

# recht

4/18

[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

36. Jahrgang

## Inhalt

---

### Grundsatzbeitrag

- 195 *Micha Nydegger*  
**Strafantrag als Prozesshindernis? – Anmerkungen zur jüngsten bundesgerichtlichen Praxis zum Strafantrag**
- 

### Vertiefungsbeiträge

- 205 *Tizian Troxler*  
**Die grosse Aktienrechtsrevision im Lichte der internationalen Corporate-Governance-Debatte**
- 228 *Nicolas F. Diebold/Cyrrill Schäke*  
**Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung**
- 246 *Nicola Jegher*  
**Die Haftung des Altruisten**
- 

### Im Fokus

- 255 *Christof Riedo*  
**Richter in eigener Sache:  
Über die relative Immunität von Parlamentariern**



Stämpfli Verlag

## Impressum

**Kontakt Verlag:** Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: recht@staempfli.com

**www.recht.recht.ch**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

### Abonnementspreise 2018

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 200.–,  
für immatrikulierte Studenten CHF 155.–

Ausland: CHF 214.–

Onlineabo: CHF 178.–

Einzelheft: CHF 47.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,  
periodika@staempfli.com

### Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,  
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2018

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und  
Bankrecht, Universität Bern

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht  
und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und  
Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,  
Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht,  
Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht  
und Rechtsvergleichung,  
Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,  
Wirtschafts- und Europarecht,  
Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-  
prozessrecht und Internationales  
Strafrecht, Universität Zürich

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-  
prozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Rechtsverglei-  
chung im öffentlichen Recht,  
Universität Luzern

#### NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Wirtschaftsrecht,  
Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Rechtsphilosophie,  
Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,  
insb. Verwaltungsrecht und  
öffentliches Prozessrecht,  
Universität Basel

Nicolas F. Diebold/Cyrill Schäke

## Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung

Der vorliegende Beitrag analysiert die vom Bundesgericht im Gaba-Urteil entwickelten Formeln zum «Grundsatz der Erheblichkeit» von Kernbeschränkungen (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden) sowie zur «Bagatellausnahme» mit Blick auf deren Einordnung im System von Art. 5 KG. Dazu werden die von der Praxis zur Prüfung der Erheblichkeit von Kernbeschränkungen entwickelten Kriterien untersucht und geordnet, ein Überblick über die verschiedenen Theorien zum Erheblichkeitserfordernis vermittelt und der Grundsatzentscheid gemäss Gaba-Urteil erläutert. Gestützt darauf wird geprüft, ob noch Raum für Bagatellausnahmen besteht und nach welchen Kriterien diese Ausnahmen bestimmt werden könnten.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Systematik des Kartellverbots von Kernbeschränkungen
- III. Kriterien der Wirkungsprüfung
  - A. Inhalt und Natur der Abrede
  - B. Wirkung der Abrede auf den Wettbewerb
  - C. Wirkung der Abrede auf den Markt
- IV. Erheblichkeitsprüfung von Kernbeschränkungen in der Praxis
  - A. Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts
  - B. Grundsatzentscheid des Bundesgerichts i. S. Gaba
- V. Würdigung
  - A. Grundsatz der Erheblichkeit für Kernbeschränkungen
  - B. Bedeutung der Bagatellklausel für Kernbeschränkungen
  - C. Bedeutung der Rechtfertigungsklausel für Kernbeschränkungen
  - D. Fazit

### I. Einleitung

Die Bundesverfassung beauftragt in Art. 96 Abs. 1 den Bund, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Gestützt auf diese Verfassungsgrundlage verbietet das Kartellgesetz wettbewerbschädliche Abreden, sofern diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb «erheblich beeinträchtigen» (Art. 5 Abs. 1 KG) ohne aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt zu sein (Art. 5 Abs. 2 KG). Als besonders schädlich gelten harte Kartelle, die aus Absprachen zwischen Konkurrenten über den Verkaufspreis, das

Verkaufsgebiet oder die Absatzmenge bestehen (Art. 5 Abs. 3 KG). Gleiches gilt gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, wenn der Hersteller seinen Händlern den Wiederverkaufspreis vorschreibt (Preisbindung zweiter Hand<sup>1</sup>) oder Gebiete zuweist und passive Verkäufe an gebietsfremde Nachfrager verbietet (Passivverkaufsverbot<sup>2</sup>).<sup>3</sup> Diese tatbestandsmässigen und damit besonders verpönten Abredetypen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG werden im Folgenden als *Kernbeschränkungen* bezeichnet.<sup>4</sup>

Kernbeschränkungen sind nach der Konzeption des schweizerischen Kartellrechts nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb zumindest *erheblich beeinträchtigen*. Dieser Beitrag zeigt auf, wie sich die Praxis zur Beurteilung der Erheblichkeit von Kernbeschränkungen entwickelt hat und welche Fragen im Anschluss an das bundesgerichtliche Leiturteil Gaba<sup>5</sup> offenbleiben. Besonderes Augenmerk gilt der Frage, ob das Kartellrecht im Bereich der Kernbeschränkungen noch eine Bagatellausnahme zulässt oder ob jede «noch so unbedeutende» Kernbeschränkung vorbehaltlich einer Rechtfertigung unzulässig ist.

Mit Blick auf diese Fragestellungen erläutert Kapitel II kurz die Systematik des Verbots von Kernbeschränkungen nach Art. 5 KG. Im Anschluss

<sup>1</sup> Als Preisbindungen zweiter Hand gelten Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (Art. 5 Abs. 4 KG i. V. m. Erw. IV des Beschlusses der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 «Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden», Stand 22. Mai 2017 [Vertikalbekanntmachung, VertBek], BBI 2017 4543).

<sup>2</sup> Als passiver Verkauf gilt die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden, d. h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 Satz 1 VertBek; weitergehende Konkretisierung in Ziff. 3 Satz 2 und 3 VertBek).

<sup>3</sup> Ziff. 10 (1) a) und b) VertBek mit weitergehender Konkretisierung.

<sup>4</sup> Dies im Unterschied zur EU-Terminologie; in der EU versteht man unter Kernbeschränkung die von den Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) ausgenommenen Wettbewerbsbeschränkungen.

<sup>5</sup> BGE 143 II 297 (Gaba).

Prof. Dr. iur. Nicolas F. Diebold, Universität Luzern, Mitglied der WEKO. Der Aufsatz basiert auf Referaten, die der Autor am Webinar IDé vom 22. Juni 2017 (<https://prezi.com/s1wkgxjnk4um/bagatellausnahme-kartellrecht/>) sowie der Law and Economics-Tagung Universität Luzern vom 13./14. April 2018 gehalten hat. Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung.  
Cyrill Schäke, M. A. HSG, RA, Doktorand und wiss. Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Nicolas F. Diebold, Universität Luzern.

identifiziert Kapitel III anhand der Fallpraxis die verschiedenen Kriterien, die die WEKO in den letzten Jahren für die Wirkungsanalyse von Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt hat. Diese Kriterien werden nach Gegenstand der Abrede (Kap. III. A), Wirkung der Abrede auf den Wettbewerb (Kap. III. B) und Wirkung der Abrede auf den Markt (Kap. III. C) gruppiert. Kapitel IV systematisiert die hergebrachte Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts in drei unterschiedliche Erheblichkeitstheorien (Kap. IV. A) und erläutert den bundesgerichtlichen Grundsatzentscheid i. S. Gaba zur Prüfung der Erheblichkeit von Kernbeschränkungen (Kap. IV. B).

Im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil Gaba bleibt die Frage offen, ob «Bagatellbeschränkungen» von zentralen Wettbewerbsparametern noch zulässig sind. Es besteht kein einheitliches Verständnis zur Frage, wann eine Kernbeschränkung überhaupt als Bagatelle gilt und anhand von welchen Kriterien diese geprüft werden soll. Kapitel V bespricht die mögliche kartellrechtliche Einordnung derartiger Konstellationen im Sinne einer Situationsanalyse ohne Anspruch darauf, die «richtige Lösung» gefunden zu haben.

## II. Systematik des Kartellverbots von Kernbeschränkungen

Als *Wettbewerbsabreden* gelten gemäss Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen auf gleichen oder verschiedenen Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Eine *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung liegt bereits dann vor, wenn die Abrede gestützt auf deren Inhalt und Natur objektiv betrachtet geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.<sup>6</sup> Der Nachweis des subjektiven, auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Willens der Abredeparteien ist nicht erforderlich.<sup>7</sup> Auch ist unbe-

deutend, ob sich die Abrede tatsächlich auf den Wettbewerb auswirkt.<sup>8</sup> Bereits die potenzielle Auswirkung auf den Wettbewerb bzw. die Gefährdung des Wettbewerbs ist ausreichend, damit die Abrede aufgegriffen werden kann.<sup>9</sup> Entsprechend ist davon auszugehen, dass Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG in der Regel auch den Tatbestand einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen,<sup>10</sup> und zwar unabhängig vom subjektiven Willen der Parteien oder von den tatsächlichen Auswirkungen der Abrede.

Kann aufgrund der Natur und des Inhalts der Abrede nicht auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden, so ist die *Wirkung* der Abrede auf den Wettbewerb zu untersuchen.<sup>11</sup> Die Lehre geht in Anlehnung an die EU-Praxis davon aus, dass auch eine Wettbewerbsabrede mit Eintritt der Wirkungen in der Vergangenheit, in der Gegenwart oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der nahen Zukunft von der Legaldefinition erfasst ist.<sup>12</sup>

Rechtsvergleichend ist in diesem Zusammenhang auf das EU-Kartellrecht hinzuweisen, das in Art. 101 Abs. 1 AEUV ebenfalls zwischen Vereinbarungen unterscheidet, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Entscheidend für die Qualifikation einer Abrede als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nach EU-Recht ist, ob eine Wettbewerbsabrede ausgehend von ihrem Inhalt, ihren Zielen und ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Umständen objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Als Umstände sind insbesondere die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die auf dem betroffenen Markt bestehenden Bedingungen und Strukturen zu berücksichtigen.<sup>13</sup> Der Nachweis ei-

<sup>8</sup> Jürg Borer, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. A. 2011, KG 4 N 4; Nydegger/Nadig (Fn. 6), KG 4 I N 72; Sebastian Frehner, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007, 190.

<sup>9</sup> Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 6), N 1447; Amstutz/Carron/Reinert (Fn. 6), LCart 4 I N 78, 82; Borer (Fn. 8), KG 4 N 4.

<sup>10</sup> Kritisch Birkhäuser/Stanchieri (Fn. 6), Rz. 37; siehe auch Amstutz/Carron/Reinert (Fn. 6), LCart 4 I N 80, wonach horizontale Kernbeschränkungen, bei denen die Beseitigungsvermutung nicht widerlegt werden kann, als Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, gelten.

<sup>11</sup> Amstutz/Carron/Reinert (Fn. 6), LCart 4 I N 83 ff.; Nydegger/Nadig (Fn. 6), KG 4 I N 75; Köchli/Reich (Fn. 6), KG 4 I N 25.

<sup>12</sup> Birkhäuser/Stanchieri (Fn. 6), Rz. 39; Amstutz/Carron/Reinert (Fn. 6), LCart 4 I N 84; Nydegger/Nadig (Fn. 6), KG 4 I N 75.

<sup>13</sup> EuGH, Rs C-179/16, F. Hoffmann La Roche, ECLI:EU:C:2018:25, Rz. 78 ff.; EuGH, *Groupment des cartes bancaires* (Fn. 6), Rz. 553; EuGH, Rs C-403/08, *Football Association Premier League*, ECLI:EU:C:2011:631, Rz. 135 f.; Peter Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 63. EL Dezember 2017, AEUV 101 I N 142; Carsten Grave/Jenny Nyberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), *Kartellrecht*, 3. A. 2016, AEUV 101 I N 268; Helmut Schröter/Philipp Voet van Vormizeele, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. A. 2015, AEUV 101 I N 120; Vivien Rose/David Bailey (Hrsg.), Bellamy & Child – *European Union Law of Competition*, 7. A. 2013, N 2.113 ff.

<sup>6</sup> Simon Bangerter/Beat Zirlick, in: Zäch et al. (Hrsg.), *DIKE-KG*, 2018, KG 4 I N 156; Eugen Marbach/Patrik Ducrey/Gregor Wild, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 4. A. 2017, N 1447; Thomas Nydegger/Werner Nadig, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), *BSK Kartellgesetz*, 2010, KG 4 I N 71; Marc Amstutz/Blaise Carron/Mani Reinert, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand*, 2013, LCart 4 I N 81; Roland Köchli/Philippe M. Reich, in: Baker and McKenzie (Hrsg.), *SHK Kartellgesetz*, 2007, KG 4 I N 24; aus der Praxis RPW 2017/2 287, Rz. 42 (Husqvarna); RPW 2011/4 584, Rz. 389 (ASCOPA); RPW 2010/1 71, Rz. 87 (Gaba); differenzierter Nicolas Birkhäuser/Alessandro Stanchieri, *Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba*, Jusletter vom 11. September 2017, Rz. 35, m. H. a. EuGH, Rs. C-67/13 P, *Groupment des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204.

<sup>7</sup> Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 6), N 1447; Amstutz/Carron/Reinert (Fn. 6), LCart 4 I N 80 f.; Nydegger/Nadig (Fn. 6), KG 4 I N 71; Köchli/Reich (Fn. 6), KG 4 I N 24.

ner tatsächlichen Beeinträchtigung ist nicht gefordert.<sup>14</sup> Ferner erfasst das EU-Kartellrecht auch Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Der Wirkungsnachweis ist wie erwähnt bereits dann erfüllt, wenn die Wirkungen in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten werden.<sup>15</sup>

Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG sind gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen oder gar wirksamen Wettbewerb vollständig beseitigen. Bei *Kernbeschränkungen* wird die vollständige Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gesetzlich vermutet (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG), was auch eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausschliesst (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Eine nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG tatbestandsmässige Abrede ist somit unzulässig, sofern es den Parteien nicht gelingt, die vermutete Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis von Restwettbewerb umzustossen.<sup>16</sup> Dieser Nachweis erfolgt unter Bezug von quantitativen Kriterien (dazu Kap. III).

Die Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) zeigt, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in den allermeisten Fällen widerlegbar ist.<sup>17</sup> Doch selbst bei widerlegter Vermutung gelten Kernbeschränkungen immer noch als unzulässig, wenn sie den Wettbewerb *erheblich beeinträchtigen* (Art. 5 Abs. 1 KG).<sup>18</sup> Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Kernbeschränkungen können unter den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein.<sup>19</sup>

Wiederum *rechtsvergleichend* ist festzuhalten, dass das Erheblichkeitskriterium einer Wettbe-

werbsbeeinträchtigung funktional dem *Spürbarkeitskriterium* im EU-Kartellrecht entspricht.<sup>20</sup> Im Recht der EU sind nur spürbare Wettbewerbsabreden vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst, während Abreden unterhalb der Spürbarkeitsschwelle als zulässig gelten. Die entsprechenden Schwellenwerte hat die EU-Kommission in der De-minimis-Bekanntmachung definiert und in Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung festgehalten, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen immer als spürbar gelten.<sup>21</sup>

Im Unterschied zum EU-Recht enthält das Schweizer Kartellrecht keine Anhaltspunkte zur Frage, nach welchem *Massstab die Erheblichkeit* einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zu prüfen ist.<sup>22</sup> Nach ständiger Praxis wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung einer Abrede anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien untersucht.<sup>23</sup> Selbst bei qualitativ schwerwiegenden Kernbeschränkungen hat die WEKO nach hergebrachter Praxis jeweils eine quantitative Analyse durchgeführt.<sup>24</sup> Die qualitativen und quantitativen Kriterien werden fallweise gewichtet und abgewogen.<sup>25</sup> Teilweise ist im Zusammenhang mit den quantitativen Kriterien auch von «tatsächlichen Auswirkungen» die Rede,<sup>26</sup> wobei nicht eindeutig zwischen Auswirkung der Abrede auf den Wettbewerb oder auf den Markt differenziert wird (dazu Kap. V). Insgesamt besteht mit Bezug auf die quantitativen Kriterien kein einheitliches Begriffsverständnis, weshalb nachfolgend der Versuch unternommen wird, die in der Praxis entwickelten Kriterien zu identifizieren und in ein System zu bringen.

<sup>14</sup> EuGH, Rs C-226/11, *Expedia Inc.*, ECLI:EU:C:2012:795, Rz. 35 ff.; ferner EuGH, Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 29; EuGH, Rs C-209/07, *Beef Industry Development Society*, ECLI:EU:C:2008:643, Rz. 16 f.; EuGH, Rs 56/64, *Consten u. Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41, 322 ff., 390 f.; *Völker Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. A. 2012, AEUV 101 I N 177; für eine Darstellung des Zusammenhangs zwischen Kernbeschränkung und bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen i. S. d. EU-Rechts siehe *Grave/Nyberg* (Fn. 13), AEUV 101 I N 272 f.

<sup>15</sup> *Stockenhuber* (Fn. 13), AEUV 101 I N 145; *Schröter/van Vormizeele* (Fn. 13), AEUV 101 I N 125; *Wolfgang Weiss*, in: Callis/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A. 2016, AEUV 101 I N 107; EuGH, Rs 56/65, *LTM/Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38, 302.

<sup>16</sup> *Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), BSK Kartellgesetz, 2010, KG 5 III N 445, N 453 ff., KG 5 IV N 574, N 582 ff.; *Peter Reinert*, in: Baker and McKenzie (Hrsg.), SHK Kartellgesetz, 2007, KG 5 N 37.

<sup>17</sup> *Beat Zirlick/Simon Bangerter*, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE-KG, 2018, KG 5 N 123; *David Bruch*, Entwicklung der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ff., 505.

<sup>18</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 565 f.; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 III N 443, KG 5 IV N 572.

<sup>19</sup> *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 44; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 N 10; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 9; BGE 143 II 297 E. 7.1 (Gaba).

<sup>20</sup> BGE 143 II 297 E. 5.1.2 (Gaba); *Andreas Heinemann*, die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 11, m.H. darauf, dass die Botschaft KG 1995 (Fn. 18) auf S. 554 eine Parallele zwischen der Erheblichkeit und ausländischen Spürbarkeitserfordernissen zieht; *Marino Baldi*, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht – nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016, 315 ff., 319; siehe aber *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 236.

<sup>21</sup> De-minimis-Bekanntmachung, ABl. 2014 C 291/1, Rz. 2 und Rz. 13; EuGH, Rs C-226/11, *Expedia Inc.*, ECLI:EU:C:2012:795, Rz. 16 f. m.H.; *Heinemann*, Erheblichkeit (Fn. 20), Rz. 26; *Grave/Nyberg* (Fn. 13), AEUV 101 I N 288; *Weiss* (Fn. 15), AEUV 101 I N 85, N 88; *Stockenhuber* (Fn. 13), AEUV 101 I N 226.

<sup>22</sup> *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 N 148; *Marc Amstutz/Blaise Carron/Mani Reinert*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, 2013, LCart 5 N 121.

<sup>23</sup> RPW 2016/2 510, Rz. 488 (Nikon); RPW 2012/4 828, Rz. 100 (Vertrieb von Musik); RPW 2012/3 575, Rz. 279 (BMW); *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 131 ff.; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 148; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 21 ff.

<sup>24</sup> RPW 2016/2 511 f., Rz. 494 ff., Rz. 496 (Nikon); RPW 2012/4 828, Rz. 103 (Vertrieb von Musik); RPW 2012/3 577, Rz. 288 ff., Rz. 290 (BMW); diese Praxis der WEKO wurde mit den Gaba- und Gebro-Entscheiden des Bundesgerichts für Kernbeschränkungen aufgehoben, siehe Kap. IV. B.

<sup>25</sup> RPW 2016/2 510, Rz. 488 (Nikon); RPW 2012/4 828, Rz. 100 (Vertrieb von Musik); RPW 2010/4 679, Rz. 232 (Hors-Liste-Medikamente).

<sup>26</sup> RPW 2016/3 741, Rz. 142 ff. (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); RPW 2016/2 513, Rz. 505 ff. (Nikon); RPW 2010/1 103 ff., Rz. 308 ff. (Gaba).

### III. Kriterien der Wirkungsprüfung

Die schädliche Wirkung einer Wettbewerbsabrede für den Wettbewerb oder den Markt wird in der Praxis anhand von inhaltsbezogenen (Kap. III. A), wettbewerbsbezogenen (Kap. III. B) und marktbezogenen (Kap. III. C) Kriterien geprüft.

#### A. Inhalt und Natur der Abrede

Ausgangspunkt der Wirkungsprüfung sind der Inhalt und die Natur der Abrede.<sup>27</sup> Beschränkt eine Vereinbarung im horizontalen oder vertikalen Verhältnis das freie Spiel der zentralen Wettbewerbsparameter Preis, Verkaufsmenge oder Verkaufsgebiet, so handelt es sich potenziell um eine für den Wettbewerb besonders schädliche Abrede (Kernbeschränkung).<sup>28</sup> Anhand dieser *qualitativen* Kriterien lässt sich allerdings nur die Gefahr bzw. das Schädigungspotenzial der Abrede für den Wettbewerb oder für den Markt abschätzen. Ob die Abrede den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt oder gar den Markt schädigt, erschliesst sich nicht aus dem Inhalt der Abrede.<sup>29</sup>

#### B. Wirkung der Abrede auf den Wettbewerb

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, wie sich die Abrede auf den Wettbewerb auswirkt, d. h., ob sie zu einer Reduktion des Wettbewerbsdrucks führt.<sup>30</sup> Dabei ist vorab einmal entscheidend, ob die Abrede überhaupt *umgesetzt* worden ist oder nicht. Selbst eine Kernbeschränkung entfaltet ohne jegliche Umsetzung keine tatsächlichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.<sup>31</sup> Umgekehrt hat eine (auch nur teilweise) umgesetzte Kernbeschränkung immer eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge. Die Neutralisierung von Preisdifferenzierungen, die Senkung der angebotenen Menge oder die Aufteilung von

Verkaufsgebieten führt per se zu einer Reduktion des Wettbewerbsdrucks.

Das Ausmass der Reduktion ist anhand von *quantitativen Kriterien* zu ermitteln. Die Praxis hat eine Vielzahl von quantitativen Kriterien entwickelt. Einige dieser Kriterien sind in jedem Fall relevant, andere sind stark einzelfallbezogen. In jedem Fall sind die angewendeten Kriterien gesamthaft zu betrachten und gegeneinander abzuwägen.<sup>32</sup>

Die WEKO unterscheidet in ihrer Fallpraxis zwischen quantitativen Kriterien zur Untersuchung des *Innen-* und des *Aussenwettbewerbs*. Dabei wird geprüft, ob zwischen den am Kartell beteiligten Konkurrenten noch Wettbewerb besteht (Innenwettbewerb) und in welchem Ausmass die am Kartell beteiligten Unternehmen gegenüber unbeteiligten Konkurrenten im Wettbewerb stehen (Aussenwettbewerb).<sup>33</sup> Bei der Wirkungsanalyse von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ist zusätzlich zwischen *Intrabrand-* und *Interbrand-Wettbewerb* zu unterscheiden.<sup>34</sup> Intrabrand-Wettbewerb bezieht sich auf den Wettbewerb zwischen Produkten und Leistungen derselben Marke bzw. desselben Herstellers,<sup>35</sup> während der Interbrand-Wettbewerb den Wettbewerb zwischen substituierbaren Produkten und Leistungen unterschiedlicher Marken bzw. Hersteller betrifft.<sup>36</sup> Die Wettbewerbswirkung von vertikalen Abreden hängt in einem ersten Schritt davon ab, ob sich die an die Abrede gebundenen Händler mit Bezug auf das von der Abrede betroffene Produkt überhaupt noch konkurrenzieren. Es ist somit auch bei vertikalen Abreden zu prüfen, ob trotz der Abrede noch Intrabrand-Innenwettbewerb besteht.<sup>37</sup>

##### 1. Auswirkung auf den Innenwettbewerb

Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs wird zunächst die *Einhaltung und Umsetzung* der Abrede untersucht. Gerade bei vertraglich vereinbarten Kernbeschränkungen – wie etwa Gebietsschutz- und Wiederverkaufspreisklauseln in Vertriebsverträgen – ist gestützt auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* davon auszugehen, dass die Verträge auch tatsächlich eingehalten wer-

<sup>27</sup> *Blaise Carron/Patrick Krauskopf*, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 10 ff.; *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 135; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 21 f.

<sup>28</sup> *Ralf Michael Straub*, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff., 572; *Carron/Krauskopf* (Fn. 27), Rz. 10 f.; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 III N 370, KG 5 IV N 483.

<sup>29</sup> Die Bedeutsamkeit einer Unterscheidung zwischen potenziellen und tatsächlichen Auswirkungen wurde von *Heinemann*, Erheblichkeit (Fn. 20), Rz. 58 f., Rz. 60 ff., hervorgehoben.

<sup>30</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 159, N 191; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 20, N 23 f.; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 230 ff.

<sup>31</sup> Das Bundesgericht hat in Anlehnung an die Lehrmeinung von *Heinemann* festgehalten, dass auch eine nicht praktizierte Kernbeschränkung ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit schaffe, das volkswirtschaftlich und sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei, siehe BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (Gaba); *Heinemann*, Erheblichkeit (Fn. 20), Rz. 46 ff.

<sup>32</sup> Siehe auch oben Fn. 25.

<sup>33</sup> *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 100 ff.; *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 161 f.; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 6; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 237 f.

<sup>34</sup> Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigen den Wettbewerb zwischen den abgesprochenen Produkten oder Dienstleistungen derselben Marke (Intrabrand-Wettbewerb) auf der nachgelagerten Vertriebsstufe. Vertikale Absprachen können aber auch zu horizontalen Auswirkungen führen, insbesondere wenn die Absprache den gesamten relevanten Markt betrifft, siehe RPW 2012/3 577, Rz. 288 (BMW).

<sup>35</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 200; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 248.

<sup>36</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 203; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 251.

<sup>37</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 201 f.

den.<sup>38</sup> Wenn das Kartell zur Durchsetzung der Kartellabsprache zudem Kontrollmechanismen und Sanktionen vorsieht, liegt sicherlich ein sehr hoher Einhaltungsgang vor. Solche Durchsetzungsmechanismen können unterschiedliche Formen annehmen, wie etwa mögliche Kontrollen der angebotenen Preise im Internet,<sup>39</sup> Rügen der Nichtumsetzung von Mindestmargen<sup>40</sup> oder die Aufspürung von abweichenden Kartellmitgliedern über Seriennummern von Parallelimporten unter anschließender Unterdrucksetzung dieser Kartellmitglieder.<sup>41</sup> Ergibt sich dagegen aus der gesamten Betrachtung, dass die Kartellabrede nur sporadisch eingehalten wird, so besteht weiterhin ein gewisser Innenwettbewerb.<sup>42</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn die an einer horizontalen Preisabrede oder an einer vertikalen Preisbindung beteiligten Unternehmen Rabatte gewähren,<sup>43</sup> oder wenn trotz vertikaler Gebietschutzabreden Parallelimporte getätigt werden.<sup>44</sup>

Ein weiteres Kriterium für die Messung des Innenwettbewerbs bei Preisabreden ist der verbleibende Wettbewerb über *freie Preisbestandteile*. Konkurrenzieren sich die Abredeteilnehmer über die freien Preisbestandteile, so entsteht weiterhin Wettbewerb um den Endverkaufspreis und es besteht ein gewisser Wettbewerbsdruck im Innenverhältnis.<sup>45</sup>

Ferner ist die Bedeutung der *nicht abgesprochenen Wettbewerbsparameter* zu berücksichtigen.<sup>46</sup> Trotz abgesprochenen Wettbewerbspara-

metern – wie etwa dem Preis – besteht allenfalls weiterhin Innenwettbewerb über nicht abgesprochene Wettbewerbsparameter wie Serviceleistungen oder Qualität. Gerade bei Dienstleistungen oder stark individualisierten Produkten nehmen qualitätsbezogene Parameter eine wichtige Rolle ein. Bei homogenen Standardprodukten findet der Wettbewerb hingegen weitgehend über den Preis statt. Beispielsweise hat die WEKO im Fall Türprodukte festgehalten, dass «der Preis für die Türverarbeiter zwar nicht der alleinige massgebliche Wettbewerbsparameter ist, doch aber – gesamthaft betrachtet – der wichtigste. Gerade bei Grossmengen/Offertgeschäften steht der Preis sodann besonders im Mittelpunkt und hat das weitaus grösste Gewicht. Der verbliebene Restwettbewerb bezüglich anderer, nicht abgesprochener Wettbewerbsparameter – von den Türverarbeitern am meisten genannt wurden neben dem Preis das Logistiksystem und die Beratung – müsste daher schon ausgesprochen intensiv gewesen sein, um genügend Druck auf die Abrededpartner auszuüben.»<sup>47</sup>

Auch bei *vertikalen Preisbindungsabreden* ist zu untersuchen, ob zwischen den gebundenen Händlern noch Intrabrand-(Innen-)Wettbewerb über die nicht betroffenen Wettbewerbsparameter besteht, wie etwa über Beratung und andere Dienstleistungen.<sup>48</sup> Hingegen stehen die gebundenen Händler bei einer funktionierenden *Gebietsschutzabrede* gar nicht mehr im Intrabrand-Innenwettbewerb, weshalb sich eine Untersuchung von Parametern wie Preis, Qualität und Dienstleistungen erübrigt.

Im horizontalen Kartell besteht ausserdem Innenwettbewerb, wenn sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen mit Bezug auf *andere Produkte im sachlich relevanten Markt*, die nicht Gegenstand der Absprache sind, konkurrenzieren.<sup>49</sup> Beispielsweise stehen Klavierhändler, die eine horizontale Abrede über Klaviere des Herstellers Steinway getroffen haben, bezüglich Klavieren anderer Marken weiterhin im Wettbewerb.<sup>50</sup>

Als weiteres Kriterium für Innenwettbewerb gilt die Stellung der *Marktgegenseite*. Die Marktgegenseite kann eine starke Stellung einnehmen, die ein Kartell destabilisiert.<sup>51</sup> Schliesslich geben *empirische Umfragen* zur Wettbewerbsintensität im

<sup>38</sup> RPW 2016/2 502, Rz. 459, 513, Rz. 505 (Nikon); RPW 2012/3 559, Rz. 167, 580, Rz. 305 (BMW).

<sup>39</sup> RPW 2016/2 406, Rz. 191 ff. (Altimum).

<sup>40</sup> RPW 2015/2 308, Rz. 364 (Türprodukte).

<sup>41</sup> RPW 2016/2 473 ff., Rz. 270 ff., 513, Rz. 505 (Nikon).

<sup>42</sup> RPW 2016/3 680 ff., Rz. 202 ff., 684, Rz. 228 (Flügel und Klaviere); RPW 2016/2 405, Rz. 176 (Altimum); RPW 2015/2 308, Rz. 362 ff. (Türprodukte); RPW 2013/2 189, Rz. 236 f. (Spedition); RPW 2012/3 646, Rz. 293 f. (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); RPW 2010/4 676, Rz. 211 (Hors-Liste-Medikamente).

<sup>43</sup> Bei horizontalen Preisabreden können Rabatte als Kriterium der Abredeinhaltung berücksichtigt werden, siehe RPW 2016/3 681 ff., Rz. 208 ff., 687 Rz. 251 (Flügel- und Klaviere). Siehe jedoch RPW 2012/3 646, Rz. 296 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); RPW/2010/4 750, Rz. 306 (Baubeschläge). Auch bei vertikalen Preisabreden können Rabatte berücksichtigt werden, siehe RPW 2016/2 406, Rz. 185 (Altimum); RPW 2010/4 676, Rz. 211 (Hors-Liste-Medikamente).

<sup>44</sup> RPW 2016/2 490, Rz. 386 (Nikon); RPW 2010/1 90, Rz. 207 (Gaba).

<sup>45</sup> RPW 2015/2 177, Rz. 104 (Kreditkarten Domestische Interchange Fees II): «Im vorliegenden Fall halten sich die Abredeteilnehmer an die vereinbarte DMIF, allerdings bildet diese nur einen Preisbestandteil und nicht den Endpreis. Wie oben dargelegt (Rz. 78) beträgt der Anteil der DMIF an den Händlerkommissionen in den letzten Jahren rund 65%. Dies bedeutet gleichzeitig, dass 35% der Händlerkommissionen nicht von der DMIF betroffen sind, so dass auf dem Acquiringmarkt ein gewisser Restwettbewerb auf dem Wettbewerbsparameter Preis bestehen könnte»; siehe auch RPW 2013/2 189 ff., Rz. 240 ff. (Spedition).

<sup>46</sup> RPW 2016/3 684, Rz. 229 ff. (Flügel und Klaviere); RPW 2015/2 177, Rz. 103 f. (Kreditkarten Domestische Interchange Fees II); RPW 2015/2 307 f., Rz. 352 ff. (Türprodukte); RPW 2013/2 189, Rz. 238 f. (Spedition); RPW 2012/3 646, Rz. 293 f. (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); RPW 2010/4 748, Rz. 284 ff. (Baubeschläge).

<sup>47</sup> RPW 2015/2 307, Rz. 352 (Türprodukte).

<sup>48</sup> RPW 2017/2 289, Rz. 63 (Husqvarna); RPW 2016/3 738, Rz. 119 (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); kritisch RPW 2010/4 677, Rz. 214 ff. (Hors-Liste-Medikamente); *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 115.

<sup>49</sup> RPW 2016/3 684 f., Rz. 232 f. (Flügel und Klaviere); RPW 2015/2 307, Rz. 355 ff. (Türprodukte).

<sup>50</sup> RPW 2016/3 684 f., Rz. 232 f. (Flügel und Klaviere).

<sup>51</sup> RPW 2013/2 193 f., Rz. 254 f. (Spedition); RPW 2010/4 749 ff., Rz. 291 ff. (Baubeschläge).

relevanten Markt Aufschluss über den Grad an Innenwettbewerb.<sup>52</sup>

## 2. Auswirkung auf den aktuellen Aussenwettbewerb

Die Wettbewerbswirkung des Kartells im gesamten relevanten Markt hängt davon ab, wie stark das Kartell gegenüber den am Kartell unbeteiligten Konkurrenten im Wettbewerb steht. Der Aussenwettbewerb wird anhand von quantitativen Kriterien zum aktuellen Wettbewerb (Kap. III. B. 2) und zum potenziellen Wettbewerb (Kap. III. B. 3) beurteilt.<sup>53</sup>

Der aktuelle Aussenwettbewerb bemisst sich über den Wettbewerbsdruck, der durch die nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten im relevanten Markt auf das Kartell ausgeübt wird. Dabei ist in erster Linie der *Marktanteil* des Kartells von Bedeutung. Je grösser der Marktanteil des Kartells, desto geringer ist der Wettbewerbsdruck durch die ungebundenen Konkurrenten.<sup>54</sup> Die Bandbreite von Marktanteilen, die als Hinweis für erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen dient, reicht je nach Marktstruktur von ca. 20%<sup>55</sup> über 50–80%<sup>56</sup> bis 90–100%<sup>57,58</sup>. Zu beachten ist auch die *Verteilung der Marktanteile* zwischen den ungebundenen Konkurrenten ausserhalb des Kartells. Nicht am Kartell beteiligte Unternehmen, die in Relation zu den Abspracheteilnehmern geringe Marktanteile aufweisen, üben nur wenig Wettbewerbsdruck aus, selbst wenn sie zahlreich im Markt sind.<sup>59</sup> Hingegen ist von stärkerem Aussenwettbewerb auszugehen, wenn die Marktanteile der ungebundenen Unternehmen konzentriert sind. Für das Bestehen von Aussenwettbewerb spricht auch, wenn es den Unternehmen ausserhalb des Kartells gelingt, ihre Marktanteile zu erhöhen. Lassen sich hingegen stabile Marktanteile oder die *Zunahme von Marktanteilen* des Kartells beobachten,

deutet dies auf geringen Aussenwettbewerb hin.<sup>60</sup> In diesem Zusammenhang ist schliesslich auch der *Abhängigkeitsgrad* der Marktgegenseite zu berücksichtigen. Je ungehinderter die Marktgegenseite auf andere Bezugskanäle ausserhalb des Kartells ausweichen kann, desto weniger beeinträchtigt ein Kartell den aktuellen Wettbewerb.<sup>61</sup> Gegen einen funktionierenden Aussenwettbewerb spricht wiederum, wenn sich die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen *unilateral an das Verhalten des Kartells anpassen*,<sup>62</sup> etwa indem sie ihre Preise auf den Kartellpreis erhöhen oder ihre Preise nach Auflösung des Kartells senken.

Bei der Wirkungsanalyse von *vertikalen Abreden* ist innerhalb des Aussenwettbewerbs zwischen Intra- und Interbrand-Wettbewerb zu differenzieren. *Intra-Brand-Aussenwettbewerb* entsteht, wenn nicht alle Händler an die Preisbindung oder an den Gebietsschutz gebunden sind und die ungebundenen Händler die von der Abrede betroffenen Produkttypen im Wettbewerb zu den gebundenen Händlern vertreiben.<sup>63</sup> Zur Prüfung des Intra-Brand-Aussenwettbewerbs sind die jeweiligen Marktanteile der gebundenen und der ungebundenen Händler gegenüberzustellen, wobei der relevante Markt nur die von der Abrede betroffenen Produkt- oder Dienstleistungstypen (intra-Brand) umfasst. Bei Preisbindungsabreden ist insbesondere zu beachten, ob von Parallelimporten und Online-Vertriebskanälen ein Wettbewerbsdruck ausgeht.<sup>64</sup> Bei vertikalen Gebietsschutzabreden ist zu prüfen, welchen Marktanteil Exporte von ausländischen, nicht an das Passivverkaufsgebot gebundenen Händlern in der Schweiz erzielen, sei es durch Parallelimporte von Schweizer Händ-

<sup>52</sup> RPW 2010/4 774, Rz. 280 f. (Baubeschläge).

<sup>53</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 100 ff.

<sup>54</sup> RPW 2016/3 674 ff., Rz. 167 ff., 678 ff., Rz. 184 (Flügel und Klaviere); RPW 2015/2 306, Rz. 345 (Türprodukte); RPW 2013/2 185 f., Rz. 216 ff. (Spedition); RPW 2012/3 662 ff., Rz. 56 ff. (Recommandations tarifaires de l'Union suisse de professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel); RPW 2012/3 644 f., Rz. 281 ff. (Komponenten Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); RPW 2010/4 744, Rz. 249 f. (Baubeschläge).

<sup>55</sup> RPW 2016/3 674 f., Rz. 168 (Flügel und Klaviere).

<sup>56</sup> RPW 2015/2 306, Rz. 345 (Türprodukte).

<sup>57</sup> RPW 2012/3 644 f., Rz. 282 (Komponenten Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen).

<sup>58</sup> Für eine weitere Darstellung kann auf *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 489 ff., verwiesen werden.

<sup>59</sup> RPW 2013/2 186, Rz. 220 (Spedition): «Es ist nicht davon auszugehen, dass vereinzelte kleinere und mittlere Unternehmen eine disziplinierende Wirkung auf die grossen und weltweit tätigen (an der Gesamtabrede beteiligten) Konzerne auszuüben vermöchten.»; siehe auch RPW 2015/2 306, Rz. 346 (Türprodukte).

<sup>60</sup> RPW 2016/3 677 f., Rz. 180 ff.; 679, Rz. 189 (Flügel und Klaviere): «Die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen waren in der Lage, ihre aggregierten Marktanteile in den relevanten Märkten auszubauen, wobei der WEKO keine Informationen darüber vorliegen, ob diese Zunahme auf Neueintritte von Unternehmen oder die Zunahme von Marktanteilen einzelner bereits in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen zurückzuführen ist. Gleichwohl ist dies ein Indiz, dass die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung auf die Abredeteilnehmer ausüben konnten.»; siehe auch RPW 2012/3 645, Rz. 283 f. (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen).

<sup>61</sup> RPW 2012/4 828, Rz. 106 (Vertrieb von Musik).

<sup>62</sup> RPW 2013/2 186 f., Rz. 221 ff. (Spedition): «Neben der Analyse der Marktanteile bildet vorliegend auch die Reaktion der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen auf die Empfehlungen von Speditionsfirmen bezüglich einzelner Gebühren und Zuschläge einen Anhaltspunkt für die Intensität des Aussenwettbewerbs. [...] 225. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zahlreiche der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen die abgesprochene Gebühren oder Zuschläge ebenfalls eingeführt und im Markt durchgesetzt haben.»; siehe auch RPW 2012/3 662 f., Rz. 60 f. (Recommandations tarifaires de l'Union suisse de professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel); RPW 2010/1 104, Rz. 310 (Gaba).

<sup>63</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 116.

<sup>64</sup> RPW 2017/2 289, Rz. 60 ff. (Husqvarna); RPW 2016/2 411, Rz. 206 (Altimum); RPW 2016/3 738, Rz. 120 (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); RPW 2010/4 676 f., Rz. 212 f. (Hors-Liste-Medikamente).



lern oder durch Direktimporte von Schweizer Endkunden.<sup>65</sup>

Beim *Interbrand-Aussenwettbewerb* stellt sich die Frage, wie viel Wettbewerbsdruck von substituierbaren Produkten und Leistungen anderer Hersteller auf das von der Vertikalabrede betroffene Produkt ausgeht. Zu diesem Zweck ist die Marktstellung des von der Vertikalabrede betroffenen Produktes im Verhältnis zu substituierbaren Produkten und Leistungen anderer Hersteller zu messen. Dabei sind Kriterien wie Marktanteile,<sup>66</sup> Konzentrationsgrad,<sup>67</sup> Marktanteilsentwicklungen,<sup>68</sup> Abhängigkeitsgrad und Preissensitivität der Marktgegenseite,<sup>69</sup> Ausmass der Produkt- und Preisdifferenzierung im betroffenen Markt,<sup>70</sup> eine allfällige Preisführerrolle<sup>71</sup> oder die Position der Marken<sup>72</sup> zu berücksichtigen. Ferner sind auch empirische Umfragen ein Kriterium für die Einschätzung der Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung.<sup>73</sup>

### 3. Auswirkung auf den potenziellen Aussenwettbewerb

Im Rahmen des Aussenwettbewerbs ist neben dem aktuellen auch der potenzielle Wettbewerb relevant. Wettbewerbsdruck kann von potenziellen Konkurrenten ausgehen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und innerhalb nützlicher Frist in den relevanten Markt eintreten können.<sup>74</sup> Zu diesem Zweck sind die Markteintrittsschranken zu untersuchen, wobei es zwischen strukturellen, administrativen und strategischen Markteintrittsschranken zu unterscheiden gilt.

*Strukturelle* Markteintrittsschranken bestehen, wenn ein Markteintritt langfristig mit hohen Investitionskosten oder geringen Ertragsaussichten ver-

bunden ist.<sup>75</sup> Hohe Investitionskosten sind beispielsweise beim Eintritt in Infrastrukturmärkte oder für den Aufbau von Vertriebsnetzen erforderlich.<sup>76</sup> Zur Beurteilung der Ertragsaussichten sind Kriterien wie Marktzustand und Marktphase zu berücksichtigen. Die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten ist in stabilen Märkten mit wenig Marktanteilsschwankungen oder in schrumpfenden Märkten mit negativen Wachstumszahlen eher gering.<sup>77</sup> Eine weitere Form der strukturellen Markteintrittsschranke besteht darin, dass bereits etablierte Marktteilnehmer von tiefen Durchschnittskosten bei der Massenproduktion profitieren können.<sup>78</sup>

Für die Beurteilung von *administrativen* Markteintrittsschranken ist zu unterscheiden, ob die potenziellen Anbieter neu in den sachlichen Markt eintreten oder bereits im Ausland im selben Markt tätig sind und potenziell den schweizerischen Markt erschliessen. Regulatorische Zulassungsvoraussetzungen wie Bewilligungspflichten, Konformitätsbewertungen, Konzessionen u. a. erschweren den Neueintritt in den Markt<sup>79</sup> und entfalten als technische Handelshemmnisse gegenüber dem Ausland eine protektionistische Wirkung. Auch immaterialgüterrechtliche Schutzrechte wirken sich als rechtliche Marktzugangshindernisse aus. Im Verhältnis zum Ausland werden zudem Grenzmassnahmen wie Zölle und Kontingente als administrative Markteintrittsschranken eingesetzt.<sup>80</sup>

Schliesslich können Markteintrittsschranken durch *strategische* Entscheide der bereits etablierten Unternehmen entstehen,<sup>81</sup> indem Eintrittsschranken durch das Verhalten der Unternehmen

<sup>65</sup> RPW 2016/2 437, Rz. 72 f. (GE Healthcare); RPW 2010/1 91, Rz. 216 ff. (Gaba).

<sup>66</sup> RPW 2017/2 289, Rz. 65 f. (Husqvarna); RPW 2016/2 413 ff., Rz. 224 ff. (Altimum); RPW 2016/2 437, Rz. 81 f. (GE Healthcare); RPW 2016/2 502 ff., Rz. 462 ff. (Nikon); RPW 2012/3 571 ff., Rz. 249 ff. (BMW); RPW 2010/1 96 ff., Rz. 257 ff., 104, Rz. 310 (Gaba).

<sup>67</sup> RPW 2016/2 417 f., Rz. 239 ff. (Altimum); RPW 2016/2 504, Rz. 463 (Nikon); RPW 2010/1 98, Rz. 266, 104, Rz. 310 (Gaba).

<sup>68</sup> RPW 2016/2 504 f., Rz. 466 ff. (Nikon); RPW 2012/3 573, Rz. 257 ff. (BMW); RPW 2010/1 98 f., Rz. 267 ff. (Gaba).

<sup>69</sup> RPW 2016/2 508, Rz. 477 (Nikon); RPW 2010/1 101, Rz. 288 (Gaba).

<sup>70</sup> RPW 2016/2 505 ff., Rz. 469 ff. (Nikon); RPW 2010/1 100 f., Rz. 284 f. (Gaba).

<sup>71</sup> Umrissen in RPW 2017/2 289, Rz. 65 (Husqvarna).

<sup>72</sup> RPW 2016/3 739, Rz. 124 (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); RPW 2016/2 438, Rz. 90 (GE Healthcare); RPW 2016/2 512, Rz. 500 (Nikon); RPW 2012/3 578, Rz. 295 (BMW); RPW 2010/1 104, Rz. 310 (Gaba).

<sup>73</sup> RPW 2010/1 101, Rz. 286 f. (Gaba).

<sup>74</sup> RPW 2013/2 187 f., Rz. 227 (Spedition); RPW 2012/4 827, Rz. 93 f. (Vertrieb von Musik); RPW 2012/3 645, Rz. 285 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); RPW 2012/3 664, Rz. 67 ff. (Recommandations tarifaires de l'Union suisse de professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel); kritisch *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 102.

<sup>75</sup> *Joe S. Bain, Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, 1956, 12 ff., 17 f.*, zählt drei zu erfüllende Bedingungen für einen leichten Markteintritt auf. Namentlich dürfen hierzu die etablierten Unternehmen keinen absoluten Kostenvorteil, keine Produktdifferenzierungsvorteile und keine signifikanten Skaleneffekte aufweisen. Diese Bedingungen hängen vom Marktstrukturrahmen und dessen Entwicklung ab. Zum Beispiel kann technologische Entwicklung (Marktstrukturrahmen) Skaleneffekte (Markteintrittsbedingung) auflösen. Der (langfristige) Marktstrukturrahmen ist vom (kurzfristigen) Rahmen, der von neueintretenden Unternehmen beeinflusst werden kann, abzugrenzen.

<sup>76</sup> RPW 2016/3 680, Rz. 199 f. (Flügel und Klaviere); RPW 2012/3 645, Rz. 286 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen).

<sup>77</sup> RPW 2012/3 664, Rz. 68 f. (Recommandations tarifaires de l'Union suisse de professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel): «Bien que le marché ne semble pas poser de barrières à l'entrée, le nombre d'entreprises actives sur celui-ci est resté plutôt stable au fil des années. [...] La structure du marché semble donc être arrivée à maturité, ce qui tend à indiquer une faible probabilité de nouvelles entrées à court terme sur le marché relevant. [...] Par conséquent, la concurrence potentielle n'aurait pas pour effet de discipliner suffisamment les entreprises parties à l'accord.»; ferner RPW 2010/4 746, Rz. 271 (Baubeschläge).

<sup>78</sup> RPW 2010/4 746, Rz. 271 (Baubeschläge).

<sup>79</sup> RPW 2013/2 188, Rz. 229 Fn. 107 (Spedition); RPW 2010/4 745, Rz. 261 (Baubeschläge).

<sup>80</sup> RPW 2010/4 745, Rz. 261 (Baubeschläge).

<sup>81</sup> RPW 2016/3 680, Rz. 199 (Flügel und Klaviere); RPW 2013/2 188, Rz. 228 (Spedition). RPW 2010/4 745, Rz. 254 ff. (Baubeschläge).

bewusst oder unbewusst aufgebaut werden. Als strategische Markteintrittsbarriere gelten etwa hohe Umstellungskosten der Kunden bei einem Lieferantenwechsel. Beispielsweise hielt die WEKO im Fall Baubeschläge für Fenster fest, dass potenzielle Neueinsteiger in den Markt nur schwer Kunden gewinnen können, da ein Lieferantenwechsel mit sehr grossem IT- und Kostenaufwand verbunden sei.<sup>82</sup>

### C. Wirkung der Abrede auf den Markt

Schliesslich stellt sich in einem dritten Schritt die Frage, ob aufgrund der Abnahme des Wettbewerbsdrucks konkrete Veränderungen auf dem Markt erkennbar sind (Marktergebnis). Die WEKO hat im Rahmen der quantitativen Analyse verschiedentlich auch die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede auf den Markt untersucht, ohne aber zwischen Wirkung auf den Wettbewerb und Wirkung auf den Markt zu differenzieren. In der Regel ist davon auszugehen, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung den Markt *schädigt*; in Ausnahmefällen kann die Wettbewerbsminderung aber auch *positive Marktwirkungen* entfalten, weshalb erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

#### 1. Negative Auswirkungen auf den Markt

Gemäss Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG sollen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen verhindert werden. Als volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkung einer Wettbewerbsabrede gilt in erster Linie ein *überhöhter Preis* und die damit verbundene Abschöpfung einer Kartellrente durch die am Kartell beteiligten Unternehmen zulasten der Kunden. Die WEKO hat in verschiedenen Fällen versucht, die tatsächliche Auswirkung der Wettbewerbsabrede auf den Preis nachzuweisen. In erster Linie wird in diesem Zusammenhang geprüft, ob der vereinbarte Preis tatsächlich um- und durchgesetzt werden konnte.<sup>83</sup> Als weitere Indizien gelten etwa Preisveränderungen zum Zeitpunkt der Aufnahme oder der Beendigung des Kartells,<sup>84</sup> Preiserhöhung durch am Kartell unbeteiligte Unternehmen,<sup>85</sup> An-

stieg der Margen<sup>86</sup> oder Preisdifferenzen zwischen gebundenen und ungebundenen Händlern (Preisbindungsabreden).<sup>87</sup> Als wichtiges Indiz gilt auch ein Preisunterschied zwischen dem vom Kartell betroffenen Gebiet und Vergleichsgebieten.<sup>88</sup> Bei vertikalen Gebietsschutzabreden untersucht die WEKO jeweils, ob aufgrund der Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland ein Arbitragepotenzial besteht.<sup>89</sup> Neben den Auswirkungen auf den Preis hat die WEKO teilweise auch Auswirkungen der Abrede auf die *Marktanteile*,<sup>90</sup> die verfügbare *Produktepalette*<sup>91</sup> oder die *Qualität* der Produkte<sup>92</sup> berücksichtigt.

#### 2. Positive Auswirkungen auf den Markt

In Ausnahmefällen kann die Abnahme des Wettbewerbsdrucks bzw. die Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auch positive Markteffekte entfalten. Diesem Umstand trägt die Bestimmung in Art. 5 Abs. 2 KG Rechnung, wonach Wettbewerbsabreden trotz erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz *gerechtfertigt* werden können.

Die Effizienzrechtfertigung verlangt drei kumulativ zu erfüllende *Voraussetzungen*. Die Wettbewerbsabrede muss aus mindestens einem der Effizienzgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gerechtfertigt sein, die Wettbewerbsabrede muss notwendig sein, um einen solchen Effizienzgrund zu realisieren (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG), und die Wettbewerbsabrede darf in keinem Fall den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).<sup>93</sup>

Als Rechtfertigungsgründe kommen ausschliesslich Aspekte der *wirtschaftlichen* Effizienz infrage.<sup>94</sup> Die wirtschaftliche Effizienz ist definiert als eine Maximierung der Bedürfnisbefriedigung mit vorhandenen Mitteln bzw. eine Minimierung der Aufwandsgenerierung für vorhandene Bedürf-

<sup>82</sup> RPW 2010/4 745, Rz. 254 ff. (Baubeschläge).

<sup>83</sup> RPW 2016/3 687, Rz. 251 (Flügel und Klaviere); RPW 2016/3 741, Rz. 145 (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); RPW 2015/2 309 f., Rz. 375 ff. (Türprodukte); RPW 2010/4 752 f., Rz. 320 ff. (Baubeschläge).

<sup>84</sup> RPW 2016/2 513, Rz. 509 f. (Nikon); RPW 2016/2 407 ff., Rz. 197 ff. (Altimum); RPW 2010/1 104, Rz. 310 (Gaba).

<sup>85</sup> RPW 2013/2 186 f., Rz. 221 ff. (Spedition); RPW 2010/1 104, Rz. 310 (Gaba); RPW 2009/2 150, Rz. 61 (Sécateurs et cisailles).

<sup>86</sup> RPW 2015/2 309 f., Rz. 375 ff. (Türprodukte).

<sup>87</sup> RPW 2010/4 746, Rz. 265 (Baubeschläge).

<sup>88</sup> RPW 2016/3 741, Rz. 143 (Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe]); RPW 2010/4 679, Rz. 234 f. (Hors-Liste-Medikamente); thematisiert, aber schliesslich offengelassen in RPW 2008/1 106 f., Rz. 161 f. (Strassenbeläge Tessin); Preisunterschied mit Bezug auf einzelne Projekte RPW 2012/2 399, Rz. 1052 (Tiefbau Aargau).

<sup>89</sup> RPW 2016/2 490 ff., Rz. 386 ff. (Nikon); RPW 2010/1 90 f., Rz. 208 ff., 104, Rz. 310 (Gaba); RPW 2016/2 438, Rz. 89 f. (GE Healthcare); siehe auch RPW 2010/4 746, Rz. 265 (Baubeschläge).

<sup>90</sup> Vgl. bereits vorne, Fn. 60.

<sup>91</sup> RPW 2016/2 505 ff., Rz. 469 ff., 514, Rz. 513 f. (Nikon).

<sup>92</sup> RPW 2012/3 573, Rz. 262, 580, Rz. 309 (BMW).

<sup>93</sup> BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 13 (Altimum; zur Publikation vorgesehen).

<sup>94</sup> BGE 129 II 18 E. 10.1 (Buchpreisbindung); *Marbach/Ducrey/Wild* (Fn. 6), N 1571; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 45; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 12.

nisse. Zu unterscheiden ist zunächst allokativer Effizienz, wonach Marktpreise den aggregierten Präferenzen der Nachfrager entsprechen und nicht durch beispielsweise Wettbewerbsbeschränkungen verzerrt sind. Produktive Effizienz bedeutet demgegenüber eine Minimierung der Kosten zur Befriedigung der gegebenen Nachfrage. Schliesslich kennzeichnet sich dynamische Effizienz durch technischen Fortschritt.<sup>95</sup> Die drei Effizienzformen können sich in der Anwendung gegenseitig ausschliessen.<sup>96</sup>

In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG sind die *Gründe* der ökonomischen Effizienz abschliessend aufgelistet,<sup>97</sup> wobei bereits das Vorliegen eines dieser Gründe ausreicht, um die Effizienz darzulegen.<sup>98</sup> Die Effizienzgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG sind derart offen formuliert, dass grundsätzlich sämtliche objektiven ökonomischen Effizienzgründe von der Norm erfasst sind:<sup>99</sup>

- Die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten lässt sich durch Absprachen über die koordinierte Rationalisierung von Produktionsfaktoren erreichen.<sup>100</sup> Durch diese Kooperationen können Unternehmen sowohl von Kostenvorteilen durch die gemeinsame Nutzung von Ressourcen (Verbundvorteile)<sup>101</sup> als auch von Kostenvorteilen durch die Erhöhung der Produktion bei abnehmenden Stückkosten (Skaleneffekte)<sup>102</sup> profitieren. Zu den die Vertriebskosten senkende Abreden zählen überdies solche, die den Vertrieb fördern.<sup>103</sup>
- Der Effizienzgrund der Verbesserung der Produkte und Produktionsverfahren betrifft zunächst die Verbesserung des Erzeugnisses selbst.<sup>104</sup> Die Lehre erachtet ausserdem Absprachen, die zu einer Erweiterung der Produktpalette führen,<sup>105</sup> sowie Absprachen, die den Vertrieb verbessern,<sup>106</sup> als Effizienzgrund in diesem Sinne.

- Die Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen beschließt forschungsfördernde Absprachen über Forschung und Entwicklung.<sup>107</sup> Die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen wird etwa durch Absprachen über die gegenseitige Nutzung von Patenten oder durch Know-how-Lizenzverträge erreicht.<sup>108</sup>
- Der Effizienzgrund der rationelleren Nutzung der Ressourcen erfasst schliesslich Abreden, die die rationellere Nutzung sowohl von unternehmerischen Ressourcen als auch von öffentlichen Gütern und natürlichen Ressourcen fördern.<sup>109</sup>

Die Abrede muss zudem *notwendig* sein, um den Effizienzgewinn zu realisieren (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG).<sup>110</sup> Das Notwendigkeitskonzept entspricht im Wesentlichen der verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung.<sup>111</sup> Ausgangspunkt der Verhältnismässigkeitsprüfung ist der geltend gemachte Effizienzgrund. Die Wettbewerbsbeschränkung muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um das Effizienzziel zu realisieren.<sup>112</sup> Erforderlichkeit bedeutet, dass keine gleich geeignete, den Wettbewerb weniger beschränkende Massnahme zur Verfügung stehen darf.<sup>113</sup> Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit ist die Senkung der Effizienz durch die Wettbewerbsbeschränkung gegenüber der Steigerung der Effizienz durch die Effizienzgründe des Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abzuwägen.<sup>114</sup> Nach der Wertung des Gesetzgebers darf ausserdem, unabhängig vom Resultat dieser Abwägung, die Beschränkung des Wettbewerbs nicht so weit gehen, dass sie den Abredeteiligen ermöglicht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).<sup>115</sup>

Die Vermutungen der Wettbewerbsschädlichkeit der Tatbestände des Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG deuten bereits an, dass *Effizienzrechtfertigungen von Kernbeschränkungen* schwer zu bewerkstelligen sind.<sup>116</sup> In der Praxis dürfte die Effizienz-

<sup>95</sup> RPW 2005/2 279, Rz. 61 (Buchpreisbindung); siehe auch *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 250 ff.

<sup>96</sup> RPW 2005/2 279, Rz. 61 (Buchpreisbindung); *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 257.

<sup>97</sup> BGE 129 II 18 E. 10.3 (Buchpreisbindung); *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 304; *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 45; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 11.

<sup>98</sup> BGE 129 II 18 E. 10.3 (Buchpreisbindung); *Roger Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A. 2005, N 404.

<sup>99</sup> BGER 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 13.2 (Altimum; zur Publikation vorgesehen); *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 272.

<sup>100</sup> *Marbach/Ducrey/Wild* (Fn. 6), N 1577; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 306; *Zäch* (Fn. 98), N 405.

<sup>101</sup> *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 47; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 308; *Zäch* (Fn. 98), N 405.

<sup>102</sup> *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 47; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 307; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5, N 14.

<sup>103</sup> Botschaft KG 95 (Fn. 18), 558 f.; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 14; *Zäch* (Fn. 98), N 406.

<sup>104</sup> *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 48.

<sup>105</sup> *Borer* (Fn. 8), KG 5 N 48; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 314 ff.; *Zäch* (Fn. 98), N 408.

<sup>106</sup> Botschaft KG 95 (Fn. 18), 559; *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 16; *Zäch* (Fn. 98), N 408.

<sup>107</sup> *Reinert P.* (Fn. 16), KG 5 N 17; *Zäch* (Fn. 98), N 413.

<sup>108</sup> RPW 2010/4 688, Rz. 296 (Hors-Liste Medikamente); *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 313; *Zäch* (Fn. 98), N 414.

<sup>109</sup> BGE 129 II 18 E. 10.3.3 (Buchpreisbindung); *Marbach/Ducrey/Wild* (Fn. 6), N 1577; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 327.

<sup>110</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 322 ff.; BGE 129 II 18 E. 10.4 (Buchpreisbindung).

<sup>111</sup> BGE 143 II 297 E. 7.1 (Gaba).

<sup>112</sup> BGE 143 II 297 E. 7.1 (Gaba); BGE 129 II 18 E. 10.4 (Buchpreisbindung).

<sup>113</sup> BGER 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 13.5 (Altimum; zur Publikation vorgesehen); Botschaft KG 95 (Fn. 18), 560; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 342 ff.

<sup>114</sup> *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 II N 355; *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 262 f., m. w. H.

<sup>115</sup> Siehe auch Botschaft KG 95 (Fn. 18), 556 f.

<sup>116</sup> *Marino Baldi*, Zur Grundsätzlichkeit der BundesgerichtsUrteile GABA und BMW, AJP 2018, 68 ff., 71; die EU nimmt Kernbeschränkungen vom Anwendungsbereich der GVO aus, *Grave/Nyberg* (Fn. 13), AEUV 101 I N 272; siehe auch Fn. 165.

rechtfertigung von vertikalen Kernbeschränkungen vielfach an der Notwendigkeit scheitern.<sup>117</sup>

#### IV. Erheblichkeitsprüfung von Kernbeschränkungen in der Praxis

Wie in Kapitel II ausgeführt, gelten Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 KG nur als unzulässig, wenn sie den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigen. Kapitel IV zeigt die unterschiedlichen Ansätze der Erheblichkeitsprüfung auf, die in der Praxis entwickelt und angewendet worden sind (Kap. IV. A), und erläutert, wie das Bundesgericht die Grundsatzfrage in den Urteilen Gaba und Gebro vom April 2017 entschieden hat (Kap. IV. B).

##### A. Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts

Aus der hergebrachten Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lassen sich für die Beurteilung von Kernbeschränkungen im Wesentlichen drei unterschiedliche Erheblichkeitstheorien ableiten, namentlich (1) eine Per-se-Erheblichkeit von Kernbeschränkungen, (2) die Erheblichkeitsprüfung als wirkungsbezogene Einzelfallabwägung und (3) die Erheblichkeit als Erfordernis einer tatsächlichen Marktschädigung.<sup>118</sup> Mit den Grundsatzentscheiden Gaba und Gebro hat das Bundesgericht festgehalten, dass Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG den Wettbewerb bereits aufgrund ihrer Natur grundsätzlich immer erheblich beeinträchtigen und deshalb keine quantitative Analyse erforderlich sei (Kap. IV. B).

###### 1. Per-se-Erheblichkeit von Kernbeschränkungen

Gemäss der Theorie der Per-se-Erheblichkeit gelten Kernbeschränkungen bereits aufgrund ihrer *potenziellen Schädlichkeit* für den Wettbewerb und den Markt als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG. Betrifft die horizontale oder vertikale Abrede einen der Wettbewerbsparameter Menge, Preis oder Gebiete i. S. v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, reicht dieses qualitative Kriterium aus, um auf eine erhebliche Wettbewerbs-

beeinträchtigung zu schliessen.<sup>119</sup> Entsprechend ist es gemäss diesem Ansatz nicht erforderlich, anhand von quantitativen Kriterien die Auswirkungen der Kernbeschränkung auf den Wettbewerb oder auf den Markt näher zu prüfen. Von einem Teil der Lehre wird dieser Ansatz insbesondere deshalb befürwortet, weil bei Kernbeschränkungen davon auszugehen sei, dass sich mit Blick auf ihre potenzielle Schädlichkeit eine Untersuchung der Wirkungen erübrige.<sup>120</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht ist diesem Ansatz zumindest implizit in den Urteilen Gaba und Gebro sowie BMW gefolgt, indem es die Erheblichkeit von absoluten Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG rein anhand des Abredegegenstands bejahte, ohne die Wirkung der Abreden in quantitativer Hinsicht zu untersuchen.<sup>121</sup> In den Urteilen Gaba und Gebro hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass im konkreten Fall bereits eine «qualitative Erheblichkeit» genüge. Weil für Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gelte, sei «a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien».<sup>122</sup>

###### 2. Einzelfallabwägung von Wirkung auf den Wettbewerb und den Markt

Im Gegensatz zur Per-se-Erheblichkeit bestand die Praxis der WEKO bis anhin darin, auch bei qualitativ schwerwiegenden Kernbeschränkungen eine quantitative Analyse durchzuführen, wobei sie neben den quantitativen Auswirkungen auf den Wettbewerb (vorne, Kap. III. B) teilweise auch geprüft hat, ob sich die Abrede nachweislich auf den Markt (vorne, Kap. III. C) ausgewirkt hat.

Diese Praxis der WEKO kam in Ziff. 12 Abs. 1 der früheren VertBek 2010 zum Ausdruck, wonach bei der Prüfung der Erheblichkeit einer vertikalen Wettbewerbsbeeinträchtigung sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind.<sup>123</sup> Die Abwägung qualitativer und quantitativer Kriterien erfolgte einzelfallweise im Rahmen einer Gesamtbeurteilung.<sup>124</sup> Dasselbe Prüfschema

<sup>119</sup> Zäch (Fn. 98), N 395 ff.; Marino Baldi/Felix Schraner, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014 501 ff., 509 f.; Patricia M. Hager/Angelika Murer, Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 197 ff., 203 ff.

<sup>120</sup> Heinemann, Erheblichkeit (Fn. 20), Rz. 61.

<sup>121</sup> BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 11.1.8 (Gaba); BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.4 (Gebro); BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, E. 9.1.4 (BMW); Bruch (Fn. 17), 506 f.

<sup>122</sup> BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 11.1.8 (Gaba); BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 11.1.4 (Gebro); bestätigt in BVGer B-3332 vom 13. November 2015, E. 9.1.4 (BMW).  
<sup>123</sup> RPW 2012/3 575, Rz. 279 (BMW).

<sup>124</sup> Ziff. 12 Abs. 1 der früheren VertBek 2010; RPW 2016/2 510, Rz. 488 (Nikon).

<sup>117</sup> Andrea Graber Cardinaux, Die aktualisierte Vertikalbekanntmachung, sic! 2017, 579 ff., 586; jüngst verneinte das BGer in Sachen «Altimum» die Notwendigkeit einer Preisbindung zur Gewährleistung der Kundenberatung, siehe BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 13.5 (Altimum; zur Publikation vorgesehen).

<sup>118</sup> So auch Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 178 ff.

hat auch auf horizontale Kernbeschränkungen Anwendung gefunden.<sup>125</sup> Wie in Kapitel III gezeigt, hat die WEKO eine reichhaltige Praxis zur Einzelfallabwägung entwickelt. Das Bundesverwaltungsgericht ist dem Ansatz der einzelfallabhängigen Gewichtung und Abwägung von qualitativen und quantitativen Kriterien im Urteil *Altimum* gefolgt.<sup>126</sup>

### 3. Tatsächliche Auswirkung auf den Wettbewerb und den Markt

Schliesslich kann die Erheblichkeitsschwelle auch dahingehend verstanden werden, dass eine Überschreitung erst vorliegt, wenn eine tatsächliche *Schädigung des Marktes* – und nicht nur des Wettbewerbs – nachgewiesen ist.<sup>127</sup> In diese Richtung hat das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen *Baubeschläge* argumentiert. Gemäss Bundesverwaltungsgericht habe die WEKO in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Es bestehe im schweizerischen Kartellrecht keine *Perse-Erheblichkeit*, weshalb die Auswirkungen von Absprachen *auf dem Markt* durch die Vorinstanz zu untersuchen seien.<sup>128</sup>

Der Widerspruch zwischen den Urteilen *Gaba* und *Gebro* einerseits und den Urteilen *Baubeschläge* andererseits ist in der Lehre eingehend diskutiert worden und braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden.<sup>129</sup> Das Bundesverwaltungsgericht selber äusserte sich dazu im Urteil *Nikon*. Das Gericht führte aus, dass den Urteilen unterschiedliche Sachverhalte zugrunde lagen. Während in den *Gaba*- und *Gebro*-Urteilen primär das Schädlichkeitspotenzial vertikaler Gebietsschutzabreden, die im Wortlaut schriftlich vorlagen, zu beurteilen war, sei es beim horizontalen Preiskartell in Sachen *Baubeschläge* insbesondere um die Frage gegangen, ob die festgestellten Marktwirkungen dem Verhalten der Abrededpartner oder aber dem Einfluss eines

nicht in die Untersuchung einbezogenen ausländischen Preiskartells zuzuschreiben waren. Weiter führt das Gericht in terminologischer Hinsicht aus, dass das Schädlichkeitspotenzial einer Abrede abhängig ist vom Inhalt der Vereinbarung (qualitatives Element) und vom gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen (quantitatives Element). Davon zu unterscheiden seien die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede.<sup>130</sup>

### B. Grundsatzentscheid des Bundesgerichts i. S. Gaba

Das Bundesgericht hat die Frage der Auslegung der Erheblichkeitsprüfung für Kernbeschränkungen in den Urteilen *Gaba* und *Gebro* vom April 2017 geklärt.<sup>131</sup> Das Gericht hielt fest, dass es sich beim Tatbestandselement der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung um eine «Bagatellklausel» handelt (E. 5.1). Der materielle Gehalt der Erheblichkeit sei anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu bestimmen, wobei das Bundesgericht die Praxis der WEKO bestätigte, wonach Art. 5 Abs. 1 KG nicht etwa kumulativ eine qualitative und eine quantitative Erheblichkeit verlangt (E. 5.2.2),<sup>132</sup> sondern die Erheblichkeitsschwelle sowohl durch qualitative als auch quantitative Kriterien erreicht werden kann: «Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen.» (E. 5.2.2). Mit Bezug auf qualitativ schwerwiegende Kernbeschränkungen stellt sich nun die Frage, «wie viel» in quantitativer Hinsicht noch erforderlich ist, damit insgesamt von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG ausgegangen werden kann.

Gemäss dem Urteil *Gaba* gelten Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, die den Wettbewerb entgegen der gesetzlichen Vermutung nicht beseitigen, grundsätzlich immer als erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, und zwar unabhängig von quantitativen Kriterien.<sup>133</sup> Das Urteil wurde in

<sup>125</sup> *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 131 ff.; *Krauskopf/Schaller* (Fn. 16), KG 5 I N 148 ff., N 167 ff.

<sup>126</sup> BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4 (*Altimum*).

<sup>127</sup> In diese Richtung *Amstutz/Carron/Reinert* (Fn. 22), LCart 5 N 120; *Carron/Krauskopf* (Fn. 27), Rz. 17.

<sup>128</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 7.1.3 (Paul Koch) und BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 6.1.3 (*Siegenia Aubi*); *Bruch* (Fn. 17), 507.

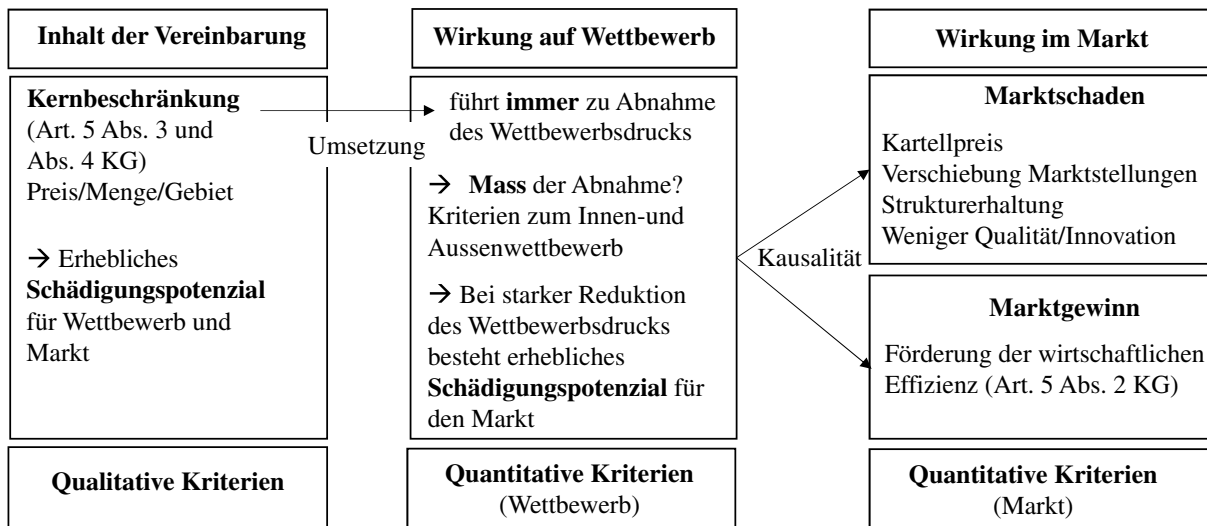
<sup>129</sup> *Reto Jacobs*, *Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels*, SJZ 2015, 229 ff., 232 f.; *Carl Baudenbacher*, *Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?*, Jusletter vom 2. Februar 2015, Rz. 7 ff.; *Stephan Breitenmoser*, *Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen*, Jusletter vom 20. April 2015, Rz. 2 ff.; *Heinemann*, *Erheblichkeit* (Fn. 20), Rz. 20 ff.; ferner *Hager/Murer* (Fn. 119), 198 ff.; *Straub* (Fn. 28), 559 ff.; *Baldi*, *Zweimal hü* (Fn. 20); *Marino Baldi/Felix Schraner*, *Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Baubeschläge – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?*, AJP 2015, 269 ff.

<sup>130</sup> BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.5.5 (*Nikon*).

<sup>131</sup> BGE 143 II 297 (*Gaba*); BGer 2C\_172/2014 vom 4. April 2017 (*Gebro*); bestätigt in BGer 2C\_1016/2014 und BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3 (*Baubeschläge*); BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 4.3 (BMW); BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 10 (*Altimum*; zur Publikation vorgesehen).

<sup>132</sup> So noch BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 7.1.3 (Paul Koch) und BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 6.1.3 (*Siegenia Aubi*).

<sup>133</sup> BGE 143 II 297 E. 5.2.1 (*Gaba*); BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 10.1 ff. (*Altimum*; zur Publikation vorgesehen).



der Literatur entlang den bereits vor Gaba bestehenden Fronten kontrovers diskutiert.<sup>134</sup>

## V. Würdigung

Die unscharfe Diskussion um die Bedeutung der quantitativen Erheblichkeitskriterien scheint teilweise auch auf eine ungenügende Differenzierung zwischen Wirkung der Abrede auf den Wettbewerb (vgl. Kap. III. B) und Wirkung auf den Markt (Marktergebnis, vgl. Kap. III. C) zu beruhen. Es ist anzunehmen, dass eine horizontale oder vertikale Abrede über Preise, Gebiete oder Mengen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, die tatsächlich umgesetzt wird, immer zu einer Abnahme des Wettbewerbsdrucks führt und folglich immer den Wettbewerb beeinträchtigt. Mit den unter Kapitel III. B dargestellten quantitativen Kriterien kann versucht werden, die Abnahme des Wettbewerbsdrucks zu messen. Eine ganz andere Frage ist hingegen, ob sich die Abrede und die damit verbundene Abnahme des Wettbewerbsdrucks negativ auf den Markt auswirken, indem etwa Kartellrenten abgeschöpft, ineffiziente Marktstrukturen erhalten oder Innovationen gehemmt wurden (dazu Kap. III. C). In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob im Markt festgestellte Schäden kausal auf die Abrede zurückzuführen sind oder ob andere Ereignisse zu den Schädigungen geführt haben. (siehe Tabelle)

### A. Grundsatz der Erheblichkeit für Kernbeschränkungen

Nach Auffassung des Bundesgerichts sind Kernbeschränkungen unabhängig von ihrer Wirkung auf den Wettbewerb oder auf den Markt unzulässig. Gemäss den bundesgerichtlichen Urteilen Gaba und Gebro gelten Kernbeschränkungen grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, und zwar ohne dass deren *Auswirkung auf den Wettbewerb* zu untersuchen ist. Entsprechend sind die quantitativen Kriterien zur Prüfung des Innen- und Aussenwettbewerbs sowie des Intra- und des Interbrand-Wettbewerbs (vgl. vorne, Kap. III) für die Erheblichkeitsfrage von Kernbeschränkungen nicht mehr relevant. Allein aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine dem Inhalt und der Natur nach besonders schwerwiegende Abrede handelt, ist von einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen. Dabei reicht das Schädigungspotenzial der Abrede, um auf deren Unzulässigkeit zu schliessen. Insbesondere entfallen damit die Argumente, die Abrede sei gar nicht umgesetzt worden (Innenwettbewerb, vgl. Kap. III. B. 1) oder die am Kartell beteiligten Unternehmen würden nur einen sehr kleinen Marktanteil erreichen (Aussenwettbewerb, vgl. Kap. III. B. 2). Im Resultat qualifiziert das Bundesgericht das Treffen von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG als Gefährdungstatbestand. Eine Abrede über eine Kernbeschränkung ist bereits dann unzulässig, wenn das geschützte Rechtsgut des wirksamen Wettbewerbs einer Gefährdung ausgesetzt wird.

Sodann gilt umso mehr, dass Kernbeschränkungen unabhängig von der Feststellung einer konkreten *Auswirkung auf den Markt* als unzulässig gelten. Mit Blick auf die Legitimation eines kartellrechtlichen Eingriffs wäre es zwar begrüssens-

<sup>134</sup> Befürwortend z. B. *Andreas Heinemann*, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018/1, 103 ff.; *Marino Baldi*, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, 613 ff., 613; *Zirlick/Bangerter* (Fn. 17), KG 5 N 193 ff.; ablehnend *Mani Reinert*, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts – Eine kritische Analyse, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 2018, 49 ff., 92 f.; *Nicolas Birkhäuser/Mani Reinert*, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018/1, 121 ff., 131 f.; *Birkhäuser/Stanchieri* (Fn. 6), Rz. 42.

wert, wenn aufgrund der Wettbewerbsabrede tatsächliche negative Wirkungen auf dem Markt – etwa in Form von höheren Preisen, Verschiebung von Marktanteilen oder Abnahme der Qualität – festgestellt werden könnten. Wohl aus diesem Grund hat die WEKO auch verschiedentlich versucht, ihre Entscheide mit solchen Feststellungen bezüglich Preis- oder Marktanteilsveränderungen zu untermauern (Kap. III. C. 1). Gleichzeitig sind gerade diese marktbezogenen Feststellungen besonders leicht angreifbar, da die Kausalität zwischen Wettbewerbsabrede und Marktbeobachtung kaum je rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Die Parameter wie Preis, Marktanteile oder Qualität sind durch unzählige Faktoren beeinflusst, sodass es immer möglich ist, die Veränderung eines solchen Parameters durch eine alternative Ursache als die Wettbewerbsabrede plausibel zu erklären. Die WEKO hat mit der Aufnahme von marktbezogenen Untersuchungen in ihre Verfügungsbegründungen deshalb das Risiko in Kauf genommen, dass die Rechtsmittelinstanzen den Nachweis von negativen Auswirkungen auf den Markt als zwingendes Element der Erheblichkeitsschwelle hätten betrachten können.<sup>135</sup> Dem hat das Bundesgericht mit den Urteilen Gaba und Gebro nun einen Riegel geschoben.

Gleichzeitig ist zu betonen, dass nachweisbare Wirkungen im Markt weiterhin als Indizien – nicht als zwingende Voraussetzung – relevant sein können, und zwar im Zusammenhang mit dem Nachweis von abgestimmten Verhaltensweisen (Art. 4 Abs. 1 KG), der quantitativen Analyse von Wettbewerbsabreden ausserhalb der Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG; dazu hinten, Kap. V. C).

Mit Bezug auf das Konzept der Erheblichkeit lohnt sich ein *rechtsvergleichender Blick* auf das Europäische Kartellrecht. In der EU sind Wettbewerbsabreden unterhalb der Schwelle der *Spürbarkeit* zulässig. Dabei gelten Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken – also Kernbeschränkungen – als per se spürbar.<sup>136</sup> Kernbeschränkungen sind in der EU somit unabhängig von jeglicher Wirkungsprüfung unzulässig, sofern kein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegt.<sup>137</sup> Demgegenüber ist bei Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung zwar nicht bezwecken, aber dennoch bewirken, eine Wirkungsanalyse durchzuführen. Bewirkte Wettbewerbs-

abreden sind nur unzulässig, wenn sie «nicht nur geringfügige Auswirkungen auf den relevanten Markt haben» und damit die Spürbarkeitsschwelle überschreiten.<sup>138</sup> Die entsprechenden Schwellenwerte hat die EU-Kommission in der De-minimis-Bekanntmachung (vgl. Fn. 21) festgehalten.<sup>139</sup>

Mit den Gaba- und Gebro-Urteilen des Bundesgerichts hat sich das schweizerische Kartellrecht weiter dem EU-Kartellrecht angenähert. In der Schweiz gelten gemäss Bundesgericht qualitativ besonders schwerwiegende Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG grundsätzlich als erhebliche und damit unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Wie in der EU entfällt (grundsätzlich) eine Wirkungsanalyse auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit, und wie in der EU besteht weiterhin die Möglichkeit, die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen, sofern keine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt.<sup>140</sup>

## B. Bedeutung der Bagatellklausel für Kernbeschränkungen

Unklar bleibt nach der bundesgerichtlichen Begründung der Urteile Gaba und Gebro, ob im Bereich von Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG entgegen dem EU-Recht überhaupt noch eine zulässige *Bagatelle* bzw. De-minimis-Abrede angenommen werden kann. Im Anschluss an die öffentliche Urteilsberatung des Bundesgerichts war davon auszugehen, dass Kernbeschränkungen nur als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG gelten, sofern es sich dabei nicht um eine Bagatelle handelt. In Erwartung einer entsprechenden Urteilsbegründung folgte ein Teil der Lehre, dass quantitative Kriterien auch bei Kernbeschränkungen stets eine Rolle spielen werden.<sup>141</sup> Diese Auffassung vertrat auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil Nikon,<sup>142</sup> das nach der mündlichen Beratung, aber vor Veröffentlichung der schriftlichen Urteilsbegründung i. S. Gaba und Gebro ergangen war.

Im schriftlichen Urteil des Bundesgerichts zu Gaba heisst es nun aber, dass qualitativ schwer-

<sup>138</sup> *Schröter/van Vormizeele* (Fn. 13), AEUV 101 I N 167; siehe auch Fn. 15.

<sup>139</sup> Siehe Fn. 21 und Kap. II.

<sup>140</sup> *Pierre Kobel*, Un arrêt très attendu en droit des cartels: la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire GABA, Jusletter vom 19. Juni 2017, Rz. 32.

<sup>141</sup> *Walter A. Stoffel*, ein Meilenstein, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 13. Juli 2016; Homburger Bulletin vom 29. Juni 2016, Grundsatzurteil des Bundesgerichts zur Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 3; *Graber Cardinaux* (Fn. 117), 585.

<sup>142</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass auch bei Kernbeschränkungen weiterhin quantitative Kriterien wie Marktanteile und tatsächliche Auswirkungen, also auch die Umsetzung, untersucht werden müssen, vgl. BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.5.6 (Nikon).

<sup>135</sup> In diese Richtung etwa BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 7.1.3 (Paul Koch) und BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 6.1.3 (Siegenia Aubi).

<sup>136</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>137</sup> Zur Möglichkeit der Rechtfertigung von Kernbeschränkungen im EU-Recht siehe Fn. 165.

wiegende Abreden grundsätzlich immer als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gelten. Fraglich ist deshalb, ob das Bundesgericht mit dem Einschub «grundsätzlich» gemeint hat, dass bei gewissen «Bagatell-»Kernbeschränkungen trotzdem noch eine quantitative Analyse durchzuführen ist, oder ob Kernbeschränkungen vielmehr als per se erheblich gelten. Auch die neuere Rechtsprechung bringt in diesem Punkt keine Klarheit. Im Urteil Altimum ist zu lesen: «Partant, un accord vertical au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart, que le législateur considère par essence comme suffisamment nuisible pour lui appliquer la présomption de suppression de la concurrence efficace, ne constitue intrinséquement pas un cas bagatelle, de sorte qu'il tombe en règle générale sous le coup de l'art. 5 al. 1 LCart.»<sup>143</sup> Einerseits hält das Bundesgericht fest, dass tatbestandsmässige Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG von Natur aus keine Bagatellen sind, um dann gleich relativierend anzufügen, dass diese nur in der Regel als erheblich gelten.

In der Literatur wird die Formel des Bundesgerichts unterschiedlich interpretiert, wobei sich im Wesentlichen zwei Ansätze unterscheiden lassen. Einerseits kann die Bagatellausnahme als *materiell-rechtliche Erheblichkeitsschwelle* zur Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Kernbeschränkungen gedeutet werden. Nach diesem Verständnis gelten gewisse «Bagatell-»Kernbeschränkungen nicht als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung und sind folglich zulässig (Kap. V. B. 1). Andererseits kann die Bagatellausnahme auch als *formell-rechtliche Aufgreifschwelle* zur Abgrenzung von Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht verstanden werden. Demnach wären alle nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG tatbestandsmässigen Kernbeschränkungen vorbehaltlich der Rechtfertigung unzulässig; Bagatellen würden jedoch nicht von der WEKO aufgegriffen, sondern müssten von den betroffenen Unternehmen vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden (Kap. V. B. 2).

### 1. Bagatelle als materiell-rechtliche Erheblichkeitsschwelle

Soweit das Bundesgericht die Tür der Unerheblichkeit für nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG tatbestandsmässige Bagatellen offen lässt, stellt sich die Frage, nach welchen *Kriterien* solche «Bagatellen» bzw. «Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit» überhaupt zu bestimmen sind.<sup>144</sup>

Dazu ist in einem ersten Schritt zu bemerken, dass allein gestützt auf *geringe Marktanteile* des Kartells wohl nicht auf eine Bagatelle im materiellen Sinn geschlossen werden kann.<sup>145</sup> Gemäss Bundesgericht sind die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgeführten Abreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>146</sup> Mit anderen Worten wird bei diesen Kernbeschränkungen keine quantitative Analyse durchgeführt, ausser es handelt sich um eine Bagatelle. Diese Regel würde nun unterlaufen, wenn bei Kernbeschränkungen regelmässig das quantitative Element der Marktanteile als Kriterium zur Bestimmung der Bagatellen heranzuziehen wäre. Entsprechend könnte etwa das angebliche Kebab-Kartell in Winterthur nicht bereits deshalb als unproblematisch erklärt werden, weil Kebabs nur einen sehr kleinen Marktanteil im Gesamtmarkt für Take-away-Essen ausmachen.<sup>147</sup> Das Bundesgericht hält denn auch fest, dass eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulässig ist.<sup>148</sup>

Auch das Argument der *fehlenden Umsetzung* einer Abrede vermag keine Bagatelle zu begründen. Das Bundesgericht hat betont, dass bereits die potenzielle Beeinträchtigung genügt, damit eine Abrede die Voraussetzung der Erheblichkeit erfüllt.<sup>149</sup>

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die angetönten «Bagatell-»Ausnahmen – bei denen eine quantitative Analyse erforderlich ist – wohl nur *auf der qualitativen Ebene* bestimmt werden können.<sup>150</sup> In der Lehre vertritt *Heinemann* die Auffassung, dass gewisse Abreden, die zwar den Tatbestand einer in Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG erwähnten Kernbeschränkung erfüllen, ihrer Natur nach aber nicht als typischerweise besonders schädlich gelten, als Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit einer quantitativen Analyse zu unterziehen sind.<sup>151</sup> Zu dieser Kategorie zählen gemäss *Heinemann* etwa Abreden über die horizontale Festsetzung der Einkaufspreise (Einkaufsgemeinschaften), über Zusammenarbeit im Zusammenhang mit mehrseitigen Märkten oder über Versicherungstarife der Versicherer.<sup>152</sup> Diese Dogmatik vermag eine überschüssende Wirkung des

<sup>145</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 243; a. M. Birkhäuser/Reinert (Fn. 134), 132; Stäuber (Fn. 144), 48 f.

<sup>146</sup> BGE 143 II 297 E. 5.2.5 (Gaba).

<sup>147</sup> Siehe hierzu die Online-Ausgabe der Zeitung «Der Landbote» vom 25. Januar 2016.

<sup>148</sup> BGE 143 II 297 E. 5.1.3 f. (Gaba); BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 4.3.1 (BMW).

<sup>149</sup> BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (Gaba): «Insofern zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die zum einen auf fehlende tatsächliche Auswirkungen und zum anderen auf eine angeblich nicht erfolgte Umsetzung der Abrede rekurriert, an der Sache vorbei.»

<sup>150</sup> Dies gilt auch für horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, siehe Daniel Zimmerli, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016, dRSK vom 31. Mai 2017, Rz. 14.

<sup>151</sup> Heinemann, Gaba-Urteil (Fn. 134), 112; ähnlich auch Birkhäuser/Reinert (Fn. 134), 132.

<sup>152</sup> Heinemann, Gaba-Urteil (Fn. 134), 112.

<sup>143</sup> BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 10.1 (Altimum; zur Publikation vorgesehen), Hervorhebung durch Verfasser.

<sup>144</sup> Siehe für Ansätze Richard Stäuber, Vom Ende der Erheblichkeit, LSR 2018/1, 46 ff., 48 f.



Kartellverbots zu verhindern, birgt aber die Schwierigkeit, allein gestützt auf den Inhalt und die Natur der Abrede die per se erheblichen Kernbeschränkungen von den übrigen tatbestandsmässigen Abreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG abzugrenzen. Bis anhin hat sich die qualitative Analyse im Wesentlichen in der Feststellung der Tatbestandsmässigkeit nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG erschöpft. Es ist deshalb denkbar, dass die qualitative Analyse in Zukunft einer *differenzierteren Betrachtung* bedarf. Anknüpfungspunkt ist der in Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG jeweils geschützte Wettbewerbsparameter. Konkret ist zu untersuchen, wie stark oder umfassend der fragliche Wettbewerbsparameter durch die Abrede neutralisiert wird und welches Gefährdungspotenzial diese Neutralisierung für den Wettbewerb oder den Markt beinhaltet.<sup>153</sup>

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit wäre auch im Bereich der *vertikalen Gebietschutzabreden* denkbar, soweit diese nur Händler ausserhalb der EU-/EWR-Märkte bindet. In der EU gelten vertikale Passivverkaufsverbote, die den Handel innerhalb der EU beschränken und die Verwirklichung des Binnenmarktes gefährden, als bezweckte (und per se spürbare) Kernbeschränkungen. Hingegen unterstehen vertragliche Ausfuhrbeschränkungen mit Händlern in Drittstaaten einem weniger strengen kartellrechtlichen Massstab als Gebietschutzabreden im EU-Binnenverhältnis.<sup>154</sup> Auch aus der Sicht der Schweiz ist es naheliegend, dass mit Händlern in der EU getroffene Passivverkaufsverbote eher geeignet sind, den Wettbewerb in der Schweiz zu beeinträchtigen, als Passivverkaufsverbote, die beispielsweise Händler in den USA oder in Asien betreffen. Entsprechend liesse sich auch hier eine Abgrenzung zwischen direkt erheblichen Passivverkaufsverboten gegenüber Händlern in der EU und quantitativ zu prüfenden Passivverkaufsverboten gegenüber Händlern in Drittstaaten treffen. Demnach würden sogenannte EWR-Klauseln<sup>155</sup> ohne Weiteres als Verstoss gegen Schweizer Kartellrecht gelten, während etwa das vom WEKO-Sekretariat vor Gaba als unerheblich beurteilte Exportverbot von Harley-Davidson-Produkten aus den USA in die Schweiz

auch post-Gaba noch in quantitativer Hinsicht zu untersuchen wäre.<sup>156</sup> Anders verhält es sich wohl bei der vor Gaba aus quantitativen Gründen geschlossene Untersuchung i. S. Kosmetikprodukt Dermalogica. Die diesem Fall zugrunde liegende EWR-Klausel würde post-Gaba ohne Weiteres als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gelten, die nur aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.<sup>157</sup> Diese Praxisänderung äussert sich in der post-Gaba ergangenen WEKO-Verfügung i. S. Rimowa, in der die WEKO die Abrede über eine EWR-Klausel ohne jegliche quantitative Analyse sanktioniert hat.<sup>158</sup>

Somit gilt festzuhalten, dass Abreden, die zwar den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG erfüllen, die aber aufgrund der Natur und des Inhalts in qualitativer Hinsicht nicht besonders schwer wiegen, auch in quantitativer Hinsicht zu untersuchen sind («Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit»). Hingegen besteht im Bereich der Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG kein Raum mehr für eine eigentliche «Bagatell Ausnahme», sofern Bagatelle mit geringen Marktanteilen oder fehlender Umsetzung gleichgesetzt wird. Auch wenn sich diese beiden Kriterien nicht mehr zur materiellen Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Kernbeschränkungen eignen, wäre denkbar, auf diese Kriterien zur Abgrenzung zwischen dem Kartellverwaltungs- und dem Kartellzivilrecht zurückzugreifen.

## 2. Bagatelle als formell-rechtliche Untersuchungsschwelle

Die vom Bundesgericht aufgestellte Bagatell Ausnahme wird teilweise auch als reines *Aufgreifkriterium* der Wettbewerbsbehörden interpretiert. Nach diesem Verständnis kann die WEKO darauf verzichten, eine an und für sich unzulässige Kernbeschränkung zu untersuchen, wenn es sich dabei um eine Bagatelle handelt.<sup>159</sup> Die unzulässige Wettbewerbsabrede kann aber nach wie vor durch den Zivilrichter beurteilt werden.

Dazu ist anzumerken, dass sich eine Aufgreifschwelle nicht aus dem *Wortlaut* von Art. 5 KG ableiten lässt. Die in Art. 5 Abs. 1 KG statuierte

<sup>153</sup> *Straub* (Fn. 28), 572 ff., unterscheidet qualitative Kriterien nach der Bedeutung der Wettbewerbsparameter für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt.

<sup>154</sup> Vgl. dazu *Kobel* (Fn. 140), Rz. 36; *Reinert* (Fn. 134), 79 f.; *Rose/Bailey* (Fn. 13), N 1.145; *Nicolas Diebold*, Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts, recht 2017, 157 ff., 169; alle m. H. a. EuGH C-306/96, *Javico*, ECLI:EU:C:1998:173 Rz. 14 e contrario, Rz. 22 ff.; vgl. auch *Andreas Heinemann*, Die internationale Reichweite des Kartellrechts, in: Grolimund et al. (Hrsg.), FS Anton K. Schnyder, 2018, 1135 ff., 1144.

<sup>155</sup> EWR-Klauseln verpflichten Abnehmer, Produkte nicht ausserhalb des EWR zu verkaufen, siehe hierzu *Heinemann*, Gaba-Urteil (Fn. 134), 107 Fn. 18.

<sup>156</sup> RPW 2013/3 313 f., Rz. 208 ff. (Harley Davidson); vgl. auch *Kobel* (Fn. 140), Rz. 38.

<sup>157</sup> RPW 2014/1 184, Rz. 1, 69, 191, 229 ff. (Kosmetikprodukte [Dermalogica]): Die Untersuchung ergab, dass diese Exportverbote nur geringfügige quantitative Auswirkungen zeitigten. Auch die der Untersuchung i. S. Festool zugrunde liegende Preisbindung zweiter Hand könnte wohl post-Gaba nicht mehr als unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung qualifiziert werden, wobei in diesem Fall auch Zweifel bestanden, ob überhaupt eine tatbestandsmässige Wettbewerbsabrede vorliegt, vgl. RPW 2011/3 370 f., Rz. 61 ff. (Festool).

<sup>158</sup> RPW 2018/2 363, Rz. 49 (Rimowa).

<sup>159</sup> *Baldi*, Grundsätzlichkeit (Fn. 116), 75, 79 f.; *Stäuber* (Fn. 144), 48 f.; *Graber Cardinaux* (Fn. 117), 585.

Erheblichkeit stellt eine materiell-rechtliche Voraussetzung des Kartellverbots dar,<sup>160</sup> die im Kartellverwaltungs- und im Kartellzivilrecht gleichermaßen gilt. Entsprechend lässt sich das Verständnis, wonach es sich bei der Bagatelle um ein reines Aufgreifkriterium handelt, nur schwer mit der Erwägung des Bundesgerichts in Einklang bringen, wonach «das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel» sei.<sup>161</sup> Das Bundesgericht leitet die Bagatellklausel direkt aus der Erheblichkeit ab, was wohl für den materiell-rechtlichen Charakter der Bagatellausnahme spricht.

Als rechtliche Grundlage für eine Aufgreifschwelle käme aber immerhin das *Opportunitätsprinzip* infrage.<sup>162</sup> Die Wettbewerbsbehörde kann gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und wegen fehlendem öffentlichem Interesse nach Art. 5 Abs. 2 BV darauf verzichten, eine Bagatellabrede überhaupt aufzugreifen.

Auch nach diesem Ansatz stellt sich die Frage, nach welchen *Kriterien* eine Bagatelle zu bestimmen ist.<sup>163</sup> Im Vordergrund stehen hier vernachlässigbar kleine Marktanteile der Abredeparteien oder allenfalls auch die fehlende Umsetzung einer Kernbeschränkung. Hingegen wäre es kaum denkbar, Abreden über Einkaufsgemeinschaften, Preisbestandteile, Zusammenarbeit im Zusammenhang mit mehrseitigen Märkten oder Passivverkaufsverbote mit Händlern ausserhalb der EU als nicht aufzugreifende Bagatellen zu qualifizieren. Solche Abreden müssten aufgrund ihres Schädigungspotenzials von der WEKO untersucht und hinsichtlich der materiell-rechtlichen Zulässigkeit beurteilt werden. Angesichts der grundsätzlichen Erheblichkeit von nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG tatbestandsmässigen Abreden wären diese nur zulässig, wenn ein rechtfertigender Effizienzgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG gegeben ist. Zumindest für Abreden über Preisbestandteile und über Passivverkaufsverbote mit Händlern ausserhalb der EU dürften wohl kaum Effizienzgründe bestehen, weshalb diese ohne Weiteres als unzulässig und sanktionierbar gelten würden. Es bestünde das Risiko, dass das KG in Einzelfällen eine überschüssende Wirkung entfalten könnte.

Eine Bagatellschwelle im Sinne eines Aufgreifkriteriums hat ihre Berechtigung und wäre durchaus zu begrüssen, muss aber deutlich von der

Frage der materiellen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Kernbeschränkung unterschieden werden. Das Aufgreifkriterium ist nicht mit Safe-Harbor-Klauseln oder den in der EU geltenden De-minimis-Regeln zu verwechseln, die ein gewisses Verhalten unterhalb von definierten Schwellen als zulässig qualifizieren.<sup>164</sup> Die Aufgreifschwelle im hier verstandenen Sinn hat einzig zum Zweck, dass nicht *staatliche Ressourcen* in die Verfolgung von volkswirtschaftlich irrelevanten (aber dennoch unzulässigen und gesellschaftlich unerwünschten) Kernbeschränkungen investiert werden. Die Durchsetzung des Kartellrechts wird in diesem Fall den geschädigten Privaten überlassen, die ihre Ansprüche im Rahmen des Kartellzivilverfahrens geltend machen können.

### C. Bedeutung der Rechtfertigungsklausel für Kernbeschränkungen

Weiter hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, die den Wettbewerb zwar nicht beseitigen, aber dennoch erheblich beeinträchtigen, aus Gründen der *wirtschaftlichen Effizienz* gerechtfertigt sein können (Art. 5 Abs. 2 KG). Auch in diesem Punkt deckt sich die Dogmatik mit dem EU-Recht. In der EU können bezweckte und damit per se spürbare Kernbeschränkungen unter den Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden.<sup>165</sup> In der Schweiz hat die Rechtfertigungsklausel bis anhin kaum eine praktische Bedeutung erlangt, da sämtliche «unproblematischen» Abreden bereits auf Stufe der Erheblichkeitsprüfung als zulässig qualifiziert worden sind. Mit der Einführung des Grundsatzes der Erheblichkeit für Kernbeschränkungen ist zu erwarten, dass sich die Wirkungsanalyse von der Tatbestands- auf die Rechtfertigungsebene verlagern wird.

Dabei gilt es zu beachten, dass sich die Erheblichkeitsprüfung und die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz *konzeptionell unterscheiden*.<sup>166</sup> Bei der Erheblichkeitsprüfung ist zu untersuchen, ob eine Wettbewerbsabrede den Wettbewerb nur gering beeinträchtigt und darum zulässig ist. Die in Kapitel III dargestellten Kriterien der quantitativen Analyse von Innen- und Aussen-

<sup>160</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 237.

<sup>161</sup> BGE 143 II 297 E. 5.1.6 (Gaba); siehe aber Baldi, Grundsätzlichkeit (Fn. 116), 76 f., der die Erheblichkeit als nicht justiziablen Ermessensentscheid der WEKO und nicht als materiell-rechtliche Voraussetzung des Kartellverbots versteht.

<sup>162</sup> Zum Opportunitätsprinzip siehe Kenji Izumi/Alexandra Baur, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE-KG, 2018, KG 27 N 16 f.; Borer (Fn. 8), KG 27 N 9 f.

<sup>163</sup> Gemäss Baldi, Grundsätzlichkeit (Fn. 116), 76, lassen sich diese Kriterien nicht im Voraus bestimmen.

<sup>164</sup> Indessen verfügt auch die EU-Kommission über ein Ermessen, bezweckte und damit spürbare Abreden unterhalb gewisser Schwellenwerte nicht aufzugreifen, vgl. De-minimis-Bekanntmachung (Fn. 21), Rz. 13 Fn. 2.

<sup>165</sup> Wolfgang Weiss, in: Callis/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. A. 2016, AEUV 101 III, N 169; Thomas Eilmansberger/Tobias Krus, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. A. 2018, AEUV 101 III N 158; Rose/Bailey (Fn. 13), N 3.011; Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1, Rz. 47.

<sup>166</sup> BGE 143 II 297 E. 5.1.3 (Gaba); BGER 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 4.3.1 (BMW).

wettbewerb wurden entwickelt, um zu prüfen, ob trotz einer Wettbewerbsbeschränkung weiterhin ausreichend Wettbewerb besteht und so die wirtschaftliche Effizienz gewährleistet ist. Relevant sind für diesen Zweck quantitative Kriterien wie Marktstellung und Marktanteile des Kartells, Verteilung von Marktanteilen und Konzentrationsgrad, Bedeutung von nicht abgesprochenen Wettbewerbsparametern und Produkten, Abhängigkeit der Marktgegenseite sowie Position der Marke. Diese Kriterien sind geeignet, die negativen Auswirkungen einer Kernbeschränkung *auf den Wettbewerb* zu untersuchen, nicht aber, ob die Kernbeschränkung im Ergebnis eine positive Wirkung im Markt entfaltet. Hierzu dient vielmehr der Effizienztest, wonach zu prüfen ist, ob sich eine Wettbewerbsabrede, die den Wettbewerb nachgewiesenermassen erheblich beeinträchtigt, dennoch *positiv auf den Markt* auswirkt. Während Art. 5 Abs. 1 KG den *Wettbewerb* als Voraussetzung wirtschaftlicher Effizienz schützt (Erheblichkeitsprüfung), ermöglicht Art. 5 Abs. 2 KG die Rechtfertigung einer Abrede, wenn diese trotz Beeinträchtigung des Wettbewerbs *aus anderen Gründen* zu einer Effizienzsteigerung führt (Effizienzprüfung). Die unter der Erheblichkeitsprüfung entwickelten quantitativen Kriterien sind allenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung relevant, um die Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Erreichung des Effizienzgewinns nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu untersuchen.

#### D. Fazit

Bis heute besteht *kein einheitliches Verständnis* und kein Konsens mit Bezug auf die Frage, was eine quantitative Analyse von Kernbeschränkungen genau beinhaltet und welcher Massstab dabei gelten soll. Auf der einen Seite des Spektrums beschränkt sich die quantitative Analyse darauf, die Marktanteile des Kartells und damit deren potenzielle Schädlichkeit für den Markt zu bestimmen. Auf der anderen Seite des Spektrums wird die tatsächliche Schädigung des Markts (nicht nur des Wettbewerbs) untersucht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Bedeutung der quantitativen Analyse umstritten ist, wobei insbesondere die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit bemängelt wurde. Auch die post-Gaba geführte Diskussion rund um die Bedeutung der quantitativen Analyse könnte fokussierter geführt werden, wenn diesem Begriff ein einheitliches Konzept zugrunde liegen würde. Möglicherweise ist die Differenzierung zwischen Wirkung auf den Wettbewerb und Wirkung auf den Markt ein bescheidener Beitrag in diese Richtung.

Mit dem Gaba-Urteil hat das Bundesgericht den Grundsatz der Erheblichkeit von Kernbeschränkungen aufgestellt. Diese Formel lässt *unterschiedliche Interpretationen* zu. Mit Blick auf die in Kapitel V angestellten Überlegungen sowie die in der Literatur vertretenen Auffassungen lassen sich theoretisch die folgenden Grobkategorien von Kernbeschränkungen bilden:

- materiell-rechtlich unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, die aus Opportunitätsgründen nicht von der WEKO aufgegriffen werden, jedoch klageweise vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden können;
- Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, die qualitativ derart schwer wiegen, dass sie unabhängig von quantitativen Kriterien als erheblich und unzulässig gelten, sofern sie nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt sind;
- Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, die als Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit nur als unzulässig gelten, wenn sie im Rahmen einer qualitativen und quantitativen Analyse als erheblich qualifizieren und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt sind.

Im Rahmen einer grafischen Darstellung (siehe nächste Seite) lassen sich die verschiedenen Kategorien an Kernbeschränkungen noch weiter aufschlüsseln.

Als besonders problematisch und umstritten dürfte die mit (\*) bezeichnete Kategorie der Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit gelten. Dazu einige abschliessende Feststellungen und Überlegungen:

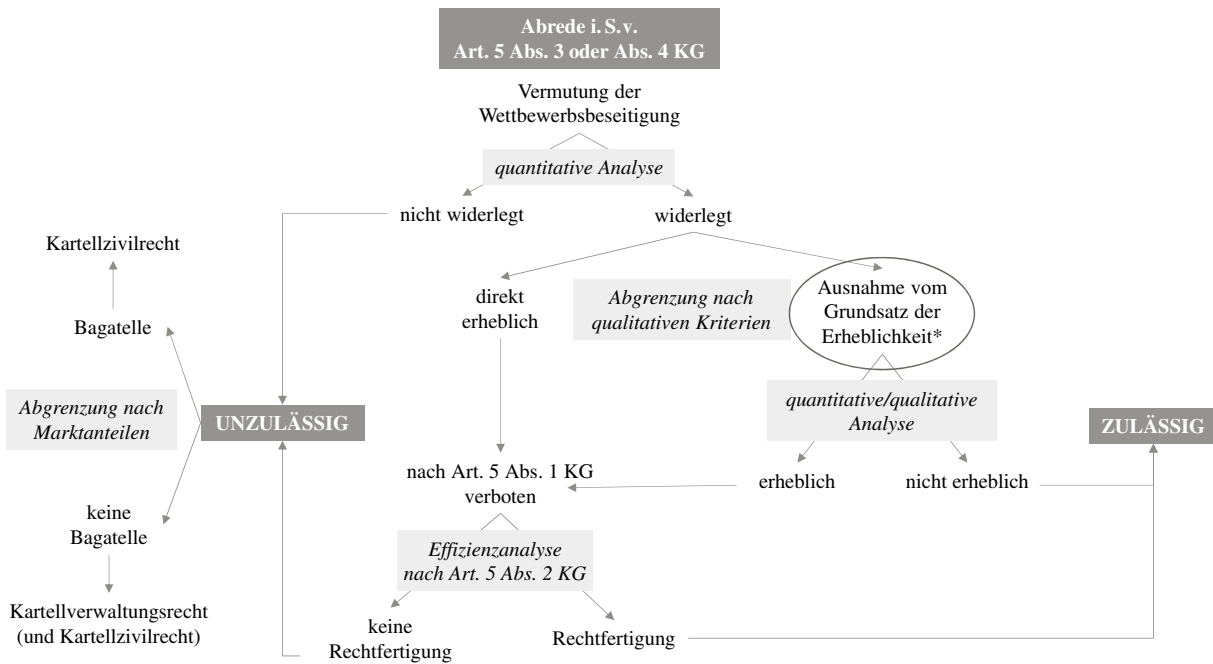
- In der Literatur wird die Bedeutung dieser Kategorie kontrovers diskutiert. Am einen Ende des Spektrums steht die Forderung, diese Kategorie möglichst breit zu fassen und zu deren Bestimmung insbesondere auch quantitative Kriterien wie Marktanteile heranzuziehen.<sup>167</sup> Am anderen Ende des Spektrums steht die Auffassung, dass diese Kategorie gar nicht existiert, da jegliche materiell-rechtliche Wirkungsanalyse einzig auf der Ebene der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG stattfinden soll.<sup>168</sup> Zwischen diesen Extrempositionen wird auch die Meinung vertreten, dass diese Kategorie äusserst eng zu fassen ist, ohne aber zu deren Bestimmung quantitative Kriterien wie Marktanteile auszuschliessen.<sup>169</sup> Eine weitere Auffassung besteht darin, die Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit anhand der Natur und des Gegenstands der Abrede zu bestimmen,<sup>170</sup> also aus-

<sup>167</sup> Birkhäuser/Reinert (Fn. 134), 132; Reinert (Fn. 134), 81.

<sup>168</sup> Baldi, Grundsätzlichkeit (Fn. 116), 76 f.

<sup>169</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 235 ff.

<sup>170</sup> Heinemann, Gaba-Urteil (Fn. 134), 122.



schliesslich anhand qualitativer Kriterien. Diese Auffassung lässt sich am besten mit der Erwägung des Bundesgerichts in Einklang bringen, wonach bei Kernbeschränkungen grundsätzlich keine quantitative Erheblichkeitsanalyse durchzuführen ist. Angesichts dieser Erwägung wäre es widersprüchlich, die Gruppe der Ausnahmen von der grundsätzlichen Erheblichkeit anhand quantitativer Kriterien zu bestimmen.

- Die Bedeutung dieser Kategorie hängt wesentlich davon ab, wie breit die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG gefasst werden. Würden etwa Abreden über Einkaufsgemeinschaften, Preisbestandteile u. a. erst gar nicht als Preisabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert, so bliebe kaum Bedarf für eine Ausnahmekategorie. Im umgekehrten Fall wirkt diese Kategorie als Korrektiv, um überschüssende Wirkungen des Kartellverbots zu verhindern.
- Die Kategorie der Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit hat keinen Einfluss auf die Sanktionierbarkeit der Abrede. Anknüpfungspunkt für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a KG ist die Tatbestandsmässigkeit nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG.<sup>171</sup> Folglich bleiben auch Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit

sanktionierbar, sofern die Analyse der qualitativen und quantitativen Kriterien die Erheblichkeit bestätigt.

- Der Begriff der «Bagatelle» ist eine unpassende Bezeichnung für diese Kategorie der Ausnahmen vom Grundsatz der Erheblichkeit. Der Begriff der Bagatelle bezieht sich auf ein an sich unzulässiges Verhalten, das aber aufgrund seiner Unbedeutsamkeit nicht verfolgt wird. Es wäre durchaus sinnvoll, ausserhalb des materiell-rechtlichen Prüfschemas von Art. 5 KG eine verfahrensrechtliche Bagatellausnahme zu schaffen, die es der Wettbewerbsbehörde erlaubt, volkswirtschaftlich irrelevante Abreden nicht aufzugreifen.<sup>172</sup> Mangels einer kartellrechtlichen Grundlage lässt sich eine verfahrensrechtliche Bagatellklausel aus dem Opportunitätsprinzip ableiten.
- Als Bagatellen gelten dogmatisch nur Kernbeschränkungen, die materiell-rechtlich unzulässig sind; andernfalls ist das Verhalten nicht eine Bagatelle, sondern schlicht zulässig. Dennoch muss es den Wettbewerbsbehörden aus Effizienzgründen möglich sein, auf eine Bagatelle zu schliessen, ohne die Abrede in materiell-rechtlicher Hinsicht abschliessend zu beurteilen.

<sup>171</sup> BGE 143 II 297 E. 9.4.6 (Gaba).

<sup>172</sup> Zirlick/Bangerter (Fn. 17), KG 5 N 239 m. H. a. Art. 27 Abs. 1<sup>bis</sup> E-KG 2012.