



**Schweizerische Juristen-Zeitung
Revue Suisse de Jurisprudence**

Redaktion

Dr. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt

Dr. Hans Schmid, a. Oberrichter

Prof. Dr. Pascal Pichonnaz

Erscheint jeden Monat am 1. und 15.

Paraît le 1^{er} et le 15 de chaque mois

20

15. Oktober 2014, 110. Jahrgang

**Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als
wettbewerbspolitischer Markstein**

Dr. Marino Baldi und Dr. Felix Schraner

**Vorabdruck zum persönlichen Gebrauch
Sperrfrist bis zum 15. Oktober 2014**

Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein*

Dr. Marino Baldi (Bern) und Dr. Felix Schraner, Rechtsanwalt (Zürich)**

Das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 ist – über die konkrete Entscheidung hinaus – hilfreich bei der Klärung einer Reihe wichtiger Rechtsfragen formeller und materieller Art. Der vorliegende Artikel konzentriert sich auf Fragen, die in *wettbewerbspolitischer – teils auch rechtspolitischer – Hinsicht* von grundlegender Bedeutung sind. Mitunter geht es auch um die oft verkannte Natur modernen Kartellrechts. Nachfolgend sollen drei Themenbereiche erörtert werden:

- Rechtsnatur des Gesetzes und wichtige Auslegungsgrundsätze
- Räumlicher Anwendungsbereich aufgrund des «Auswirkungsprinzips»
- «Erheblichkeit» von Wettbewerbsbeschränkungen durch Abrede.

I. Moderne Kartellgesetze als Grundsaterlasse

a) Gerichtliche Feststellungen

Zur Auslegung des Kartellgesetzes im Allgemeinen führt das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) insbesondere aus:

«Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass *nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz*. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*»¹. Das Bundesverwaltungsgericht stützt diese Ausführungen auch auf Entscheide des Bundesgerichts.

Mit dem im Dezember 2013 vom Bundesverwaltungsgericht in Sachen Gaba International AG gegen die Wettbewerbskommission ergangenen Entscheid wurde eine langjährige Frage um die behördliche Beurteilung international marktabschottender Vertriebsabreden beantwortet. Die Autoren analysieren den Entscheid und stellen fest, dass mit diesem Urteil – so es vom Bundesgericht bestätigt wird – die schweizerische Wettbewerbspolitik in den Grundsätzen mit der Praxis der EU in Übereinstimmung gebracht würde und das in den zwischenstaatlichen Liberalisierungsverträgen der Schweiz angelegte standortpolitische und wohlfahrtsökonomische Potential besser nutzbar wäre. Zi.

Dans l'arrêt Gaba International SA contre Commission de la concurrence du mois de décembre 2013, le Tribunal administratif fédéral a répondu à une question qui se pose depuis de nombreuses années portant sur l'appréciation par les autorités des accords internationaux de distribution verrouillant le marché. Les auteurs analysent l'arrêt et constatent que grâce à cette décision – confirmée par le Tribunal fédéral – la politique suisse en matière de concurrence serait harmonisée dans ses principes avec la pratique de l'UE et que le potentiel de la politique d'implantation et de bien-être économique, mise en place par des accords bilatéraux de libre-échange de la Suisse, serait augmenté. P.P.

* Erstdruck im European Law Reporter (ELR), 2 2014 62 ff.

** Dr. Marino Baldi ist Senior Counsel bei Prager Dreifuss Rechtsanwälte, Bern/Zürich/Brüssel. Er war Botschafter und Handelsdelegierter der Schweiz, Mitglied der Wettbewerbskommission und Vorsitzender des OECD-Wettbewerbsausschusses. Dr. Felix Schraner ist Rechtsanwalt bei KPMG Schweiz, Legal, Zürich.

¹ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG/Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend «Urteil»), E. 3.3.5.

Diese Feststellungen des BVerwG sind für die Auslegung des Kartellgesetzes als eines modernen, das heisst auf konsequenten Wettbewerbsschutz ausgerichteten wettbewerbsrechtlichen Erlasses, fundamental. Sie wirken zudem klärend für das Verständnis der Natur solcher Gesetze. Entsprechende Missverständnisse äussern sich mitunter in der Tendenz von Wettbewerbshütern und Politikern, Kritik an der Wettbewerbspolitik vorschnell mit dem Ruf nach vermeintlich griffigeren bzw. detaillierteren Normen zu begegnen. Solche zu kreieren ist aufgrund der Natur modernen Kartellrechts oft gar nicht möglich. Gefordert sind ohnehin nicht ständig neue Regeln, wohl aber eine genügende Zahl aussagekräftiger Leitentscheide, wenn längerfristig eine effiziente und rechtsstaatlich vertretbare Wettbewerbspolitik entstehen soll². Aktivistisches Schrauben an abstrakten Texten führt demgegenüber nur weg von diesem Ziel.

b) Zur Natur modernen Kartellrechts

Moderne Kartellgesetze sind dem Schutz des «wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet. Es sind *Grundsatzерlasse*, die von ihrer Natur her mit *weiten Ermessensbegriffen* auskommen müssen. Weite Begriffe sind unausweichlich, weil im Rahmen des Konzepts des «wirksamen Wettbewerbs» formal gleiche Sachverhalte je nach den Begleitumständen oft unterschiedlich zu beurteilen sind. Versuche einer forcierten und gleichzeitig der Sache verpflichteten gesetzgeberischen Konkretisierung führten schnell zu einer ungeniessbaren Kasuistik³. Mit andern Worten: Die erwähnten Ermessensbegriffe lassen sich sinnvoll nur durch die Anwendung des Gesetzes auf Einzelfälle konkretisieren. Modernes Kartellrecht besteht somit letztlich – nicht nur in den USA – vorwiegend aus «case law».

Wenn hier von *modernen* Kartellgesetzen und ihrem Charakter als Grundsatzерlasse die Rede ist, so ist aus Schweizer Sicht Folgendes zu bemerken: Die Verabschiedung des KG 95 markierte einen fundamentalen Wandel in der schweizerischen Wettbewerbspolitik⁴. Zentral dabei war

die für die Schweiz völlig neue Zielsetzung der Wettbewerbspolitik. Das alte Gesetz erlaubte es, selbst sehr einschneidende Beschränkungen des Wettbewerbs unter beliebigen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten zu rechtfertigen. Dies etwa nach dem Muster: Gebietsabreden unter Wettbewerbern führen zu weniger Strassentransporten und sind daher unter Aspekten des Umweltschutzes positiv zu würdigen; schädliche Wirkungen für den Wettbewerb sind zugunsten dieser Vorteile in Kauf zu nehmen. Aufgrund solcher Überlegungen wurde unter dem früheren Gesetz (KG 62/85) beispielsweise das seinerzeitige schweizerische Zementkartell gutgeheissen.

Das KG 95 hat diese Art der Wettbewerbspolitik überwunden. Das geltende KG ist nur noch dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet; andere wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ziele (Umweltschutz-, Sozial- und Regionalpolitik etc.) sind mit spezifischen Massnahmen zu verfolgen. Aber was heisst konsequenter «Schutz des wirksamen Wettbewerbs»? Massgebend für die Beurteilung von Wettbewerbspraktiken ist im modernen Kartellrecht, ob im konkreten Einzelfall die zentralen Wettbewerbsfunktionen (Allokation, Anpassung und Innovation) erfüllt sind oder ob diese allenfalls als Folge unternehmerischer Praktiken erheblich beeinträchtigt werden⁵. Innerhalb des so gezeichneten Beurteilungsrahmens lassen sich Kooperationsabreden unter Umständen rechtfertigen. Als bloss formale Beschränkungen des Wettbewerbs können sie die Konkurrenz sogar beleben.

Kartellgesetze, die ausschliesslich dem Schutz des Wettbewerbs verpflichtet sind, stellen auch international gesehen eine relativ *neue Errungenschaft* dar. 1995 gab es weltweit nur drei Gesetzgebungen, die schon länger entsprechend ausgerichtet waren: jene der USA (seit dem Ende des 19. Jh.), der EU und – mit Abstrichen – Deutschlands (je seit den 1960er-Jahren). Bei der Erarbeitung des KG 95 war es sinnvoll, sich die Erfahrungen dieser Rechtsordnungen zunutze zu machen. Am meisten Inspiration erhielt das KG 95 vom EU-Recht. Als überstaatliches Recht ist dieses dem wirtschaftspolitisch neutralen Wettbewerbsprinzip besonders eng verpflichtet. Entsprechend dieser Ausrichtung hat in der EU das Wettbewerbsrecht quasi verfassungsrechtlichen Rang. Ähnlichen Rang hat auch das US-Antitrustrecht. Amerikaner bezeichnen ihr noch immer grundlegendes Antitrust-Gesetz, den Sherman Act von 1890, gerne als «the

² Dazu auch *Marino Baldi*, Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik, *AJP* 2012 1183 ff.

³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Jürg Borer*, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. A., Zürich 2011, Art. 1 KG, N 19 ff.; zum Konzept des wirksamen Wettbewerbs auch *Rolf H. Weber*, Kartellrecht – Einleitung, von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, 29 ff.

⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, *BBl* 1995 I 468 ff., bes. Ziff. 143 ff.

⁵ Dazu auch *Marino Baldi*, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, *Roger Zäch* (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 4 f.

constitution of our economy». Sie verweisen mit Stolz darauf, dass dieses Gesetz während 120 Jahren unverändert geblieben ist, demzufolge auf das Marktverhalten der modernen Digital Economy ebenso Anwendung findet wie vor hundert Jahren auf die wettbewerbswidrigen Praktiken der legendären Eisenbahn- und Erdöltrusts.

Das Verständnis des Kartellrechts als verfassungsähnliche, das heisst auf grundsätzliche Werte und Dauerhaftigkeit ausgerichtete Ordnung, hat sich seit dem Ende des Kalten Krieges, also seit etwa 20 Jahren mehr oder weniger weltweit durchgesetzt. Es ist die Globalisierung, die dem Wettbewerbsrecht zu diesem neuen Stellenwert verholfen hat. Der zwischenstaatlichen Handelsliberalisierung unserer Zeit entspricht auf innerstaatlicher Ebene der konsequente Schutz des Wettbewerbs⁶. Eben deshalb müssen moderne Kartellgesetze Grundsatzерlasse und nicht von opportunistischen Zielen geprägte Massnahmengesetze sein.

c) Bedeutung eines kohärenten gesetzlichen Leitbildes

Gerade in Anbetracht der Vielgestaltigkeit praktischen Wettbewerbsgeschehens auf den modernen, vielfach durch Globalisierung und neue Technologien gekennzeichneten Märkten⁷ müssen sich Kartellgesetze auf Grundsätze konzentrieren und feiner differenzierte Verhaltensregeln den rechtsanwendenden Behörden überlassen. Nur die flexible, auf Unterschiede in den konkreten Begleitumständen abstellende Anwendung von Grundsatznormen vermag eine ausgewogene, das heisst letztlich vor allem auch «gerechte» Wettbewerbspolitik zu schaffen⁸. Die Rechtsfortbildung mittels Anwendung der Grundsätze auf konkrete Fälle und damit die inhaltliche Verfeinerung der Normen ist vordringliche Aufgabe der Wettbewerbsbehörden (Wettbewerbskommission und Gerichte). Ihnen obliegt es, durch eine auch politisch-strategische Gesichtspunkte berücksichtigende Rechtsanwendung praktikable und rechtssichere Kriterien für die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit unternehmerischer Verhaltensweisen zu entwickeln.

Die konsequente Ausrichtung der Wettbewerbspolitik an einem kohärenten gesetzlichen Leitbild⁹ ist folglich von zentraler Bedeutung. Als fragwürdig in dieser Hinsicht erweist sich z.B. ein konkretes Postulat im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision. Der durch die Motion Birrer-Heimo angeregte Art. 7a KG¹⁰ soll, unabhängig von Marktmachtkriterien, die Durchsetzung unterschiedlicher Verkaufsbedingungen ausländischer Hersteller für Abnehmer in der Schweiz und im Heimmarkt verbieten. Für das Anliegen als solches kann man Sympathie haben. Fachexperten sind sich jedoch weithin einig, dass eine solche Norm den kartellrechtlichen Rahmen sprengen würde¹¹. Moderne Kartellgesetze sind, wie erwähnt, Grundsatzерlasse, die durch die Wettbewerbsbehörden konkretisiert werden müssen. Dies setzt Gesetze voraus, die einer *kohärenten Teleologie* – Schutz des «wirksamen Wettbewerbs» – folgen. Systemwidrige Elemente müssen vermieden werden¹². Das Gesetz wäre sonst über kurz oder lang nicht mehr interpretierbar, büsste an Akzeptanz ein und würde als Ganzes an Nutzen verlieren.

Zum «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» als Leitprinzip der Gesetzesauslegung sei im Kontext der laufenden Gesetzesreform allgemein noch dies bemerkt: Wenn im Hinblick auf die Revision von der Notwendigkeit die Rede ist, das KG zu *verschärfen*, so kommt darin oft ein schiefes Verständnis modernen Kartellrechts zum Ausdruck. Das KG 95 lässt sich auf der Ebene der Grundsätze gar nicht verschärfen. Das Gesetz will einen integralen Schutz des Wettbewerbs, wie er sich spontan auf den Märkten ergibt – und gerade nicht einen irgendwie willkürlich definierten Wettbewerb, bei dem man nach tagespolitischem Gusto die Schraube etwas anziehen oder lockern kann. Mehr als den vollen Schutz des «*wirksamen Wettbewerbs*» kann man sinnvollerweise gar nicht wollen. Die Frage kann höchstens sein, wie der «wirksame Wettbewerb» verfahrensrechtlich bestmöglich geschützt werden kann. Prozedurale Ansätze

⁹ Vgl. die ausführlichen Darlegungen zum Schutzzweck des Gesetzes in Botschaft 1994 (Fn. 4) Ziff. 143.

¹⁰ Die Bestimmung wurde vom Ständerat bereits beschlossen, harrt aber noch der Behandlung durch den Nationalrat, falls dieser in zweiter Lesung auf seinen Nichteintretensbeschluss vom März 2014 zurückkommt.

¹¹ Im EU-Recht werden denn auch entsprechende Diskriminierungen unter den Grundfreiheiten des AEUV – konkret: der Dienstleistungsfreiheit – abgehandelt.

¹² Kartellgesetze sind insbesondere auch keine Konsumentenschutzgesetze, auch wenn sie mittelbar weitgehend – aber nicht immer – die Konsumenteninteressen fördern; sie schützen unmittelbar die Institution Wettbewerb.

⁶ Vgl. *Marino Baldi*, Zur Konzeption des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, Zäch/Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 253 ff.; Botschaft 1994 (Fn. 4) Ziff. 113.

⁷ Vgl. etwa *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, Antitrust Law and Economics, St. Paul, MN 2004, 193 ff., die darlegen, inwiefern die moderne Informationstechnologie in vielen Fällen eine (noch) differenziertere Angewandtheit in der Beurteilung von (gewissen) Wettbewerbsabreden erfordert.

⁸ Dazu auch *Borer* (Fn. 3) Art. 1 KG, N 18 ff.

und Methoden sind indes nicht wertneutral; sie müssen in gebührender Berücksichtigung der materiellen Inhalte moderner Kartellgesetze konzipiert sein.

d) Institutionelle Konsequenzen

Aus dem Diktum des BVerwG, wonach im Kartellrecht «nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz», ergeben sich auch in institutioneller Hinsicht Anforderungen an moderne Kartellgesetze.

Wie dargelegt, kann das Konzept des wirksamen Wettbewerbs nur *kontextbezogen*, das heisst durch praktische Rechtsanwendung konkretisiert werden¹³. Solche Rechtsfortbildung hat im Hinblick auf das Ziel der Schaffung möglichst hoher Rechtssicherheit für die Unternehmen vor allem *Vermutungstatbestände* herauszuarbeiten (Fallkonstellationen, die bald eher Zulässigkeit, bald eher Unzulässigkeit indizieren). Sowohl im EU- wie im US-Recht spielt heute die Figur der Vermutungstatbestände, welche in der Schweiz jetzt abgeschafft werden soll, eine prägende Rolle¹⁴. Die Komplexität modernen Wirtschaftens hat zunehmend klar werden lassen, dass im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, welches das Kartellrecht in besonderer Weise prägt, nur mit widerlegbaren Vermutungen (statt mit rigiden Verboten) rechtlich wie wirtschaftlich vertretbare Lösungen erreichbar sind. Solche Vermutungen müssen allerdings durch die Rechtspraxis strukturiert werden¹⁵, sollen sie ihr Potenzial, die Verfahren ohne wesentliche Einbussen an Rechtssicherheit zu vereinfachen, entfalten können. An solcher Strukturierung fehlt es in der Schweiz bisher weitgehend¹⁶.

Die spezifische Natur von Kartellrechtsnormen, wie sie das BVerwG thematisiert hat, impliziert auf der praktischen Ebene die Unverzichtbarkeit kontextbezogener Rechtsfortbildung durch die Wettbewerbsbehörden. Im Hinblick auf die laufende Gesetzesrevision heisst dies, dass das Schwergewicht der Reform auf der Stärkung bzw. Professionalisierung der Wettbewerbskommission (Weko) lie-

gen sollte – und nicht auf dem Schrauben an abstrakten Normen. Nur durch konzeptionell und strategisch durchdachte Konkretisierungsarbeit im Rahmen der Rechtsanwendung durch die Weko und die Gerichte kann die schweizerische Wettbewerbspolitik zugleich griffig und differenziert – und damit wirkungsvoll – werden.

II. Auslegung des Auswirkungsprinzips

a) Ausgangslage und Fragestellung

Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz «auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden». Damit sind in räumlicher Hinsicht Geltungs- und Anwendungsbereich des Gesetzes nicht identisch. Während der örtliche Geltungsbereich – und damit die Durchsetzung des Gesetzes – auf das schweizerische Territorium beschränkt ist, definiert sich der räumliche Anwendungsbereich nach dem sogenannten Auswirkungsprinzip.

Die kartellrechtliche Anknüpfung gemäss dem Auswirkungsprinzip war lange Zeit Gegenstand völkerrechtlicher Auseinandersetzungen, ist heute im Grundsatz aber weit hin anerkannt¹⁷. Die Frage geht inzwischen vor allem noch dahin, inwiefern qualifizierte Auswirkungen erforderlich sind und inwieweit allenfalls auf entgegenstehende Interessen anderer Staaten Rücksicht zu nehmen ist. Im Gaba-Fall standen zwar nicht völkerrechtliche Aspekte im Vordergrund, sondern die Frage, ob nach Massgabe des Schweizer Rechts auf *Auswirkungen von besonderer Qualität* abzustellen sei. In die Argumentation wurden jedoch auch ausgiebig rechtsvergleichende Gesichtspunkte einbezogen.

Die Beschwerdeführerin hatte im Verfahren vorgebracht, dass für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes eine «unmittelbare Auswirkung» auf den hiesigen Markt notwendig sei, «was auch Spürbarkeit im Sinne einer möglichen Wahrnehmung der Beschränkung verlange»¹⁸. Sie machte geltend, der streitige Lizenzvertrag habe der Lizenznehmerin einzig das «Recht für die Herstellung und den Vertrieb der lizenzierten Produkte in Österreich gewährt und regle somit ausschliesslich den österreichischen Markt». Zudem habe weder die Lizenznehmerin Lieferan-

¹³ Dazu auch *Baldi* (Fn. 2) bes. 1187.

¹⁴ Zum amerikanischen Recht vgl. etwa *Gellhorn/Kovacic/Calkins* (Fn. 7) 222 ff.

¹⁵ Solche strukturierten Vermutungen haben im US-Recht die Form von «Structured Rules of Reason», während sie im EU-Recht als Vorschriften in Gruppenfreistellungsverordnungen (GFVO) erscheinen.

¹⁶ Ausnahmen sind die «Bekanntmachungen» der Weko (die sich i.d.R. auf EU-GFVO stützen).

¹⁷ Vgl. *Borer* (Fn. 3) Art. 2, N 17 ff.; *Rolf Bär*, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, von Büren/Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 87 ff.

¹⁸ Urteil (Fn. 1) E. 3.3.1.

fragen von Schweizer Unternehmen (von Elmex rot) in die Schweiz erhalten, noch die Anzeigerin je versucht, Elmex rot zu importieren. Daraus schliesst die Beschwerdeführerin, dass «der Lizenzvertrag nie unmittelbare oder spürbare Auswirkungen in der Schweiz gehabt habe»¹⁹, dass somit das Kriterium der besonderen Qualität der Auswirkungen nicht erfüllt und folglich das Schweizer Kartellrecht nicht anwendbar sei.

Mit der Auffassung, dass für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes qualifizierte Auswirkungen erforderlich sind, steht die Beschwerdeführerin nicht allein: Einerseits vertritt ein Teil der hiesigen Lehre die gleiche Ansicht²⁰, andererseits orientieren sich die Argumente auch an der amerikanischen und europäischen Praxis (vgl. unten lit. b).

b) Entwicklungslinien des Auswirkungsprinzips

1. Allgemeines

Die völkerrechtliche Grundlage des kartellrechtlichen Auswirkungsprinzips wird allgemein im Lotus-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofs von 1927 gesehen²¹. Diese «Rückkoppelung» mag heute als stimmig erscheinen, liess sich aber lange Zeit durch den Hinweis in Frage stellen, dass der Lotus-Fall das internationale Strafrecht – und nicht kartellrechtliches Verhalten betraf. Im Bereich des gemeinen Strafrechts gab das Auswirkungsprinzip kaum je Anlass zu grundsätzlichen Kontroversen, weil die Staaten hinsichtlich der Strafwürdigkeit einschlägiger Delikte seit Langem ähnliche Vorstellungen hatten.

Demgegenüber war die Voraussetzung relativ homogener Rechtsauffassungen im Kartellrecht bis vor ein bis zwei Jahrzehnten nicht gegeben. Ein einigermaßen konsequent am Wettbewerbsprinzip ausgerichtetes und mit harten Sanktionen bewehrtes Kartellrecht hatten lange Zeit nur die USA. In den 1960er-Jahren folgten die EU und Deutschland. Der Rest der entwickelten (und später auch der weniger entwickelten) Staaten folgten auf diesem Weg erst im Zuge der beschleunigten Globalisierung nach dem Ende des Kalten Krieges. Bis in die neueste Zeit hinein vertraten

jedenfalls die meisten Staaten im Kartellrecht Positionen, die von jenen der wettbewerbsrechtlichen Vorreiter (USA, EU) grundlegend abwichen.

Dies erklärt, weshalb das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht («effects doctrine»; dazu Ziff. 2 unten) während längerer Zeit nur von den USA praktiziert – später auch dogmatisiert – wurde und dieses Prinzip mit der übrigen Welt zu namhaften, gelegentlich erbitterten Jurisdiktionskonflikten führte. Das Beispiel der in zahlreichen Staaten lange Zeit nicht bloss geduldeten, sondern oft auch behördlich geförderten Exportkartelle macht die gegensätzlichen Interessenlagen deutlich: Praktiken, die auf dem eigenen Markt u.U. als schädlich galten und deshalb verboten waren, wurden im Hinblick auf den Export als zulässig angesehen, weil sie der eigenen Wirtschaft nützten. Die von solchen Exporten betroffene Gegenseite sah dies u.U. gerade umgekehrt, erschien ihr doch das Andern Staates Gewinn als eigener Verlust.

War also bei dieser Ausgangslage eine simple Übernahme der Prinzipien des internationalen Strafrechts für den Bereich des Kartellrechts (und anderer Bereiche des Wirtschaftsrechts) nicht möglich, so liessen sich völkerrechtliche Grenzen der Jurisdiktionshoheit im Kartellrecht nur entweder als spezifisch auf die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen zugeschnittenes Gewohnheitsrecht formulieren, oder aus allgemeinen Prinzipien – wie denen der souveränen Gleichheit der Staaten und des Interventionsrechts – ableiten.

2. Zum «effects-test» im US-Antitrustrecht

Massgebend geprägt wurde das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht durch die USA und deren Rechtsprechung: Nachdem die amerikanischen Gerichte anfänglich von einer «strict territorial interpretation» des Sherman Act von 1890 ausgegangen waren²², brachte der sogenannte *Alcoa*-Fall von 1945 den Übergang zum «effects-test»²³. Seitdem werden Kartellfälle mit Anknüpfungspunkten, die ausserhalb der Vereinigten Staaten liegen, aufgrund ihrer Auswirkung von § 1 Sherman Act erfasst. Allerdings schränkte die Rechtsprechung die Regelung durch die zusätzliche Voraussetzung ein, dass ausländische Abreden nur erfasst

¹⁹ Urteil (Fn. 1) E. 3.3.1.

²⁰ Vgl. für eine Übersicht: Urteil (Fn. 1) E. 3.3.9.

²¹ S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60 ff. und 86. Nach dem Entscheid sind Handlungen von Personen, die sich zum Tatzeitpunkt auf dem Territorium eines anderen Staates aufhalten, als Handlungen anzusehen, welche innerhalb eines Staatsgebietes begangen wurden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, insbesondere die Auswirkungen der Tat, sich im Inland realisiert hat.

²² American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347, 355–57 (1909).

²³ United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa), Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416, 443. Im Entscheid erkannte das Gericht, dass «any state may impose liabilities [...] for conduct outside its borders that has consequences within its borders...» (ebenda).

werden, «if they were intended to affect imports and did affect them»²⁴.

Im Laufe der Zeit entwickelten die Gerichte – teils mäsige – Varianten des «effects-test» hin zu einer «Jurisdictional Rule of Reason» im *Timberlane*-Fall, deren Kriterien auch durch die Idee des «balancing-of-interests» bei der extraterritorialen Rechtsanwendung motiviert waren²⁵. Mit Bezug auf die Involvierung ausländischer Staaten wurden später im sogenannten *Mannington-Mills-Entscheid* zehn Faktoren festgehalten, die beim Entscheid, ob nationales Recht extraterritorial angewendet werden sollte, zu berücksichtigen seien (z.B. «Degree of conflict with foreign law or policy», «Availability of a remedy abroad and the pendency of litigation there» und «Possible effect upon foreign relations if the court exercises jurisdiction and grants relief»)²⁶.

Nachdem die Gerichte über die Jahre unterschiedliche Varianten des «effects-tests» herausgebildet hatten, verabschiedete der Kongress 1982 – drei Jahre nach dem *Mannington-Mills-Entscheid* – den Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)²⁷ mit dem Ziel, «to eliminate the uncertainty that had arisen from the confusing array of standards employed by federal courts for determining when United States antitrust jurisdiction attaches to international business»²⁸. Gemäss der damals in den Sherman eingefügten Section 7 ist das amerikanische Antitrustrecht auf das Verhalten von Firmen im Ausland nur noch anwendbar, wenn dieses «direct, substantial und reasonably foreseeable effect» in den USA hat.

Die Entwicklung in den USA zeigt, dass die «effects doctrine» nicht primär durch den Gesetzgeber konkretisiert wurde, sondern durch eine sich stetig entwickelnde Auslegung von § 1 Sherman Act der rechtsanwendenden

Organe, insbesondere der Gerichte. Das American Law Institute empfiehlt zudem in seinem «Restatement Third» von 1986²⁹ auch eine gewisse Güterabwägung mit den Interessen anderer Staaten, wie sie von Gerichten auch mitunter praktiziert wird. Zu bemerken ist freilich, dass in den USA eine Rücksichtnahme auf die Interessen anderer Staaten nicht als völkerrechtlich begründete Pflicht angesehen wird, sondern als Ausdruck «internationaler comity», die zu berücksichtigen im Ermessen der Behörden liegt.

3. Spielarten des Auswirkungsprinzips im EU-Recht

In der EU hat die Europäische Kommission seit jeher den Standpunkt vertreten, der räumliche Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts richte sich nach dem Auswirkungsprinzip, das Kartellrecht sei mithin auch auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die von Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten veranlasst würden³⁰. So konsequent die Kommission das Auswirkungsprinzip angewendet hat, so geschmeidig vermied es der EuGH, das Prinzip überhaupt nur anzusprechen. Obgleich der Gerichtshof faktisch ebenfalls auf eine Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts nach Massgabe des Auswirkungsprinzips abstellt, entwickelte er *de iure* ergebnisgleiche, aber eben unterschiedliche Prinzipien. So im Farbstoff-Fall von 1972 die Theorie der «wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens»³¹ und dann 1988 im Zellstoff-Fall das «objektive Territorialitätsprinzip» bzw. «Durchführungsprinzip»³².

Gemäss dem Prinzip der Unternehmenseinheit werden in Drittstaaten sitzende Muttergesellschaften dadurch ins Recht gefasst, dass ihnen das Verhalten ihrer in der Gemeinschaft domizilierten, wirtschaftlich nicht selbständigen Tochtergesellschaften zugerechnet wird. Die Mütter werden bei diesem Ansatz so beurteilt, als hätten sie selbst im gemeinsamen Markt gehandelt. Anders ist der Ansatz beim Durchführungsprinzip, nach dem in Drittstaaten domizilierte Unternehmen, die sich hinsichtlich des Verkaufs ihrer Waren auf einem bestimmten Markt absprechen, letztlich im betreffenden Markt selbst handeln. Demge-

²⁴ United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa), Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416, 444. Der Ansatz, dass das Auswirkungsprinzip nur angewendet werden soll, wenn durch ausländische Abreden Importe beabsichtigt und tatsächlich beeinträchtigt werden, bestätigte der Oberste Gerichtshof der U.S.A. in *Hartford Fire Ins. v. California* (509 U.S. 764, 1993).

²⁵ Im *Entscheid Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.*, 549 F.2d 597, 613 (9th Cir. 1976) verlangte das Gericht namentlich, dass «the interests of international comity and fairness justify an assertion of jurisdiction».

²⁶ *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979), para 40 (47–56).

²⁷ Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1246 (1982).

²⁸ *Eurim-Pharm GmbH v. Pfizer Inc.*, 593 F. Supp. 1102, 1105 (S.D.N.Y. 1984).

²⁹ Beim «Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States» von 1986 des *American Law Institute* handelt es sich um völkerrechtsrechtliche Empfehlungen einer privaten Institution.

³⁰ EU-Kommission, ABI 1969 L 195/11 – Farbstoffe; vgl. auch EuGH Slg. 1971, 949 ./ *G.L. Import Export*, N 10 und 12; EuGH Slg. 1988, 5193 *Ahlström ./ Kommission*, N 15 f.; EuGH Slg. 1999, II-753 *Gencor ./ Kommission*, N 90 (qualifiziertes Auswirkungsprinzip).

³¹ EuGH Slg. 1972, 787, *Geigy/Kommission*.

³² EuGH Slg. 1988, 5193 ff., *Hersteller von Zellstoff ./ Kommission*.

genüber anerkannte das Gericht der Europäischen Union – anders als der EuGH – das Auswirkungsprinzip, allerdings auch nur indirekt und in einer qualifizierten Form. Es prüfte nämlich, ob der Zusammenschluss zweier südafrikanischer Gesellschaften in der Gemeinschaft unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung haben würde³³.

Entscheidend dafür, dass der EuGH es bisher vermieden hat, sich auf das Auswirkungsprinzip zu berufen, dürfte die Tatsache sein, dass ein bedeutender Mitgliedstaat mindestens auf dogmatischer Ebene grundlegende Einwände gegen das Prinzip geltend gemacht hat. So protestierte das Vereinigte Königreich 1972 vehement gegen die Entscheidung des EuGH zum *Teerfarben-Fall*³⁴, in deren Akten nota bene auch ein Gutachten lag, das zum Schluss kommt, «dass die gegenwärtige Staatenpraxis eindeutig gegen die Versuche sei, dem Antitrustrecht extraterritoriale Anwendung zu geben»³⁵. Zu bemerken ist, dass der EuGH, wenn er sich nicht formell auf das Auswirkungsprinzip beruft, auch weniger auf die diesbezüglichen, aus dem allgemeinen Völkerrecht abgeleiteten Grundsätze des Masshaltens achten muss³⁶.

4. Entwicklung in der Schweiz

Wenn man in der Schweiz das Auswirkungsprinzip diskutiert, wird gerne das Urteil *Hachette* des Bundesgerichts von 1967 zum Ausgangspunkt genommen³⁷. Dies ist nicht falsch, täuscht aber darüber hinweg, dass in der Schweiz die allgemeine Anerkennung des Prinzips, insbesondere mit Bezug auf dessen Anwendung durch andere Staaten, längst nicht so weit zurückreicht. Zwei Jahre vor *Hachette* (1965) hatte die Schweiz nämlich im *Watchmakers-Fall* noch bei der amerikanischen Regierung – erfolgreich – gegen die Anwendung des Auswirkungsprinzips diplomatisch interveniert³⁸. 1970 schaltete sich die Schweiz im Fall der Fusion Ciba und Geigy («Basler Hochzeit») – ein Zusammenschluss, gegen den die amerikanischen Behörden we-

sentliche Einwände hatten³⁹ – ebenfalls kritisch gegen das Auswirkungsprinzip ein. Auch später äusserte sich die offizielle Schweiz verschiedentlich kritisch zur (extensiven) extraterritorialen Rechtsanwendung von Wirtschaftsrecht durch die USA und die EU⁴⁰. Vor diesem Hintergrund sollte der Fall «*Hachette*» eher isoliert betrachtet werden, zumal er auch noch in doppelter Hinsicht besonders gelagert war: es handelte sich um ein «obiter dictum» und es ging um Kartellzivilrecht⁴¹.

Seit der expliziten Verankerung im KG 95 wird das Auswirkungsprinzip in der Schweiz nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt. In der Diskussion geht es noch um die Modalitäten der Anwendung. Beispielhaft dafür sind die Standpunkte der Fusionsparteien im Fall «*Rhône-Poulenc*»⁴² – sowie die Position der Beschwerdeführerin im aktuellen Gaba-Fall⁴³: Beide Male wollten bzw. wollen die Parteien die Anwendbarkeit des Gesetzes an das Vorliegen einer besonderen Qualität knüpfen, indem sie bestimmte Auswirkungen – genauer «unmittelbare» Auswirkungen – auf den schweizerischen Markt in Abrede stellten, um auf diese Weise den Sachverhalt einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung zu entziehen. Mit Bezug auf die – umstrittene – Qualität der Auswirkungen nach nationalem Recht ist der Gaba-Entscheid des BVerG von Bedeutung, da das Gericht zu dieser Frage klar Stellung bezieht – und sich generell für eine weite Auslegung von Kriterien der Geltungsnormen ausspricht.

³³ EuG Slg. 1999, II-753, *Gencor ./ Kommission*, N 90 ff., («qualifiziertes Auswirkungsprinzip»).

³⁴ EuGH Slg. 1972, 619 – *Teerfarben*.

³⁵ Gutachten von Robert Y. Jennings, Professor für Völkerrecht, Cambridge, Richter und später Präsident des IGH, Den Haag (vgl. EuGH Slg. 1972, 619, 625 f. – *Teerfarben*).

³⁶ Vgl. *Marino Baldi*, Bemerkungen zum EWR-Wettbewerbsrecht aus grundsätzlicher Sicht, O. Jacot-Guillarmod (Hrsg.), EWR-Abkommen, Erste Analysen, Zürich 1992, 291.

³⁷ BGE 93 II 192 «*Librairie Hachette*», E. 3.

³⁸ *United States v. Watchmakers of Switzerland Info. Center, Inc.*, 1963 Trade Cas. (CCH) 70,600 (S.D.N.Y. 1962), judgment modified, 1965 Trade Cas. (CCH) 71,352 (S.D.N.Y. 1965).

³⁹ Das U.S. Department of Justice (Antitrust Division) genehmigte die Fusion schliesslich mit Auflagen.

⁴⁰ Vgl. etwa *Müller/Wildhaber*, *Praxis des Völkerrechts*, 3. A., Bern 2001, 374 ff., und die dort aufgeführten Beispiele von Fällen, in denen die Schweiz in Jurisdiktionskonflikte mit dem Ausland involviert war; auch wenn die Fälle vor allem Durchsetzungshandlungen betrafen, beruhten sie doch nicht selten auf einer vom Ausland extensiv beanspruchten Gesetzgebungskompetenz.

⁴¹ Im geltenden internationalen Privatrecht der Schweiz statuiert Art. 137 Abs. 1 IPRG das Auswirkungsprinzip. Gemäss der Bestimmung richten sich privatrechtliche (d.h. zivilrechtliche deliktische) Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung nach dem Recht des Staates, auf dessen Markt Geschädigte unmittelbar betroffen sind.

⁴² In BGE 127 III 219 «*Rhône-Poulenc*» ging es um die Anwendung des schweizerischen Fusionskontrollrechts ausschliesslich gestützt auf die Auswirkung des Zusammenschlusses in der Schweiz.

⁴³ Vgl. Urteil (Fn. 1) E. 3.3.1–3.3.3, zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Anwendung des Kartellgesetzes setze unmittelbare Auswirkungen in der Schweiz voraus.

c) Wettbewerbspolitische Würdigung

Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist der Entscheid des BVerwG wegen dessen überzeugender Stellungnahme für einen weiten Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 2 KG bedeutsam. Damit wird die im Wortlaut grundsätzlich klare Norm weiter präzisiert. Die Auslegung verläuft entlang der internationalen Linien bezüglich der Anwendung des Auswirkungsprinzips, wie sie sich über die vergangenen Jahrzehnte herausgebildet haben. Sie konkretisieren den räumlichen Anwendungsbereich von nationalem bzw. europäischem Kartellrecht; dies auch in Berücksichtigung ausländischer Interessen und damit der völkerrechtlichen Grenzen der Ausübung eigener Gerichtsbarkeit.

Das BVerwG weist zu Recht auf die erheblichen Unsicherheiten für die Unternehmen hin, wenn sich die Gerichte – wie in den USA und der EU – bewusst Raum zur Entwicklung neuer Prinzipien vorbehalten und während Jahrzehnten Unklarheiten über die Auslegung abstrakter Begriffe wie «Spürbarkeit», «Unmittelbarkeit», und «Vorhersehbarkeit» belassen⁴⁴. Es ist dem Gericht voll beizupflichten, wenn es ausführt, es sei zielführender und sachgerechter, dort Auswirkungen auf den Markt anzunehmen, «wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird»⁴⁵. Diese Auslegung berücksichtigt den Zweck des geltenden Kartellgesetzes – im oben dargelegten Sinn: denn die Verpflichtung auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann nur dann erfüllt werden, wenn die rechtsanwendenden Behörden überhaupt in die Lage versetzt werden, diese Schutzfunktion auch tatsächlich auszuüben. Praktisch heisst das, dass Auswirkungen wettbewerbsgefährdender Verhaltensweisen nicht aufgrund besonderer Kriterien und einer isolierten Betrachtung von Art. 2 Abs. 2 KG voreilig dem Kartellgesetz vorenthalten werden dürfen, sondern der Anwendungsbereich durch eine sachgerechte Auslegung der Bestimmung zusammen mit der im konkreten Fall einschlägigen Sachnorm zu bestimmen ist.

Ein solches Verständnis führt zu einem breiten, aber gleichzeitig nicht überdehnten Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes, unabhängig von unklaren Rechtsbegriffen und aufwendigen Abklärungen über die Spürbarkeit, Unmittelbarkeit oder Vorhersehbarkeit von ausländischen Sachverhalten in der Schweiz. Dieser Ansatz ist aus wettbewerbspolitischen Überlegungen umso mehr

gerechtfertigt, als die Schweiz bei der Gewährleistung des freien Warenverkehrs mit dem Ausland, insbesondere aber mit der EU, nicht darauf zählen kann, dass Wettbewerbsbehinderungen zum Nachteil ihrer Volkswirtschaft – wie im Fall Gaba – von den ausländischen Wettbewerbsbehörden aufgegriffen würden⁴⁶. Völkerrechtlich ist der Ansatz namentlich mit Blick auf die seit rund zwanzig Jahren zu beobachtende, mindestens OECD-weite Konvergenz der Kartellrechtsordnungen sehr wohl vertretbar.

III. «Erheblichkeit» von wettbewerbsbeschränkenden Abreden

Die Kernfrage zur Lösung des Gaba-Falles betraf die «Erheblichkeit» der Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG – dies auch in Anbetracht einer bis anhin nicht immer geradlinigen Praxis der Weko. Die Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, es fehle der beanstandeten Abrede an *quantitativer* Erheblichkeit, weshalb sie von der fraglichen Vorschrift gar nicht erfasst sei.

a) Gerichtliche Feststellungen

Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, dass die Erheblichkeit zwar grundsätzlich anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen sei, dass aber in casu die qualitative Erheblichkeit genüge⁴⁷. Dies aus folgenden Gründen:

Da das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Passivverkaufsverbote in Vertikalabreden den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigten, sei nach dem Grundsatz «a maiore ad minus» auch deren qualitative Erheblichkeit im Prinzip zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Erwägungen. In diesem Sinne hätte auch die Weko in ihren Vertikal-Bekanntmachungen von 2007 und 2010 festgehalten, dass die fraglichen Verkaufsverbote schon von ihrem Gegenstand her «erheblich» seien. Dies entspreche ja auch der Rechtslage in der Europä-

⁴⁴ Urteil (Fn. 1) E. 3.3.14.1.

⁴⁵ Urteil (Fn. 1) E. 3.3.14.1.

⁴⁶ Art. 1 KG. Im Übrigen ist zu beachten, dass auch ein breit verstandener Anwendungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 2 KG) nicht zu einer uferlosen Anwendung des Gesetzes führt. Indem das Gesetz auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (Art. 4 Abs. 1 KG) ist, wird es in sachlicher Hinsicht eingeschränkt und durch Subsumierung unter die einschlägigen Tatbestände findet zudem eine materielle Prüfung statt (vgl. dazu auch BVerwG, – Urteil, Fn. 1, E. 3.3.14.1).

⁴⁷ Zur Erheblichkeit in casu insgesamt: Urteil (Fn. 1) E. 11.1.1–11.3.4.

ischen Union, wo Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkung qualifiziert werden und demzufolge nicht gruppenweise vom Verbot freigestellt seien.

Eine solche Auslegung ist, wie das Bundesverwaltungsgericht ausführt, ganz und gar im Sinne des Gesetzeszwecks. Die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung durch Vertikalabreden müsse ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden. Gerade weil das KG bei Vertikalabreden eine Einzelfallprüfung vorsehe, sei es nicht zu beanstanden, dass die fraglichen Passivverkaufsverbote von ihrem Gegenstand her als qualitativ erheblich beurteilt würden, bestehe doch immer noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Damit werde der Tatsache Rechnung getragen, dass qualitativ erhebliche Wettbewerbsabreden im konkreten Fall wettbewerbsfördernde Wirkungen haben können, welche die Abrede als Ganzes positiv erscheinen liessen.

b) Uneinheitliche Praxis der Weko

Dem Bundesverwaltungsgericht war nicht entgangen, dass die Weko-Praxis in der Frage der Erheblichkeit nicht geradlinig verlief⁴⁸. Tatsächlich kann man von einer bewegten Geschichte sprechen. Entgegen ursprünglichen Lehrmeinungen und auch im Gegensatz zur Interpretation ähnlicher Kriterien im Ausland (z.B. Spürbarkeitskriterium im EU-Recht, das klar als De-Minimis-Prinzip verstanden wird), verfolgte die Weko praktisch seit Beginn ihrer Tätigkeit einen Ansatz, bei dem die Frage der Erheblichkeit gezielt mit der Marktmachtfrage vermischt wurde. Im Schrifttum werden Wettbewerbsabreden erwähnt, bei denen die Weko trotz Marktanteilen der beteiligten Firmen von bis zu 60%, ab und zu auch mehr, von «unerheblichen» – wengleich signifikant einschneidenden Praktiken ausging⁴⁹. Dies entsprach einer Tendenz der Weko um die Jahrtausendwende, möglichst alle Vertikalabreden – auch solche, die z.B. in der EU als «Kernbeschränkungen» galten bzw. gelten – ohne echte materielle Prüfung als «unerheblich» zu erklären⁵⁰.

Das irrige Konzept wird inzwischen differenzierter gehandhabt – was in neueren Fällen von Vertikalabreden mit marktabschottendem Effekt, wie u.a. im Gaba-Fall, vernünftige Entscheide ermöglichte –, ist jedoch dogmatisch

noch nicht wirklich überwunden. Die teils differenziertere Handhabung geht auf die Vermutungstatbestände für Vertikalabreden (Art. 5 Abs. 4 KG) zurück, die anlässlich der Gesetzesrevision 2003 beschlossen wurden. Der Sache nach zwar falsch (die Unzulässigkeitsvermutung bei Vertikalabreden dürfte sich nicht auf die Beseitigung von Wettbewerb beziehen wie bei gewissen Horizontalabreden)⁵¹, kann man den Vermutungstatbeständen für Vertikalverträge immerhin zugutehalten, dass sie die Behörden veranlassten, im Vertikalbereich Bekanntmachungen zu erlassen, die mit dem EU-Recht kongruieren. Konkret gesagt: Die damals neuen Vermutungstatbestände führten in den Bekanntmachungen für Vertikalabreden ab dem Jahre 2007 zur Feststellung, dass die von einer Vermutung erfassten Vertikalabreden schon *von ihrem Gegenstand her* – also grundsätzlich ohne Rücksicht auf Marktanteile – «erheblich» sind⁵².

Die herrschende Doktrin bezüglich «Erheblichkeit» geht zu Recht – wie auch das Gericht unterstreicht – davon aus, dass grundsätzlich die Frage, ob das Kriterium im Einzelfall erfüllt sei, aufgrund einer Gesamtbeurteilung von qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten zu beurteilen ist⁵³. Die Beurteilung sollte allerdings nicht darauf abstellen – wie dies zeitweise der Weko-Praxis entsprach –, dass die Erheblichkeit ein Mindestmass an Auswirkungen je in quantitativer *und* qualitativer Hinsicht erfordert. Richtigerweise müssen von der «Erheblichkeit» zum einen Abreden erfasst sein, die qualitativ einschneidende Beschränkungen vorsehen, auch wenn sie auf den ersten Blick quantitativ wenig ins Gewicht fallen (ob dies tatsächlich der Fall ist oder nicht, mag sich in der vertieften Analyse zeigen); zum andern können selbst Abreden mit marktumspannendem Charakter «unerheblich» sein, sofern sie die marktbezogene Handlungsfreiheit der Beteiligten bloss marginal betreffen. Man stelle sich etwa eine Vereinbarung auf der Ebene eines landesweiten Verbandes vor, wonach die Mitglieder darauf verzichten, ihren Kunden künftig Weihnachtsgeschenke zu verabreichen.

⁴⁸ Urteil (Fn. 1) E. 11.1.6 m.w.H.

⁴⁹ Dazu etwa die Beispiele bei Borer (Fn. 3) Rn. 23 m.w.H.

⁵⁰ Vgl. dazu näher: Marino Baldi, A New (Swiss) Policy in the Field of Verticals, Carl Baudenbacher, 16th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2009, Basel 2010, 187 ff.

⁵¹ Dazu auch Baldi (Fn. 2) 1185; Borer vertrat schon 2004 die Auffassung, dass die Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG eher als «vermutungsweise ineffizient» (nicht wettbewerbsbeseitigend) erklärt werden müssten; vgl. Jürg Borer, Kernelemente der Schweizer Kartellrechtsreform, Carl Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel 2004, 393.

⁵² Vgl. zuletzt die Bekanntmachung der Weko über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden vom 28. Juni 2010, Ziff. 12/2.

⁵³ Urteil (Fn. 1) E. 11.1.5 mit Verweis auf BGE 129 II 18, E. 5.2.1 m.w.H.

Damit rückt die Umschreibung der «Erheblichkeit» in den Fokus, wie sie vor einigen Jahren das Bundesgericht prägte: Danach ist eine Abrede *erheblich*, wenn ein «relevanter Wettbewerbsparameter» betroffen ist und die Beteiligten einen «nicht unerheblichen Marktanteil» halten⁵⁴. Die Formulierung kann im grossen Ganzen als richtungweisend angesehen werden, auch wenn sie sich noch optimieren lässt; sie ist offensichtlich auf Horizontalabreden zugeschnitten und dementsprechend primär quantitativ orientiert. Wenn es um Vertikalabreden geht, rücken indes von der Sache her qualitative Aspekte in den Vordergrund⁵⁵. Überhaupt müssten qualitative Aspekte Ausgangspunkt der Prüfung sein: Zu erfassen wäre in einem ersten Schritt *jede nicht bloss geringfügige Beschränkung der marktbezogenen Handlungsfreiheit der Unternehmen*, wie dies in der Lehre schon seit Langem vertreten wird⁵⁶. Alsdann wäre bei erheblichen, aber nicht besonders einschneidenden Beschränkungen (keine «Kernbeschränkungen») das quantitative Element ins Spiel zu bringen. Hier bestünde Raum für die Formulierung allgemeiner Ausnahmen, etwa im Sinne der Präzisierungen zum De-Minimis-Prinzip im EU-Recht (mit Marktanteilsschwellen unter Vorbehalt von «Kernbeschränkungen»). Diese Vorgehensweise entspräche dem Schutzzweck des KG 95, der keineswegs nur volkswirtschaftlich, sondern auch individualrechtlich zu verstehen ist⁵⁷.

Eine umfassend neu interpretierte «Erheblichkeit» gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erscheint vor allem auch aus rechtsstaatlichen Gründen unabdingbar. Insofern nämlich heute die Weko (faktisch auch das im Rahmen von «Vorabklärungen» weitgehend selbständig agierende Sekretariat) die sachliche Prüfung von Wettbewerbsabreden in vielen Fällen nur unter dem Titel der Erheblichkeit abhandelt – unter dem sich die Wettbewerbshüter im praktisch freien Ermessen bewegen –, entgehen die Administrativbehörden weitgehend der Überprüfbarkeit ihres Handelns durch die Gerichte. Richtigerweise müssten Abreden, die den Wettbewerb in nicht bloss geringfügiger Weise beschränken, nach den gerichtlich überprüfbaren Effizienzkriterien des Art. 5 Abs. 2 KG beurteilt werden. Tatsächlich gibt es in der rund

18-jährigen Geschichte des KG 95 nur ganz wenige Fälle, in denen die Effizienzkriterien echt thematisiert wurden – weil eben die Abreden allzu oft als «nicht erheblich» aus der Prüfung fielen⁵⁸. Die fragliche Praxis ist wettbewerbspolitisch umso ärgerlicher, als die Prüfung der Effizienz – im Unterschied zur Prüfung der Erheblichkeit – essenziell dynamisch angelegt ist. Dies kann in der Beurteilung konkreter Abreden zu grundlegend verschiedenen Ergebnissen führen.

In Systemen, die dem «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet sind, muss der Effizienztest – und nicht die Erheblichkeitsprüfung – das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung darstellen⁵⁹. Das BVerwG stützt diese Sichtweise, indem es eine niedrige Erheblichkeitsschwelle gerade im Blick auf die jeweils noch mögliche Rechtfertigung aus Effizienzgründen für angezeigt hält⁶⁰. Tatsächlich gibt es im praktischen Wirtschaftsleben zahlreiche Horizontal- und Vertikalabreden, bei denen die wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Wirkungen im Sinne einer vertieften Effizienzprüfung sorgfältig gegeneinander abzuwägen wären. Bei einem Erheblichkeitskriterium, wie es von der Weko bis anhin überwiegend gehandhabt wurde, sind solche – sowohl wettbewerbspolitisch wie rechtsstaatlich gebotenen – Abwägungen meistens gar nicht möglich. Deutlich vermehrte und vor allem auch tiefergehende Effizienzprüfungen gäben insbesondere den KMU wertvolle Anhaltspunkte verbindlicher Art für die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit etwaiger Kooperationsabreden.

c) Bezug zur aktuellen KG-Revision

Eine der umstrittensten Fragen der aktuellen Kartellgesetz-Revision hat ganz wesentlich mit der «Erheblichkeit» gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu tun. In seiner Botschaft zur Gesetzesrevision argumentiert der Bundesrat, die vorgeschlagenen Teilkartellverbote drängten sich im Interesse einer effizienteren Rechtsanwendung auf, hätte die Praxis

⁵⁴ BGE 129 II 24, E. 5.2.1.

⁵⁵ Bei Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs sind (quantitative) Marktanteilsanalysen i.d.R. unergiebig.

⁵⁶ So etwa Baldi, Charakteristika (Fn. 5), 11.

⁵⁷ Vgl. etwa Roger Zäch, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes, Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 45 ff.

⁵⁸ Ein treffendes Beispiel ist die kürzlich abgeschlossene, rund dreijährige Untersuchung über Vertriebspraktiken für Kosmetikprodukte, wo die Weko zwar eine Reihe «problematischer» Wettbewerbsbeschränkungen (absoluter Gebietsschutz, Preisempfehlungen, Behinderungen des Online-Handels) feststellte, diese dann aber für «unerheblich» erklärte; Verfügung der Weko vom 21. Oktober 2013 (Pressemitteilung v. 28.11.2013).

⁵⁹ In diesem Sinne auch schon Baldi/Borer, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, in: Wirtschaft und Wettbewerb 1998 343 ff.

⁶⁰ Urteil (Fn. 1) E. 11.1.8.

doch gezeigt, dass die Prüfung des Kriteriums der *Erheblichkeit* in Art. 5 Abs. 1 KG äusserst aufwendig sei und die Verfahren allzu sehr verlängere. Tatsächlich ist der Erheblichkeitstest, so wie er von der Weko in der Regel gehandhabt wird, mit sehr hohem Aufwand verbunden. Dies aber nur wegen des erwähnten, falschen behördlichen Verständnisses des Tatbestandelements⁶¹.

Wie vorstehend gezeigt wurde, wäre eine sachgerechte Prüfung der Erheblichkeit keineswegs so aufwändig (und entsprechend wettbewerbspolitisch hinderlich), dass sie nun durch sogenannte «Teilkartellverbote» ausgehebelt werden müsste, wie dies vorgeschlagen wird. Indessen ist die Rechtsanwendung von der falschen Auslegung des Kriteriums bereits in einer Weise infiziert⁶², dass sich allenfalls eine Präzisierung des Art. 5 Abs. 1 KG in dem Sinne aufdrängt, dass gewisse Abredetypen (z.B. die heutigen Vermutungstatbestände) als solche für erheblich erklärt würden (soweit nicht offensichtliche Bagatellen vorliegen). In diese Richtung gehen bereits die vom EU-Recht inspirierten Vertikalbekanntmachungen 2007 und 2010 der Weko, gemäss denen die in Art. 5 Abs. 4 KG als vermutungsweise unzulässig bezeichneten Abredetypen schon von ihrem Gegenstand her erheblich sind⁶³.

Exakt in diese Kerbe hieb nun auch das BVerwG im Gaba-Urteil, indem es sinngemäss festhielt, dass Passivverkaufsverbote in Vertikalabreden, die nach Gesetz (Art. 5 Abs. 4 KG) vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen, grundsätzlich auch als «erheblich» zu gelten haben⁶⁴. Die nämliche Überlegung wird wohl ohne Weiteres auch für die übrigen Vermutungstatbestände in Art. 5 KG angestellt werden können. Bei dieser Annahme – und wenn man ferner davon ausgeht, dass das Bundesgericht die Auslegung der Vorinstanz schützt – wäre das Ziel erreicht, das der Bundesrat mit der Einführung der Teilkartellverbote anvisierte: Die Prüfung der Erheblichkeit entfiel für die Tatbestände, die Gegenstand der vorgeschlagenen Teilkartellverbote werden sollen.

Vertraut man einem solchen Gang der Dinge nicht, bestünde für den Gesetzgeber immer noch die Möglichkeit, in Art. 5 Abs. 1 KG am Ende folgenden Satz beizufügen: «Tatbestände gemäss den Absätzen 3 und 4 sind, vorbehaltlich von Bagatellfällen, erheblich». Dies wäre eine in vielerlei Hinsicht geschicktere Lösung als die Einführung von Teilkartellverbote. Sie bewirkte bezüglich Verfahrensbeschleunigung praktisch das Gleiche wie der Vorschlag des Bundesrates (dies erst noch mit der Möglichkeit feinerer Nuancierung), wäre aber nicht mit den gewichtigen wettbewerbspolitischen und rechtsstaatlichen Nachteilen behaftet, die man sich mit den vorgeschlagenen Teilkartellverbote einhandeln würde⁶⁵.

IV. Schlussbemerkungen

Als wettbewerbspolitischer Markstein könnte sich das Gaba-Urteil des BVerwG, sollte es vom Bundesgericht in den massgebenden Punkten bestätigt werden, vor allem insofern auswirken, als es eine Art Schlusspunkt hinter eine fast zwanzigjährige Leidensgeschichte in der behördlichen Beurteilung international marktabschottender Vertriebsabreden setzte⁶⁶. Die schweizerische Wettbewerbspolitik wäre damit nicht nur grundsätzlich kongruent mit der Praxis der EU. Die Umsetzung eines entsprechenden, höchstrichterlich bestätigten Entscheides erlaubte auch eine bessere Nutzung des in den zwischenstaatlichen Liberalisierungsverträgen der Schweiz angelegten standortpolitischen und wohlfahrtsökonomischen Potenzials.

Die allgemeine Lehre in rechtspolitischer Hinsicht müsste sein: Mit dem KG 95 hat sich der schweizerische Gesetzgeber für eine Wettbewerbspolitik ausgesprochen, die sich im Rahmen der ausdifferenzierten, über Jahrzehnte gewachsenen Praxis zum EU-Recht bewegt. Diesen Rahmen auszufüllen erfordert vorab Wettbewerbsbehörden, die das Recht konzeptionell durchdacht und strategisch überlegt durch Einzelfall-Entscheide konkretisieren – und nicht zum Beispiel neue, sachlich fragwürdige Verbotstatbestände. Dies zeigt das Gaba-Urteil jedenfalls hinsichtlich Vertikalabreden eindrücklich. Den betreffenden Rahmen auch einzuhalten, gebieten Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und letztlich vor allem auch solche des Standortwettbewerbs.

⁶¹ Das Merkmal hat eine ähnliche Funktion wie die aus dem Fusionskontrollrecht bekannten Aufgreifkriterien und darf nicht – wie dies zeitweise in der Weko-Praxis der Fall war – als zentrales Beurteilungskriterium dienen.

⁶² Die Infizierung zeigt sich gerade im Gaba-Fall, insofern hier die Beschwerdeführerin für eine ausladende Erheblichkeitsprüfung, wie sie die Weko eben traditionell anstellt (vgl. dazu Fn. 58), plädierte (während die Weko in casu sich auf die «Gegenstandstheorie» gemäss Vertikalbekanntmachung stützte).

⁶³ So auch schon Baldi (Fn. 2) 1186 f.

⁶⁴ Urteil (Fn. 1) E. 11.1.8.

⁶⁵ Vgl. dazu Marino Baldi, Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 7 2014 (im Druck).

⁶⁶ Zwei Entscheide der Weko über vergleichbare Fälle von Vertikalabreden (Nikon und BMW), sind derzeit vor dem BVerwG noch hängig.