tatbeständen erfasste, formal identische Sachverhalte je nach den Fallumstän-

te einzubeziehen (z.B. redliche Bemühungen der Effizienzförderung), um richtige Schlüsse ziehen zu können, gerade etwa auch bezüglich Marktabgrenzung.

Zusammenfassend: Bei richtiger Lesart führt das System von Art. 5 KG die rechtsanwendenden Behörden schrittweise durch die anspruchsvolle Aufgabe der Unterscheidung von effizientem und ausbeuterischem Verhalten im Rahmen von Wettbewerbsabreden. Während das Tatbestandselement der erheblichen Beeinträchtigung auf der einen Seite die Eintrittsschwelle zur kartellrechtlichen Relevanz und damit zur möglichen Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz bildet, sollen auf der anderen Seite die primär beweisrechtlichen Vermutungstatbestände die Effizienzrechtfertigung gegen eine mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs abzusichern helfen.

5. Schluss

Dass das Konzept von Art. 5 KG den rechtsanwendenden Behörden zugetraut werden kann, hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinem *Gaba*-Entscheid bewiesen³⁹. Nur ein Verständnis der Schlüsselbestimmung des Kartellgesetzes, wie es dem fraglichen Entscheid zu Grunde liegt, führt zu einer Wettbewerbspolitik, die den «wirksamen Wettbewerb» zu schützen vermag, und damit gleichzeitig einer Politik, die mit den globalen Tendenzen modernen Kartellrechts, namentlich auch des Rechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten, harmoniert. Im Zeitalter des globalisierten Wettbewerbs ist solche Harmonie wirtschaftspolitisch unverzichtbar.

den unterschiedlich zu beurteilen sind. Als Beispiel seien positiv zu bewertende Alleinvertriebsverträge mit absoluten Gebietsschutz zum Zweck der Markterschließung für neue Produkte genannt. Der Nutzen entsprechender *Vertikalvermutungen* kann aus dem erwähnten Grund in Frage gestellt werden; dazu auch FN 16 hiervor; zur Thematik ferner BALDI 2012 (FN 12), 1184.

³⁹ Allerdings hat das Gericht im Fall «Baubeschläge» die fragliche Lesart von Art. 5 KG nicht bestätigt (für eine Kritik dieses Entscheids: BALDI/SCHRANER 2015 [FN 7]). Beide Entscheide sind derzeit beim Bundesgericht hängig.