

## **BGE 143 II 297**

Bundesgericht (BGE), 2016-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_143\\_II\\_297](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_143_II_297)

FR: ATF 143 II 297

IT: DTF 143 II 297

### **Regeste**

Regeste Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1-4, Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 5 Abs. 1, Art. 96 BV; Art. 7 EMRK; Art. 23 Abs. 1 und 2 FHA; grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; Abreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt und nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind, unterliegen der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG. Grundlagen des Auswirkungsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 KG und dessen völkerrechtliche Zulässigkeit (E. 3 und 8). Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem Markt: Auslegung und Inhalt des Begriffs "Erheblichkeit"; Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen danach grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (E. 5.1-5.3). Auslegung des Begriffs "Beeinträchtigung"; es genügt, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können (E. 5.4). Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG und dessen Anwendung auf den Sachverhalt. In casu liegt eine vertikale Vertriebs-Wettbewerbsabrede mit einem absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vor (E. 6). Eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gelingt nicht (E. 7). Sanktionierung nach Art. 49a KG: Die Passage "unzulässige Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG verweist auf die in den beiden Absätzen aufgeführten Abreden (Bezugnahme auf den Abredetyp; E. 9.4). Art. 49a Abs. 1 KG verletzt Art. 7 EMRK nicht (E. 9.3 und 9.5). Sanktionierung in casu (E. 9.6 und 9.7).

Regeste Art. 2 al. 2, art. 4 al. 1, art. 5 al. 1-4, art. 49a al. 1 LCart; art. 5 al. 1, art. 96 Cst.; art. 7 CEDH; art. 23 al. 1 et 2 ALE; atteinte en principe notable à la concurrence d'accords aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart; les accords, qui sont énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et qui sont illicites aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart, sont soumis à la sanction prévue par l'art. 49a al. 1 LCart. Fondements du principe des effets de l'art. 2 al. 2 LCart et admissibilité de celui-ci sous l'angle du droit international (consid. 3 et 8). Atteinte notable à la concurrence sur un marché: interprétation et contenu de la notion de "notable"; les accords aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart remplissent en principe le critère du caractère notable de l'art. 5 al. 1 LCart (consid. 5.1-5.3). Interprétation de la notion d'"affectation"; il suffit que les accords puissent potentiellement porter atteinte à la concurrence (consid. 5.4). Interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart et application au cas d'espèce. En l'occurrence, existence d'un accord vertical de distribution avec une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (consid. 6). Une justification fondée sur des motifs d'efficacité économique n'est pas admissible (consid. 7). Sanction selon l'art. 49a LCart: l'expression "accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4" dans l'art. 49a al. 1 LCart renvoie aux accords mentionnés dans les deux alinéas cités (référence au type d'accord; consid. 9.4). L'art. 49a al. 1 LCart ne viole pas l'art. 7 CEDH (consid. 9.3 et 9.5). Sanction dans le cas d'espèce (consid. 9.6 et 9.7).

Regesto Art. 2 cpv. 2, art. 4 cpv. 1, art. 5 cpv. 1-4, art. 49a cpv. 1 LCart; art. 5 cpv. 1, art. 96 Cost.; art. 7 CEDU; art. 23 cpv. 1 e 2 ALS; intralcio di principio notevole alla concorrenza

di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart; accordi che sono enumerati nell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart e che sono illeciti giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart sottostanno alla sanzione prevista dall'art. 49a cpv. 1 LCart. Fondamenti del principio degli effetti di cui all'art. 2 cpv. 2 LCart e ammissibilità dello stesso nell'ottica del diritto internazionale (consid. 3 e 8). Intralcio notevole alla concorrenza su un mercato: interpretazione e contenuto del termine "notevole"; accordi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart hanno di principio carattere notevole giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart (consid. 5.1-5.3). Interpretazione della nozione di "intralcio"; basta che gli accordi possano potenzialmente intralciare la concorrenza (consid. 5.4). Interpretazione dell'art. 5 cpv. 4 LCart e applicazione dello stesso alla fattispecie. Nel caso in esame esiste un accordo verticale di distribuzione con protezione territoriale assoluta ai sensi dell'art. 5 cpv. 4 LCart (consid. 6). Una giustificazione fondata su ragioni d'efficienza economica non è ammissibile (consid. 7). Sanzione secondo l'art. 49a LCart: l'espressione "accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4" contenuta nell'art. 49a cpv. 1 LCart rinvia agli accordi menzionati in entrambi i capoversi citati (riferimento al tipo di accordo; consid. 9.4). L'art. 49a cpv. 1 LCart non viola l'art. 7 CEDU (consid. 9.3 e 9.5). Sanzione nel caso in esame (consid. 9.6 e 9.7).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Inhaltsübersicht Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer vertikalen Abrede über Gebietsaufteilungen beteiligt war. Art. 49a KG verweist auf unzulässige Abreden u.a. nach Art. 5 Abs. 4 KG. Zu klären sind deshalb die beiden Begriffe "unzulässige Abreden" und "Abreden nach Art. 5 Abs. 4". Dies ist in mehreren Schritten zu prüfen. BGE 143 II 297 S. 303 Art. 5 KG handelt von unzulässigen Wettbewerbsabreden. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie zum anderen nicht rechtfertigbare Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei gewissen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet. Die geglättete Widerlegung der Vermutung war bereits vor Vorinstanz unbestritten; die strittigen Abreden beseitigen den Wettbewerb deshalb nicht (vgl. E. 4.2). Zu prüfen ist deshalb lediglich, ob diese Abreden den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 in initio KG). Dementsprechend gliedert sich der vorliegende Entscheid wie folgt: Zu klären ist zunächst der Begriff der Erheblichkeit (E. 5.1-5.3). Dabei kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich erheblich sind (E. 5.2.5). Alsdann stellt sich die Frage, was mit "beeinträchtigen" in Art. 5 Abs. 1 KG gemeint ist (E. 5.4). Zu bestimmen ist danach der relevante Markt (E. 5.5). Ob im konkreten Fall überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, wird in E. 6 geprüft, die Frage der Rechtfertigung in E. 7. Schliesslich stellt sich die Frage, ob eine Sanktionierung nach Art. 49a KG zulässig ist. Art. 49a Abs. 1 KG weist einen strafrechtsähnlichen Charakter auf, weshalb dieser Artikel am Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" zu messen ist (E. 9.3). Daran wird in E. 9.5 das Auslegungsergebnis von Art. 49a Abs. 1 KG (E. 9.4) gemessen. Die Subsumtion erfolgt in E. 9.6 und die Sanktionsbemessung in E. 9.7. Zunächst muss allerdings die Frage beantwortet werden, ob der strittige Sachverhalt überhaupt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt (E. 3).

### **E. 3**

#### Räumlicher Geltungsbereich

##### **E. 3.1**

Die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 stützt sich auf das KG. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Sachverhalt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt. Unbestritten ist vor Bundesgericht der persönliche (Unternehmen) und der sachliche Geltungsbereich (Wettbewerbsabreden). BGE 143 II 297 S. 304

##### **E. 3.2.1**

Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Die Schweiz hat somit - wie viele andere Staaten (vgl. statt vieler DIETMAR BAETGE, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, 2009, S. 261 ff.) - angesichts der Globalisierung des Wettbewerbs das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht ausdrücklich übernommen. Damit erstreckt sich die Regelungsbefugnis eines Staates auch auf Verhaltensweisen, die zwar ausserhalb seiner Grenzen verübt, jedoch innerhalb des Staatsgebiets wirksam werden (vgl. etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, N. 268; HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, N. 155; PATRIK DUCREY, in: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [nachfolgend: IWR], 3. Aufl. 2008, Rz. 1262; MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, S. 69 f.; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 40 f. zu Art. 2 KG ; MARTENET/KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence [nachfolgend: Commentaire], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 83 ff. zu Art. 2 KG ; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 20 zu Art. 2 KG ; BAETGE, a.a.O., S. 271; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Internationales Wettbewerbsrecht (§ 11), in: Internationales Wirtschaftsrecht, Christian Tietje [Hrsg.], 2009, N. 2 zu § 11; CHRISTOPH OHLER, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 336; MARTIN KMENT, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 116; WERNER MENG, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, S. 503; KARL MATTHIAS MEESEN, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 15 ff.; siehe auch Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, VPB 45/1981 Nr. 47). Es handelt sich m.a.W. um eine extritoriale Anwendungserstreckung . Zu unterscheiden ist zwischen dem Geltungsbereich und dem Anwendungsbereich des Rechts . Der Anwendungsbereich (= jurisdiction to prescribe; compétence normative) soll denjenigen Raum definieren, in dem sich die Tatbestände abspielen, die von der Rechtsordnung bzw. den Staatsorganen geschaffen werden, während der Geltungsbereich (= jurisdiction to enforce; compétence d'exécution) BGE 143 II 297 S. 305 denjenigen Bereich umschreibt, in dessen Grenzen die staatlichen Rechtsakte zusätzlich mit Staatsgewalt durchgesetzt werden können (vgl. etwa VOLKER EPPING, in: Völkerrecht, Knut Ipsen [Hrsg.], 6. Aufl. 2014, N. 70 zu § 5; KMENT, a.a.O., S. 69 f.; OHLER, a.a.O., S. 327 ff., 353; WERNER MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung [nachfolgend: Völkerrechtliche Zulässigkeit], Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [ZaöRV]1984 S. 675 ff., 727 f.; ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, S. 61 ff.;

DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 319).

### **E. 3.2.2**

Das Auswirkungsprinzip ist als solches durch die klare Positivierung in der Schweiz unumstritten (zur Entwicklungsgeschichte vgl. etwa Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, VPB 45/1981 Nr. 47; BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein [nachfolgend: SJZ 2014], SJZ 110/2014 S. 501 ff., 507; LEHNE, a.a.O., N. 48 ff. zu Art. 2 KG ). Strittig ist lediglich noch, ob die Auswirkung einer gewissen Nachhaltigkeit bzw. Intensität bedarf.

### **E. 3.2.3**

Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 KG gibt keinen Hinweis darauf, dass die Auswirkung in der Schweiz eine gewisse Intensität aufweisen muss. Das systematische Element ist diesbezüglich ebenfalls nicht hilfreich, im Gegensatz zum teleologischen Element: Das in Art. 2 Abs. 2 KG festgehaltene Auswirkungsprinzip findet seine teleologische Begründung im Schutz der nationalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung - Regelungsziel des KG. Handlungen sollen unterbunden werden können, sofern sie negative Wirkungen auf den nationalen Markt haben (vgl. MATTHIAS HERDEGEN, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rz. 58; siehe auch BGE 118 Ia 137 E. 2c S. 143); insofern ist zum Schutz des nationalen Marktes auf Auswirkungen und nicht auf Handlungs- bzw. Unternehmensstandorte abzustellen (vgl. etwa ROLF BÄR, Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, in: Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, 1988, S. 3 ff., 16; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [nachfolgend: Kommentar KG], 1996 [1. Lieferung] und 1997 [2. Lieferung], N. 38 zu Art. 2 KG ; JÖRG PHILIPP TERHECHTE, Das Internationale Kartell- und BGE 143 II 297 S. 306 Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, ZaöRV 2008 S. 689 ff., 727; BAETGE, a.a.O., S. 269, 298; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 683, 748, 750, 774; ECKARD REHBINDER, Internationales Wettbewerbsrecht, Internationaler Anwendungsbereich (IntWbR/IntAnwB), in: Wettbewerbsrecht [nachfolgend: Immenga/Mestmäcker] [Hrsg.], Bd. I EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, N. 13 zu IntWbR/IntAnwB; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 6 f. zu § 11; KMENT, a.a.O., S. 117; siehe auch MEESEN, a.a.O., S. 112); andere Anknüpfungskriterien wären zu Lasten des nationalen Marktes zu leicht manipulierbar (vgl. etwa WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 7 zu § 11; MEESEN, a.a.O., S. 149 ff.). Wann allerdings die nationale Wirtschaftsordnung des Schutzes bedarf, wann m.a.W. Auswirkungen auf den schweizerischen Markt derart sind, dass Handlungsbedarf besteht, ergibt sich nicht aus einem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip, sondern nur aus den einzelnen Sachnormen (vgl. ROLF H. WEBER, A. Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 1 ff., 41; WEBER/ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZWwR] 2005 S. 178 ff., 179; PHILIPP ZURKINDEN, Wettbewerbsrecht, Das Kartellrecht im völker- und europarechtlichen Rahmen, in: Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke/Melis/Schnyder [Hrsg.], 2005, N. 8 i.f. zu M; ZURKINDEN/LAUTERBURG, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105 AEUV/III. Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 105 ff. zu A.; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 52 zu § 11; ANTON K. SCHNYDER,

Einleitung/Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich (G.), in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007 [1. Aufl.], S. 210 ff., N. 808 ff., 927 zu G.; WAGNER-VON PAPP/WURMNEST, Einleitung/I. Sachlicher, zeitlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, N. 1489 ff., 1543 zu I.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rz. 71; ähnlich SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 zu Art. 2; so auch in Bezug auf das Immaterialgüterrecht nach Art. 3 Abs. 2 KG RETO M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG [nachfolgend: Art. 5 KG ], in: Das BGE 143 II 297 S. 307 revidierte Kartellgesetz in der Praxis [nachfolgend: Das revidierte KG], Zäch [Hrsg.], 2006, S. 27 ff., 37; BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Nur diese legen fest, wann ein Verhalten die schweizerische Wirtschaftsordnung bzw. den Wettbewerb in der Schweiz beeinträchtigt und deshalb Massnahmen zu ergreifen sind (so bereits auch BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Damit sind auch die für die Beurteilung von Auswirkungen auf den schweizerischen Wettbewerbsmarkt notwendigen vertieften Abklärungen - wie etwa die Bestimmung des relevanten Marktes - verbunden (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 554 Ziff. 231 [nachfolgend: Botschaft KG I]; prägnant BORER, a.a.O., N. 9 zu Art. 5; siehe auch SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 zu Art. 2). Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Art. 2 Abs. 2 KG hat - wie dies bereits die Botschaft KG I umschrieben hat (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 533 Ziff. 222) - somit einen weiten Geltungsbereich.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin will indes bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine gewisse Intensität berücksichtigt haben. Kriterien hierfür nennt sie keine, sondern verweist generell auf die Praxis der EU und Deutschland. In der Regel sind die in der Literatur genannten Kriterien unscharf und nicht zielführend, um zu bestimmen, ob Handlungen in den Geltungsbereich fallen oder nicht (siehe etwa KMENT, a.a.O., S. 118; BAETGE, a.a.O., S. 274, 275 f., 277 [Zusammenfassung]; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 43 ff. zu § 11; OHLER, a.a.O., S. 337 f.; HERDEGEN, a.a.O., § 3 Rz. 69). Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich: Wäre die Auffassung der Beschwerdeführerin korrekt, bedürfte es bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung und nicht nur einer rudimentären Abklärung, welche die Gefahr einer willkürlichen und rechtsungleichen Behandlung in sich birgt (vgl. dazu bereits Botschaft KG I, BBl 1995 I 533 Ziff. 222; siehe auch MÜLLER/UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, Rz. 193). Damit würde Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass das Schutzgut "schweizerische Wettbewerbsordnung" nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht teilbar ist; für Inlandsachverhalte gelten die gleichen Kriterien wie für Auslandsachverhalte; beide fallen entsprechend Art. 2 Abs. 2 KG dann BGE 143 II 297 S. 308 unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können . Besondere Kriterien für Auslandsachverhalte würden das Rechtsgleichheitsgebot verletzen; werden dagegen für Inlandsachverhalte die von der Beschwerdeführerin für Auslandsachverhalte verlangten Kriterien zugrunde gelegt, werden in der Folge mindestens

teilweise die Art. 5 ff. KG unterlaufen und obsolet. Schliesslich spricht auch eine Konsequenz der jurisdiction to prescribe gegen die Auffassung der Beschwerdeführerin: Die völkerrechtliche Gleichbehandlung der unterschiedlichen staatlichen Handlungsformen führt dazu, dass jeder staatliche Hoheitsakt einer hinreichenden Anknüpfung bedarf, wenn er über die nationalen Grenzen hinaus Wirksamkeit beanspruchen will. Unter die Kategorie der jurisdiction to prescribe fallen neben den Gesetzen auch Vollzugsakte und Urteile der Judikative (vgl. KMENT, a.a.O., S. 149; OHLER, a.a.O., S. 354; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 715). Es ist also selbst dann, wenn - wie von der Beschwerdeführerin gefordert - bei einer ersten Prüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine Auswirkung festgestellt würde und der Sachverhalt unter das KG fiele, das konkret zu ergehende Urteil immer noch auf seine Völkerrechtsverträglichkeit zu überprüfen.

#### **E. 3.4**

Mit Vertrag vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro (Ziff. 3.2) hat sich u.a. diese gegenüber jener verpflichtet, "die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen". Während der erste Teil vordergründig nur die Herstellung und den Vertrieb der Vertragsprodukte in Österreich regelt, bezieht sich der zweite Teil auf den direkten bzw. indirekten Export in andere Länder, was auch bereits mit der erwähnten Passage "ausschliesslich [...] vertreiben" des ersten Teils insinuiert wird. Unter "andere Länder" fällt auch die Schweiz. Mit dem Lizenzvertrag wird demnach der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit wird möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden, wie die Vorinstanz und die WEKO zu Recht festhalten. Insofern sind durch das Verhalten der Beschwerdeführerin und der Gebro mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt gegeben (siehe auch BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, S. 122; zustimmend BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 507 f.; KRAUSKOPF/RUSS, Lizenzverträge und BGE 143 II 297 S. 309 Wettbewerbsrecht, sic! 12/2014 S. 753 ff., 757 Fn. 35). Der genannte Lizenzvertrag als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fällt somit unter das KG.

#### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin vertritt zudem die Auffassung, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung dem Verbot der internationalen Einmischung widerspreche. Nach der geltenden Völkerrechtslage ist es zulässig, dass sich die Regelungsbefugnis eines Staates nicht auf die Grenzen seiner Gebietshoheit, also den räumlichen Geltungsbereich, beschränkt (vgl. HANS KELSEN, Principles of International Law, 1952 [reprint 2012], S. 209 ff.; EPPING, a.a.O., N. 69 f. zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 737 ff.; ANDREAS VON ARNAULD, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, N. 344 f.). Die Anwendungserstreckung über den räumlichen Geltungsbereich hinaus verbietet das Völkerrecht nicht. Da die Völkerrechtsordnung auf dem Willen der Gemeinschaft souveräner Staaten fusst, bleiben die Staaten grundsätzlich frei, wo nichts geregelt ist (vgl. EPPING, a.a.O., N. 70 zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740). Sie unterliegen allerdings völkerrechtlichen Beschränkungen, namentlich durch das allgemeine Prinzip des Völkerrechts, wonach zwischen dem normierenden Staat und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt eine echte Verknüpfung (genuine link, sufficient connection) vorliegen muss, mit dem der erfasste Auslandssachverhalt echt oder

substantiell und hinreichend verknüpft sein muss (vgl. BÄR, a.a.O., S. 16 ff.; EPPING, a.a.O., N. 71 zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740 ff.; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; MEESEN, a.a.O., S. 101 ff.; VERDROSS/SIMMA, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl. 1984, § 1183 ff.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 321; OHLER, a.a.O., S. 336 ff.). Das Auswirkungsprinzip wird völkerrechtlich als zulässiger genuine link betrachtet (vgl. etwa MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 743 ff.; MEESEN, a.a.O., S. 101 ff., 171; ECKARD REHBINDER, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1965, S. 47 ff.; BÄR, a.a.O., S. 17; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; BAETGE, a.a.O., S. 269, 272; VERDROSS/SIMMA, a.a.O., § 1188 f.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 324 f.; TERHECHTE, a.a.O., S. 729 ["gegenwärtige Dominanz"]), weshalb - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - offengelassen werden kann, ob das Lotus-Urteil (Publications de la cour permanente de justice internationale, Serie A, Nr. 10 [le 7 septembre 1927], Recueil des Arrêts, Affaire du Lotus) überhaupt Grundlage für das BGE 143 II 297 S. 310 kartellrechtliche Auswirkungsprinzip bildet. Über ein Verbot exzessiver Rechtssetzung (i.S. der jurisdiction to prescribe) durch einen Staat reicht das Völkerrecht nach dem gegenwärtigen Stand nicht hinaus. Diese Grenze ist jedenfalls noch nicht aufgrund des Umstands erreicht, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln (vgl. OHLER, a.a.O., S. 345; KMENT, a.a.O., S. 118). Im Gegenteil: Es ist stets möglich, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln. Dabei bildet Exklusivität der Zuständigkeit weder Ziel des Völkerrechts noch kann sie je nach Sachlage im Einzelfall zu allein zutreffenden Ergebnissen für die Regulierung eines internationalen Sachverhalts führen. Dies bildet einen grundlegenden Unterschied zum Privatrecht (vgl. etwa OHLER, a.a.O., S. 345 f.; EPPING, a.a.O., N. 75 zu § 5; KMENT, a.a.O., S. 72, 104 ff.; BAETGE, a.a.O., S. 286; siehe auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 72 ff.; WERNER MENG, Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV 1981 S. 469 ff., 504 f.). Zwar statuiert das Völkerrecht gewisse Beschränkungen bei der jurisdiction to prescribe. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt - wie noch zu zeigen sein wird (E. 8) - die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht. Angesichts dieses Umstands kann die Beschwerdeführerin aus dem Völkerrecht auch nichts zu ihren Gunsten folgern.

### **E. 3.6**

Inwieweit die Auslegung der Vorinstanz im Widerspruch zu Art. 96 BV und dem konkretisierenden Zweckartikel in Art. 1 KG steht, führt die Beschwerdeführerin nicht aus; es ist deshalb nicht darauf einzugehen. Hinzuweisen ist indes darauf, dass - wie dargestellt - das Auswirkungsprinzip anerkanntermassen gerade im Zweck des Kartellrechts seine ordnungspolitische Begründung erhält (siehe auch WALTHER HABSCHEID, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtssetzung, in: Referate und Diskussionen der 12. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Bad Godesberg vom 14. bis 16. Juni 1971, 1973, S. 47 ff., 59 f.).

### **E. 3.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei der Beurteilung des räumlichen Geltungsbereichs eines Erlasses ist zwischen dem nationalen Recht und dem Völkerrecht zu unterscheiden. Art. 2 Abs. 2 KG stellt dabei - entsprechend dem Ziel des KG: Schutz des nationalen Wettbewerbsmarktes - lediglich klar, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken können, unter das KG BGE 143 II 297 S. 311 fallen; die Prüfung einer

bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 nicht notwendig und auch nicht zulässig. Das Auswirkungsprinzip stellt grundsätzlich einen genügenden genuine link für die Regelung von Auslandssachverhalten dar. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht.

#### **E. 4**

Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

##### **E. 4.1**

Mit dem Kartellgesetz sollen nach Art. 1 volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert und damit der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert werden. Die Durchsetzung dieses Ziels soll mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des 2. Kapitels des KG erfolgen. Dazu gehören u.a. auch Regelungen über unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Allerdings sind nicht alle Wettbewerbsabreden unzulässig i.S. von Art. 5 KG (vgl. etwa Botschaft KG I, BBl 1995 I 553 Ziff. 231, 555 Ziff. 231.1; BGE 129 II 18 E. 3 S. 22). Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 555; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 439; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 21 N. 40; BORER, a.a.O., N. 3, 28, 44 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.176; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Der Vermutungsmechanismus von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG führt dazu, dass sich die BGE 143 II 297 S. 312 Beurteilung von Einzelfällen auf zwei Fragen konzentriert (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 115; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 Ziff. 231.4; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 448; YVO HANGARTNER, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden [nachfolgend: sic! 2005], sic! 7+8/2005 S. 609 ff., 610; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 183): zunächst auf die Frage des Vorliegens des Vermutungstatbestands, also des Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG; sodann auf die Frage der Widerlegung der Vermutung, d.h. auf die Frage, ob trotz Vorliegens des Vermutungstatbestands im konkreten Fall wirksamer Wettbewerb besteht, was durch genügenden Innen- (Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) oder genügenden Aussenwettbewerb (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) zu erbringen ist ( BGE 129 II 18 E. 8.1 S. 35; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 i.V.m. 556; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 216 ff.,

220 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 487, siehe auch N. 476 f., 478 ff.; BORER, a.a.O., N. 30 zu Art. 5 KG ; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.272 ff.; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 Ziff. 231.4).

#### **E. 4.2**

Eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt nicht vor: Vor Bundesgericht - wie auch bereits vor Vorinstanz - ist die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG unbestritten. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch einen direkten Nachweis ist nicht erbracht und auch nicht reklamiert worden; sie ist auch sonst wie nicht ersichtlich. Ob im Rahmen der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG Aussenwettbewerb nur durch genügend Intrabrand -Wettbewerb nachgewiesen werden kann (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 476; DOSS, a.a.O., Rz. 247; HANGARTNER, sic! 2005, a.a.O., S. 611; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 387; HILTY, Art. 5 KG , a.a.O., S. 47 f., 70) oder daneben auch der Interbrand-Wettbewerb zu berücksichtigen ist, kann hier deshalb offengelassen werden.

#### **E. 5**

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem Markt führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. etwa WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.308, 2.313; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222). Trifft dies zu, so ist in einem nächsten Schritt BGE 143 II 297 S. 313 zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann ( Art. 5 Abs. 2 KG ; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.310; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 20 Rz. 42). Zunächst ist allerdings zu beantworten, was mit erheblich gemeint ist (E. 5.1-5.3) und was beeinträchtigen heisst (E. 5.4). Schliesslich muss die erhebliche Beeinträchtigung auf einem Markt erfolgen (E. 5.5).

#### **E. 5.1**

Erheblichkeit: Auslegung des Begriffs

##### **E. 5.1.1**

Der Wortlaut der Begriffe "erheblich", "notable" und "notevole" erschliesst für sich genommen noch nicht, was sie bedeuten; immerhin lässt sich - vor allem aus den Begriffen der romanischen Sprachen - folgern, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend ist (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen [nachfolgend: Erheblichkeit], Jusletter 29. Juni 2015 Rz. 10, 12 = in: Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], 2016, S. 7 ff., 11 f.; zum Ganzen auch RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016 S. 559 ff., 561).

##### **E. 5.1.2**

Näheren Aufschluss über die intendierte Bedeutung der Begriffe gibt in allen Sprachen die Botschaft KG I (BBl 1995 I 554; FF 1995 I 472 ff., 551; FF 1995 I 389 ff., 443). Sie bezeichnet das Kriterium der Erheblichkeit ausdrücklich als Bagatellklausel : "Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. In einem ersten Schritt sind folglich die

unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuscheiden." Etwas später im Text folgt sodann ein ausdrücklicher Hinweis auf die Erheblichkeits- und Spürbarkeitskriterien ausländischer Kartellgesetze (Botschaft KG I, BBl 1995 554 Ziff. 231.1), womit vor allem auf das Spürbarkeitskriterium des EU-Rechts Bezug genommen wird (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 554 i.V.m. 531; siehe etwa auch HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 11 bzw. S. 12; MARINO BALDI, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit [nachfolgend: "hü und hott"], AJP 2016 S. 315 ff., 319; HAGER/MURER, Wie hast du's mit der Erheblichkeit? Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, recht 2015 S. 197 ff., 205). Gestützt auf das historische Auslegungselement lässt sich folgern, dass das BGE 143 II 297 S. 314 Kriterium der Erheblichkeit die Verwaltung entlasten soll und an gleichläufige Kriterien anderer Rechtsordnungen, insbesondere des EU-Rechts, anknüpft.

### **E. 5.1.3**

Aus systematischer Sicht sind zwei Aspekte - ein gesetzessystematischer und ein inner-Art. 5-systematischer - hervorzuheben: Im ersten Abschnitt des zweiten Kapitels werden die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt, welche unzulässige Abreden ( Art. 5 KG ) und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ( Art. 7 KG ) sind. Während für diese ausdrücklich eine marktbeherrschende Stellung verlangt wird, fehlt ein solcher Hinweis für jene. Dass dies nicht auf einem Versehen beruht, bestätigen auch die Begriffsbestimmungen ( Art. 4 KG ): Die Qualifikation eines Unternehmens als marktbeherrschend erfüllt für Art. 7 KG dieselbe Funktion als Aufgreifkriterium wie dies die Erheblichkeit für Art. 5 KG leistet (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Insofern bedarf es für die Prüfung von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG nicht nur keiner marktbeherrschenden Stellung oder Marktmacht (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 zu Art. 5 KG ; STRAUB, a.a.O., S. 562). Vielmehr wäre das Abstützen auf eine solche Stellung gesetzeswidrig und damit unzulässig. Art. 5 Abs. 1 und 2 KG unterscheiden sodann klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. Insofern kann in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein, weshalb Art. 5 Abs. 1 erster Halbsatz KG eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulässt; die gesetzlich vorgesehene Effizienzprüfung würde keinen Sinn mehr ergeben (vgl. BALDI/BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz - Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, Wirtschaft und Wettbewerb [WuW] 1998 S. 343 ff., 349; BORER, a.a.O., N. 19, 46 i.i. zu Art. 5 KG ; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre - und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz [nachfolgend: 20 Jahre], AJP 2015 S.1529 ff., 1535; so auch KÜNZLER, a.a.O., S. 345).

### **E. 5.1.4**

Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 1 KG bildet zunächst die Aussonderung unerheblicher Fälle von erheblichen Fällen, um damit die Verwaltung zu entlasten (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 554 Ziff. 231.1). Dies rechnet sich für die Verwaltung indes nur dann, wenn das Abgrenzungskriterium einfach ist. Anders zu entscheiden würde mangels vorhandener Kriterien keine Entlastung für die Behörde bedeuten, was sich offensichtlich auch in der älteren BGE 143 II 297 S. 315 Praxis der WEKO zeigt. Insofern kann die Vornahme einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall anhand des Erheblichkeitsmerkmals vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sein (vgl. STRAUB, a.a.O., S. 564). Dafür spricht auch, dass nach Art. 6 KG nur für die

Effizienzprüfung konkretisierende Vorschriften zu erlassen sind. Das Kartellgesetz ist sodann dem Schutz wirksamen Wettbewerbs verpflichtet; Schutzobjekt ist der wirksame Wettbewerb (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 511 ff. Ziff. 143.3; z.B. BORER, a.a.O., N. 18 ff. zu Art. 1 KG ; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1531). Dieser ist entsprechend Art. 5 KG zentraler Prüfungsmaßstab und Markstein für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden (BORER, a.a.O., N. 18 zu Art. 1 KG ; BALDI/BORER, a.a.O., S. 344). Demzufolge steht bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 zu Art. 5 KG ; BALDI/BORER, a.a.O., S. 349; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 397).

#### **E. 5.1.5**

Aus Art. 96 BV lassen sich in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine Schlüsse ziehen, denn der Verfassung muss nicht das Kriterium für sich genügen, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerecht werden.

#### **E. 5.1.6**

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Der Wortlaut gibt keine Anhaltspunkte, wie der Begriff der Erheblichkeit zu verstehen ist; immerhin lässt sich folgern, dass schon ein geringes Mass ausreichend ist, um als erheblich qualifiziert zu werden. Nach dem historischen Auslegungselement ist das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel. Sowohl das systematische als auch das teleologische Element bestätigen dies.

#### **E. 5.2**

Erheblichkeit: Materieller Gehalt Zu beantworten bleibt noch, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder m.a.W. wann die Bagatellschwelle erreicht ist.

##### **E. 5.2.1**

Aus der bisherigen Auslegung kann Folgendes mitgenommen werden: Mit der Erheblichkeitsschwelle soll die Verwaltung entlastet werden, was mit einer umfassenden und differenzierten Beurteilung nicht erfolgen kann, wozu im Übrigen auch die verfassungsrechtlich verlangten Konkretisierungen fehlen. Insofern ist eine BGE 143 II 297 S. 316 quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen weniger geeignet, die Aufgreifschwelle in der gebotenen zeitlichen Kürze zu bestimmen (so auch ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter 10. Februar 2014 C.III. [ohne Rz.]). Bereits aus der bisherigen Auslegung folgt demnach, dass qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind.

##### **E. 5.2.2**

Anerkannt ist, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.2.1 S. 24). Daraus folgt indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Vielmehr verlangt Art. 5 Abs. 1 KG, der nur von "erheblich beeinträchtigen" spricht und nicht zwischen zwei Erheblichkeiten unterscheidet, nur eine Erheblichkeit (vgl. BALDI, "hü und hott", a.a.O., S. 319; STRAUB, a.a.O., S. 567). Diese kann zwar sowohl quantitativ als auch qualitativ bestimmt werden, doch bleibt die zu erreichende Güte zur Bestimmung der Aufgreifschwelle in einem Fall insgesamt gleich. 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. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.

### **E. 5.2.3**

Zur näheren Konkretisierung des Inhalts der Erheblichkeit ist aus historischer Sicht auf die parlamentarischen Debatten zur Änderung des Kartellgesetzes in den Jahren 2002 und 2003 zu verweisen. So hat die NR-Kommissionssprecherin Fässler im Rahmen der Debatte zum vorgeschlagenen Art. 5 Abs. 4 KG darauf hingewiesen, dass "die WEKO [...] in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt [habe], was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden" (AB 2002 N 1440). Auch Meier-Schatz hat verlangt, dass "die gesetzliche Verankerung der Bekanntmachung der WEKO im Bereich der Vertikalabsprachen [zu erfolgen habe]. [...] Wichtig ist, dass wir in diesem Bereich [scil. Vertikalabsprachen], und zwar explizit, den Wettbewerb zulassen und Preisbindungen und Marktabschottungen verhindern" (AB 2002 N 1295). Sowohl Bundesrat BGE 143 II 297 S. 317 Couchepin als auch Bundesrat Deiss nehmen ausdrücklich Bezug auf die Ausführungen der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (nachfolgend: VertBek 2002; BBl 2002 3895) zur Erheblichkeit aufgrund des Gegenstandes und konstatieren, dass für vertikale Abreden somit Rechtssicherheit bestünde (AB 2002 N 1298 bzw. AB 2003 S 323). Auch haben die Parlamentarier in verschiedenen Voten ausdrücklich auf gewisse Gegenstände von Abreden, wie etwa den absoluten Gebietsschutz (z.B. Schiesser und Büttiker, AB 2003 S 329 bzw. 330), Bezug genommen, die in jedem Fall nicht toleriert werden können. Insofern folgt aus dem mehrfach explizit oder implizit geäußerten Willen, die VertBek 2002 materiell ins Gesetz zu übernehmen, dass gewisse Abreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich (vgl. Ziff. 3 VertBek 2002) sind. Bereits 1995 ging auch der Bundesrat davon aus, dass nach Widerlegung der Vermutung einer Beseitigung des Wettbewerbs in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 566 Ziff. 231.4).

### **E. 5.2.4**

Aus systematischer Sicht ist vor allem auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu verweisen. Danach sind Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Abs. 3) und Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Abs. 4), besonders schädlich, da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass diese vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ändert an der Qualifikation der Abrede nichts, denn die Widerlegung der Vermutung bezieht sich aufgrund des geglückten Haupt- bzw. des missglückten Gegenbeweises nicht auf die Abrede (als Vermutungsbasis) selbst, sondern lediglich auf den wirksamen Wettbewerb, da nachzuweisen (Beweis des Gegenteils) ist, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht. Ändert die

Widerlegung der Vermutung somit nichts an der Qualifikation der Abrede, so sind die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abreden notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich: die besonders schädliche Qualität bleibt bestehen (in diesem Sinn auch FREDY GUJER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter - BGE 143 II 297 S. 318 missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, 2005, S. 135; KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Da die Qualität der Schädlichkeit der Abrede sich auf die Folgen auswirkt (beeinträchtigen bzw. beseitigen), sind somit die besonders schädlichen Abreden, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen können, notwendigerweise auch solche, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung führen können (in diesem Sinne auch KÜNZLER, a.a.O., S. 347 f.; siehe auch GUJER, a.a.O., S. 134 f.; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 191, 192; BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 510; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 395, 397; WALKER, a.a.O.; BORER, a.a.O., N. 44 zu Art. 5 KG ). Dies bestätigt auch die Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG (siehe E. 9.4). Neben der Entlastung der Verwaltung bezweckt Art. 5 KG auch eine Erleichterung der "Kontrolle[n] der Wettbewerbsabreden"(Botschaft KG I, BBl 1995 I 564 Ziff. 231.4).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.