



«Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht

Nach dem *Altimum*-Urteil des Bundes-
verwaltungsgerichts zur Erheblichkeit

MARINO BALDI

Moderne Kartellgesetze sehen in der Regel ein «Aufgreifkriterium» vor. In Anbetracht der aufwändigen Natur kartellrechtlicher Untersuchungen ist vorerst aufgrund kursorischer Erwägungen zu fragen, ob ein bestimmter Fall überhaupt vertieft untersucht werden soll. Gemäss Kartellgesetz (KG) ist zu entscheiden, ob eine Abrede im Hinblick auf ihre Wirkungen «erheblich» ist. Eine solche De-minimis-Regel ist keineswegs spezifisch für die Schweiz, doch wird für die helvetische Spielart mitunter eine besondere Auslegung gefordert. Die Frage nach der Erheblichkeit bezwecke nicht nur die Aussonderung von Bagatellfällen, sondern sei Kernthema der materiell-rechtlichen Prüfung. Im Grunde geht es dabei um die innere Architektur und den wettbewerbspolitischen Gehalt des Artikels 5 KG. Das Bundesverwaltungsgericht hat die umstrittene Auslegungsfrage in den letzten zwei Jahren in vier Fällen alternierend im einen und im anderen Sinne beantwortet. Der Autor richtet den Fokus auf die schädlichen Folgen dieser Rechtsprechung.

Les lois modernes sur les cartels prévoient en règle générale un «critère d'intervention». Au vu de la nature complexe des enquêtes en matière de cartels, il convient dans un premier temps d'évaluer, sur la base de considérations sommaires, si un cas précis doit faire l'objet d'une enquête approfondie. En vertu de la loi sur les cartels (LCart), il s'agit de déterminer si un accord a des effets «notables» sur la concurrence. Si cette règle de minimis n'est nullement propre à la Suisse, certains préconisent cependant pour elle une interprétation particulière. Ainsi la question du caractère notable n'aurait pas uniquement pour but d'écarter les cas d'importance mineure, mais relèverait de l'examen matériel. La structure interne de l'art. 5 LCart et sa teneur sous l'angle de la politique de concurrence sont bien ici directement touchées. Ces deux dernières années, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur cette question d'interprétation controversée dans quatre cas, alternant les réponses contradictoires. L'auteur met l'accent sur les conséquences néfastes de cette jurisprudence.

Inhaltsübersicht

1. Wunderlicher Zickzack-Kurs in zentraler Auslegungsfrage
2. Suche nach den Gründen für das Schlamassel – grundsätzliche Erwägungen
3. Der Fall *Altimum* als Beispiel mangelhafter Fallanalyse
4. Schiefes Verständnis der «Erheblichkeit»
5. Unzulängliche Vorarbeiten und unbeholfene Überprüfung
6. Schluss: Was auf dem Spiel steht

1. Wunderlicher Zickzack-Kurs in zentraler Auslegungsfrage

Im Gaba-Urteil vom Dezember 2013 entschied eine Fünfer-Kammer des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer), dass eine Wettbewerbsabrede, die das Kartellgesetz für vermutungsweise unzulässig erklärt, grundsätzlich «erheblich» ist¹. Dies hat zur Folge, dass entsprechende Abreden anhand der materiell-rechtlichen Kriterien des Gesetzes, einschliesslich der Effizienzprüfung, vertieft zu untersuchen sind. Bis dahin war dies nicht klar: Das Verdikt, ob eine Abrede zulässig oder unzulässig sei, wurde allzu oft

praktisch allein anhand des Merkmals der Erheblichkeit – und damit im Grunde willkürlich, das heisst für andere Instanzen praktisch nicht nachprüfbar – gefällt. Angesichts dessen wurde das Gaba-Urteil vielerorts als Meilenstein der schweizerischen Wettbewerbspolitik gepriesen. Dies zu Recht, denn nur bei solcher Sicht der Dinge ist eine rechtsbeständige und gleichzeitig wirtschaftlich angemessene Wettbewerbspolitik denkbar – eine Politik auch, die in ihrer Ausrichtung mit der Wettbewerbspolitik unserer wichtigsten Wirtschaftspartner, insbesondere der EU, kongruent wäre. Frohe Kunde war das Urteil auch für die Konsumenten, bejahte es doch die bisher offene Frage, ob die vertragliche Verhinderung von Parallelimporten grundsätzlich unzulässig ist.

Die Hoffnung auf einen entsprechend markanten Fortschritt unserer Wettbewerbspolitik war von kurzer Dauer. Denn schon im September 2014 entschied eine Dreier-Kammer des BVGer in den «Baubeschläge»-Fällen, die Bejahung der Erheblichkeit setze – entgegen Gaba – in jedem Fall eine eingehende Marktanalyse voraus². Dogmatisch – und mit negativer Konsequenz für die Praxis – war damit wieder offen, ob das Merkmal der Erheblichkeit als *Bagatellklausel* (De-minimis-Regel) gemäss Gaba-Urteil oder aber als *Kernthema* der materiell-rechtlichen

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

¹ Der Wortlaut «grundsätzlich erheblich» ermöglicht es, eigentliche *Bagatellfälle* als nicht erheblich auszusondern; BVGer, Urteil vom 19. Dezember 2013, *Gaba International AG/Wettbewerbskommission WEKO*, E. 11.1.8.

² BVGer, Urteile vom 23. September 2014 (*Siegenia-Aubi AG, SFS unimarket AG und Paul Koch AG*); vgl. z.B. die Urteile *Siegenia/Aubi*, E. 6.1.3 sowie *Koch E.* 7.1.3.

Abrede-Prüfung im Sinne der Baubeschläge-Urteile – und damit de facto als Willkürelement – zu verstehen sei. Die Anhänger einer zukunftssträchtigen schweizerischen Wettbewerbspolitik mussten ein gutes Jahr warten, bis sie erneut Hoffnung schöpfen konnten: Im November 2015 bestätigte im BMW-Fall das BVGer – zur Abwechslung wieder zu fünf – die Gaba-Doktrin³. Damit schien nach menschlichem Ermessen die Sache gelaufen. Kaum jemand ahnte, dass zu jenem Zeitpunkt unser Kartellgericht bereits die nächste Kehrtwende in Vorbereitung hatte. Gut einen Monat nach dem BMW-Entscheid schloss sich im Altimum-Fall erneut eine Fünfer-Kammer dem Erheblichkeitskonzept der Baubeschläge-Urteile an⁴.

Zu den Ergebnissen der vier Verfahren dies: Mit den Urteilen Gaba und BMW schützte das Gericht im Wesentlichen die Bussenverfügungen der Weko. Mit den Entscheiden in Sachen Baubeschläge und Altimum wurden hingegen die Bussenverfügungen der Vorinstanz aufgehoben. Ob das Gericht in den letzteren beiden Fällen die Weko-Verfügungen zu Recht aufgehoben hat, mag hier vorerst offen bleiben. Die Begründung ist auf jeden Fall falsch. Dies bedeutet, dass aus den Entscheiden Baubeschläge⁵ und Altimum nichts Produktives gelernt werden kann. Zudem sind diese Urteile wegen der vor allem auch funktional gesehen falschen Interpretation des Merkmals der Erheblichkeit kontraproduktiv. Von einer die Wettbewerbsidee befördernden Rechtsentwicklung kann also nicht die Rede sein. Über die Gründe der richterlichen «Hotts» nach je einem «Hü» lässt sich nur spekulieren: Das Gremium empfand wohl die Argumente der Vorinstanz als wenig schlüssig, sah sich aber nicht in der Lage, der Weko fachlich die Richtung zu weisen und kam so auf die Idee, die Fälle als *nicht erheblich* zu erklären – dies mit Konstrukten, die für die Wettbewerbspolitik zerstörerisch sind.

2. Suche nach den Gründen für das Schlamassel – grundsätzliche Erwägungen

Man könnte der Ansicht sein, die Weko trage am fraglichen Schlamassel Mitschuld, habe sie doch die Sanktionsverfügungen Baubeschläge und Altimum unzulänglich begründet oder zumindest die Rechtsmittelinstanz mit ihren Feststellungen nicht zu überzeugen vermocht. Die Aufhebung der betreffenden Entscheide – so könnte argumentiert werden – sei unter diesen Umständen mit Blick auf strafrechtliche Maximen wie «in dubio pro reo» und «nulla poena sine lege certa» gerechtfertigt gewesen. Ein solcher Reflex ist an sich verständlich, wie in Bezug auf den Fall Altimum noch näher auszuführen sein wird. Wettbewerbspolitisch ist es jedoch entscheidend wichtig, dass die Gerichtsurteile überzeugend begründet sind: Allenfalls unzulängliche Vorarbeit der Vorinstanz kann das Gericht nicht der Pflicht entheben, triftige und nachvollziehbare Argumente zu liefern. Mit diffusen Erwägungen unter dem Titel «Erheblichkeit» mögen sich zwar – da ja der Zweifel dem Angeklagten zugutekommt – gewisse Fälle scheinbar lösen. Ärgerlich ist indes, dass solche Praxis nicht nur nichts zur Fortentwicklung des Rechts beiträgt, sondern dem System zum Schaden gereicht – ganz abgesehen vom Gesichtspunkt der mangelnden Rechtssicherheit.

Im Wettbewerbsrecht sind den Möglichkeiten abstrakter und gleichzeitig präziser Gesetzgebung relativ enge Grenzen gesetzt, wie dies auch schon das BVGer und das Bundesgericht festgestellt haben⁶. Weite Ermessensspielräume für die rechtsanwendenden Behörden sind daher die Regel. Von umso grösserer Bedeutung ist im Hinblick auf die Konkretisierung der Normen eine reiche und möglichst aussagekräftige Fallpraxis⁷. Dies ist bei sanktionsbewehrten Tatbeständen erst recht wichtig, weil nur so dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot und damit der Rechtsstaatlichkeit Genüge getan werden kann⁸. Zur Debatte steht übrigens nicht nur die Fallpraxis der Gerichte, sondern ganz zuvorderst auch jene der zuständigen Ver-

³ BVGer, Urteil vom 13. November 2015, *Bayerische Motoren Werke AG/Wettbewerbskommission*, E. 9.1.5.

⁴ BVGer, Arrêt du 17 décembre 2015, *Altimum SA/Commission de la concurrence*, E. 6.4 ff.

⁵ Zu einer Kritik dieser Entscheide: MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP/PJA 2015, 269 ff.

⁶ So etwa in BVGer v. 19.12.2013 (*Gaba*), E. 3.3.5; BGE 139 I 72, 79 (*Publigroupe*).

⁷ Zur Unverzichtbarkeit kontextbezogener Rechtsfortbildung im Kartellrecht: MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, Nr. 20, 501 ff.

⁸ Vgl. allgemein zu den im Kontext kartellrechtlicher Direktsanktionen anwendbaren strafrechtlichen Fundamentalgarantien MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010, Vorb. zu Art. 49a-53, insbes. N 67 ff.

waltungsbehörde⁹. Letztere hat mit Hilfe ihrer Entscheidung in erster Linie darzutun, inwiefern konkrete Praktiken mit den Parametern des Gesetzes unter dem Leitprinzip «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» vereinbar sind oder nicht. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe hat die Weko in den letzten Jahren den Eigenheiten modernen Kartellrechts ganz allgemein, vor allem aber den spezifisch helvetischen Gegebenheiten bezüglich der direkten Sanktionierung bestimmter Verstösse nicht immer genügend Rechnung getragen.

Bei der Teilrevision des KG 2003 mit dem primären Zweck, direkte Sanktionen einzuführen, hat der schweizerische Gesetzgeber bezüglich Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden eine im internationalen Vergleich spezielle Regelung gewählt. Im Hinblick auf das strafrechtliche *Bestimmtheitsgebot* sollten Kartellsachverhalte nur insofern direkten Sanktionen ausgesetzt werden, als sie klaren gesetzlichen Tatbeständen entsprechen. Ohne diese Eingrenzung wären zum damaligen Zeitpunkt direkte Sanktionen in der Schweiz politisch nicht mehrheitsfähig gewesen. Im Sinne dieses Anliegens wurden in Art. 49a KG nur Sachverhalte als direkt sanktionierbar erklärt, die den in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erwähnten Vermutungstatbeständen entsprechen. In seiner Botschaft an die Eidgenössischen Räte führte der Bundesrat bei der Erörterung der Ziele der Gesetzesrevision aus, dass von der vorgesehenen Regelung «nur die krassesten Fälle» von allgemein als schädlich erachteten Wettbewerbsbeschränkungen betroffen seien, und ferner noch, dass die Tragweite der betreffenden Verhaltensweisen für die beteiligten Unternehmen «ohne weiteres erkennbar» sei¹⁰.

Die Vorschriften des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG stellen in sanktionsrechtlicher Hinsicht Spezialtatbestände der allgemeinen Verbotsnorm des Art. 5 Abs. 1 KG dar. Als solche sind sie – aus grundsätzlicher und erst recht aus strafrechtlicher Sicht – begrifflich möglichst genau einzugrenzen. Dies erfordert eine präzise, tendenziell eher enge, jedenfalls nicht dehnende Auslegung¹¹. Dabei hat man sich zu vergegenwärtigen, dass mit der Einführung

direkter Sanktionen die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eine im Vergleich zu früher *zusätzliche Bedeutung* erhalten haben. Als primär verfahrensrechtliche Regeln zum Zweck der Beweisverschiebung mochte man seinerzeit die Vermutungen ohne Nachteile für die Rechtsunterworfenen vielleicht etwas dehnend interpretieren. Denn ob eine bestimmte Abrede als nicht widerlegbarer Vermutungstatbestand oder als erhebliche, nicht effiziente Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erklärt wurde, war für die Betroffenen kaum entscheidend. Heute jedoch, da ein Verhalten nur sanktioniert werden kann, wenn es einem Vermutungstatbestand entspricht, hat die Normauslegung andere Prinzipien zu beachten. Das im Hinblick auf die strafrechtsähnlichen Direktsanktionen anwendbare *Bestimmtheitsgebot* steht einer dehnenden Auslegung der gesetzlichen Tatbestände, zu der die Weko oftmals neigt, klar entgegen.

3. Der Fall *Altimum* als Beispiel mangelhafter Fallanalyse

Vorne wurde die Möglichkeit erwähnt, das BVGer habe den Fall *Altimum* im Ergebnis zwar richtig entschieden, den Entscheid jedoch falsch oder zumindest nicht überzeugend begründet. Man könnte versucht sein, einen solchen Ausgang der richterlichen Entscheidungsfindung als zwar unglücklich, aber wettbewerbspolitisch nicht weiter gravierend anzusehen. Diese Einschätzung würde indes die wettbewerbspolitische Bedeutung einer aussagekräftigen und kohärenten Fallpraxis im Kartellrecht verkennen. Im Übrigen liesse sich der Entscheid in Anbetracht des wiederholten «Hin und Her» auch nicht als einmaliger Ausrutscher abtun. Auf der Suche nach möglichen Gründen für den Zickzack-Kurs stellen sich Fragen zur Qualität von Rechtsprechung und Verwaltungspraxis. Die Weko mag z.B. ihren Entscheid unzulänglich begründet haben, und dem Gericht könnte es an Durchblick gefehlt haben, um die Lage sachdienlich zu meistern. Solchen Fragen soll hier anhand des *Altimum*-Falles nachgegangen werden.

Der Sachverhalt lässt sich – in aller Kürze¹² – wie folgt darstellen: Die Firma Roger Guenat SA mit Sitz in Palézieux, VD, heute *Altimum SA*, vertreibt als Generalimporteurin Bergsport-Artikel verschiedener Marken (Eispickel, Helme, Stirnlampen, Karabiner und Seile je verschiedener Marken) an Detailhändler in der Schweiz.

⁹ Das Bundesgericht hat im Fall *Publigroupe* (BGE 139 I 72, 79) anerkannt, dass kartellrechtliche Normen, die unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots Wünsche offen lassen, durch die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die Gerichte zu konkretisieren sind.

¹⁰ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, Ziff. 2.1.8; BBl 2002, 2041.

¹¹ In diesem Sinne auch: ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Stefan Bechtold/Joachim Jickeli/Mathias Rohe (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb*, FS zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 737 ff.

¹² Die Darstellung konzentriert sich auf jene Elemente, die das BVGer seinen Erwägungen zugrunde legte.

Sie hat angeblich zwischen 2006 und 2010 ihren 333 Abnehmern Preisempfehlungen (Produktlisten mit empfohlenen Preisen) abgegeben, die nach Auffassung der Weko in einer Reihe von Fällen unzulässige Preisbindungen darstellen. Aus grundsätzlicher Sicht ist hier anzumerken, dass Preisempfehlungen als solche keine Wettbewerbsbeschränkungen sind. Sie können aber solche sein, wenn sie zugleich die Merkmale einer Vertikalabrede (Befolgung infolge Druckausübung oder Anreizgewährung) oder einer horizontalen «abgestimmten Verhaltensweise» (sehr breite Befolgung) erfüllen und damit in Wirklichkeit auf die Fixierung von Preisen hinauslaufen¹³. Für die Weko war im Fall Altimum der Tatbestand der vertikalen Preisabrede erfüllt: 39 der 333 Händler sollen die Empfehlungen befolgt haben; auch sei einem bestimmten Händler angedroht worden, ihn bei fortgesetzter Missachtung der Empfehlungen nicht mehr zu beliefern.

Da die Weko das Vorliegen einer *vertikalen Preisabrede* gemäss dem Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG bejahte, stellte sich die Frage, ob auf dem betreffenden Markt allenfalls trotzdem wirksamer Wettbewerb herrscht und die Vermutung entsprechend widerlegt werden kann. Die Weko bejahte dies hinsichtlich des Sachverhalts als Ganzem, nicht jedoch mit Bezug auf den bereits erwähnten Einzelfall, in dem angeblich Druck ausgeübt wurde. Zu den Marktverhältnissen gemäss den Erhebungen der Weko kurz dies: Guenat gehört unter den sechs bedeutenderen Grosshändlern von Bergsport-Artikeln in der Schweiz zu den grössten drei (mit je 20–30% Marktanteil). Die Firma vertrat mehrere bekannte Marken, darunter Petzl und zwei andere mit jeweiligen Alleinvertriebsrechten für die Schweiz. Unter den 333 belieferten Wiederverkäufern waren auch die landesweit bekannten Einzelhändler Migros, Dosenbach-Ochsner, Manor, Athleticum, Bächli Bergsport und Eiselin-Sport. Mit den Detailhändlern bestanden Verträge, in denen sich diese zu einer «vernünftigen und verantwortungsvollen Preispolitik» verpflichteten. Mündlich wurde den Händlern gegenüber die Erwartung ausgesprochen, dass sie die Preisempfehlungen einhalten bzw. diese höchstens um 10% unterbieten sollten (an was sich de facto nur relativ wenige Händler hielten).

Die Weko kam zum Schluss, dass trotz Widerlegung des Vermutungstatbestandes eine *erhebliche, nicht durch Effizienzgründe zu rechtfertigende Wettbewerbsbeeinträchtigung* vorliege. Im Fall des mit einem Lieferstopp bedrohten Händlers Heusi liege sogar ein *unumstösslicher Vermutungstatbestand* gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vor. Hierzu kurz dies: Heusi war damals neu im Geschäft und versuchte, sich im Markt als Discounter zu profilieren, indem er die Listenpreise um bis zu 20% unterbot. Ein grösserer Sporthändler denunzierte Heusi beim Importeur, der dann den Discounter «zur Rede stellte». Er hielt Heusi das Nichteinhalten verschiedener Verpflichtungen vor: Die Produkte würden noch immer in einem «Holzschof» statt in einem ordentlichen Ladenlokal angeboten; Schaufenster gebe es keine, und die Öffnungszeiten seien sehr beschränkt; Beratung und Serviceleistungen für anspruchsvollere Produkte fehlten. Produktmässig im Fokus standen die anerkannt hochwertigen Bergsteiger-Stirnlampen der Marke «Petzl» (die teurer sind als Konkurrenzprodukte, diese jedoch qualitativ übertreffen, wie ein 2015 durchgeführter Test der SRF-Sendung «Kassensturz» zeigte; im Internet einsehbar). Andere Händler, welche neben Hardware auch Beratung und weitere Zusatzleistungen anbieten, könnten das Trittbrettfahrerverhalten von Heusi – so der Importeur – nicht akzeptieren.

4. Schiefes Verständnis der «Erheblichkeit»

Das BVGer folgte der Vorinstanz, was die Bejahung des Tatbestandes *vertikaler Preisabreden* mit einer (begrenzten) Anzahl von Händlern betrifft. Ein erfüllter Vermutungstatbestand liege indes nicht vor, allgemein nicht und auch nicht – dies entgegen der Vorinstanz – in Bezug auf den Fall Heusi; für Altimums «Petzl»-Lampen gebe es trotz des hohen Marktanteils von über 60% genügend Interbrand-Wettbewerb¹⁴. Was generell die fraglichen Preisempfehlungen angeht, so seien sie – entsprechend der Gaba-Doktrin – zwar qualitativ erheblich, jedoch *nicht quantitativ*; in Anbetracht der Tatsache, dass bloss 12% der Adressaten – bei insgesamt eher geringem Marktanteil – die fraglichen Preisempfehlungen befolgt hätten, fehle es an quantitativer «Erheblichkeit». Das Bundesgericht habe im Buchpreisbindungsfall klar festgehalten, dass das Merkmal der «Erheblichkeit» in Art. 5 Abs. 1 KG neben einem qualitativen auch einen quantitativen

¹³ Wenn eine Vielzahl konkurrierender Unternehmen eine Preisempfehlung *im Bewusstsein gemeinsamen Handelns* befolgt, kann u.U. eine «abgestimmte Verhaltensweise» im Horizontalverhältnis vorliegen; vgl. statt vieler, etwa zum deutschen und EU-Recht: CHRISTIAN BAHR, nach § 2 GWB N 320 ff. und STEFFEN NOLTE, nach § 101 AEUV N 442 ff., beide in: Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1 und 2, 12. A., Köln 2014.

¹⁴ Für die «Erheblichkeit» gehe es nur um die Marktanteile von Händlern, die sich an die Empfehlung hielten.

Aspekt aufweise. Es gehe somit um eine «double notabilité». Damit die quantitative Dimension der Erheblichkeit bejaht werden könne, müsse den Abrede-Beteiligten – ungeachtet eines u.U. qualitativ erheblichen Sachverhalts – *Marktmacht* nachgewiesen werden können. Diesen Nachweis habe die Weko *in casu* nicht erbracht.

Grundlegender könnte das Missverständnis bezüglich Funktion und Inhalt des Normelements der Erheblichkeit kaum sein. Natürlich weist die Erheblichkeit sowohl einen qualitativen wie einen quantitativen Aspekt auf, doch heisst dies mit Sicherheit nicht, dass in einem bestimmten Fall sozusagen *zwei Erheblichkeiten*, nämlich eine volle quantitative und eine ebensolche qualitative, gleichzeitig erfüllt sein müssen, damit eine Wettbewerbsabrede überhaupt vertieft untersucht werden kann. Genau diese hier angesprochene Triage-Funktion – ist ein Fall prüfenswert oder nicht? – hat das Erheblichkeitsmerkmal nach der hier vertretenen Meinung zu erfüllen. Das Merkmal soll m.a.W. der Weko ermöglichen, Bagatellfälle auszusieben¹⁵. Die Behörde soll dadurch in die Lage versetzt werden, sich auf «wichtige» Sachverhalte zu konzentrieren. Für die materielle Beurteilung der Abreden statuiert das Gesetz in Art. 5 Abs. 2 KG andere, weit explizitere Kriterien, die – wie die Anwendung ähnlicher Beurteilungskriterien über die Jahrzehnte im Ausland zeigt – einigermassen justiziabel sind. Letzteres lässt sich vom Erheblichkeitstest nicht sagen, weshalb dieser in seiner funktionellen Bedeutung auf eine Bagatellklausel zu begrenzen ist, soll die Beurteilung von Abreden nicht in Willkür ausarten.

¹⁵ Für diese Art von Erheblichkeit hat sich – seit 1995 – eine Reihe von Autoren ausgesprochen; u.a. MARINO BALDI, Zur Philosophie des neuen Kartellgesetzes, in: Mario A. Corti/Peter Ziegler (Hrsg.), Diplomatique Negotiation, FS zum 60. Geburtstag von Franz A. Blankart, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 349 ff., 351 f.; JÜRIG BORER, Kooperationen und strategische Allianzen, AJP/PJA 1996, 879 f.; DERS., Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. A., Zürich 2011 (1. A. 1998), Art. 5 N 17 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005 (1. A. 1999), 187 ff.; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008, 338 ff.; VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genf/Zürich/Basel 2012, 91 ff.; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP/PJA 2015 269 ff.; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht? Jusletter 2. Februar 2015, Rz 7; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 29. Juni 2015, Rz 5 ff. (insbes. Rz 29), mit zahlreichen Hinweisen. – Vertreter der Anwaltschaft befürworten meistens eine *breit verstandene Erheblichkeit*. Die Position der Weko war lange Zeit schwankend, heute folgt sie der Linie der hier namentlich erwähnten Autoren.

Eine analoge Funktion wie die Erheblichkeit im KG hat im EU-Kartellrecht die *Spürbarkeit*. Hier wird seit langem zwischen qualitativen und quantitativen Aspekten unterschieden. Dies vor allem auch im Zusammenhang mit Gruppenfreistellungsverordnungen (GFVO). Ein Beispiel: Die praktisch sehr bedeutsame Vertikalverordnung sieht bezüglich der von ihr aufgelisteten «Kernbeschränkungen» (es handelt sich dem Wesen nach um vermutete Verstöße) vor, dass diese immer *spürbar* sind. Sie sind indes nicht unbedingt verboten, können sie doch auf Grund einer Einzelfallprüfung vom allgemeinen Kartellverbot jederzeit freigestellt werden. Für zweiseitige Vertikalabreden, die keine Kernbeschränkungen enthalten, interessiert sich die EU-Kommission in der Regel nur, wenn mindestens eines der beteiligten Unternehmen auf einem relevanten Markt einen Anteil von mehr als 30% hat¹⁶. Mangels solcher Marktanteile sind die Abreden – im Sinne einer Vermutung – gruppenweise freigestellt. Hier geht es um die Umsetzung des quantitativen Aspekts der Spürbarkeit, der aber nur eine Rolle spielt, *sofern nicht qualitative Spürbarkeit* (in Form einer Kernbeschränkung) vorliegt.

Zu unterstreichen ist, dass die EU-Kommission ausdrücklich befugt ist, gruppenweise vom Kartellverbot freigestellte Abreden einer Einzelfallprüfung zu unterziehen und gegebenenfalls zu verbieten. Auch kann der Umstand, dass eine Abrede nach den einschlägigen Kriterien der Spürbarkeit ermangelt, die Behörde nicht hindern, den betreffenden Sachverhalt eingehend zu untersuchen¹⁷. Die Unionsgerichte würden sich hüten, die Kommission in einem solchen Fall von einer eingehenden materiellen Prüfung des Sachverhalts abzuhalten. Der Spürbarkeitstest stellt funktionell ein weitgehend diskretionäres «Aufgreifkriterium» zuhanden der Verwaltung dar und hat nichts mit der materiellen Prüfung eines Sachverhalts zu tun¹⁸. Die Qualifikation «spürbar» sagt nichts Entschei-

¹⁶ Art. 3 GFVO Nr. 330/2010 (sog. Vertikalverordnung). Wichtig im vorliegenden Zusammenhang ist sodann die *Bagatellbekanntmachung* (De-minimis-Regelung). Sie beinhaltet die allgemeine *Konkretisierung des Spürbarkeitskriteriums*. Die von ihr erfassten Abreden sind dann nicht vom EU-Kartellverbot erfasst, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von nicht mehr als – je nach Fall – 5, 10 oder 15 Prozent haben. Die Regelung ist besonders für Abreden gedacht, welche die Voraussetzung einer GFVO nicht erfüllen, gilt aber nur, falls der Vertrag keine «Kernbeschränkung» (eine solche ist immer *spürbar*) enthält; vgl. ABI 2014 C 291/01.

¹⁷ Art. 29 VO 1/2003 (Ratsverordnung zur Durchführung der Wettbewerbsregeln der Union).

¹⁸ Die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (De-minimis-Bekanntmachung, ABI 2001 C 368/13; aktuelle Version: ABI 2014 C 291/01) ist für die Gerichte

dendes hinsichtlich Beurteilung einer Abrede aus. Ähnlich die vom Gesetzgeber gewollte Rechtslage in der Schweiz: Schon die Botschaft zum KG 95 führt aus, der Erheblichkeitstest in Art. 5 Abs. 1 KG sei als Bagatellklausel zu verstehen und entspreche funktionell dem Spürbarkeitstest im EU-Recht (BBI 1995 I 554). Die gleich geartete Funktion der beiden Normelemente entspricht auch insofern einer inneren Logik, als die Effizienzprüfung des KG und die Freistellungsprüfung des EU-Rechts (Art. 101 Abs. 3 AEUV) sich inhaltlich wie funktionell sehr weitgehend decken.

Unter diesen Gegebenheiten müssen Gerichtsurteile, mit denen Entscheide der Weko in Fällen, die von der Wettbewerbsbehörde nicht nur als erheblich (untersuchungswürdig) qualifiziert, sondern von ihr auch vertieft untersucht wurden, mit dem Argument «nicht erheblich» kassiert werden, als *systematische Behinderung einer modernen Wettbewerbspolitik* bezeichnet werden. Die Weko hat nach Art. 27 Abs. 2 KG die Aufgabe, die Prioritäten der schweizerischen Wettbewerbspolitik festzulegen. Dabei dürfen bzw. sollen auch Opportunitätsüberlegungen eine Rolle spielen. Die Weko kann also Sachverhalte, die ihr vorgelegt werden, jederzeit als nicht untersuchungswürdig (nicht «erheblich») erklären, was sie denn auch praktisch recht häufig tut. Dieses Opportunitätsprinzip ist nur insoweit begrenzt, als die Prioritätenfestsetzung nicht in eine Rechtsverweigerung ausarten darf¹⁹. Es wäre folglich widersinnig, der Wettbewerbsbehörde im umgekehrten Fall, wenn es darum geht, einen Sachverhalt als erheblich zu erklären, um ihn näher untersuchen zu können, enge Fesseln anzulegen. Das Gericht hat andere Möglichkeiten, die Entscheide der Weko zu korrigieren.

5. Unzulängliche Vorarbeiten und unbeholfene Überprüfung

Zurück zum Fall Altimum: Wenn es zutrifft, was insbesondere auch das BVGer festhält, dass nämlich die in Rede stehende Preisempfehlung von bloss 12% der Adressaten beachtet wurde, während die übrigen 88% der Händler grösstenteils erklärten, sie seien in ihrer Preispolitik nicht eingeengt gewesen, so hätten dem Gericht, falls ihm die Sache unzulänglich geklärt erschien, andere

Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, als zu erklären, der Sachverhalt sei nicht «erheblich». Die allfälligen Alternativen seien hiernach kurz angesprochen²⁰:

- Die produktivste Art, mit der Sache umzugehen, hätte wohl darin bestanden, die Qualifizierung der Preisempfehlung als «Preisabrede» in Zweifel zu ziehen und den Fall zur besseren Klärung der *tatbestandsrelevanten* Sachverhaltselemente (etwa im Hinblick auf die Frage nach dem Vorliegen einer *Abrede*) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Tatsächlich ist nicht leicht nachzuvollziehen, dass eine von bloss 12% der Adressaten befolgte Empfehlung eine «Wettbewerbsbeschränkung» im Sinne Art. 4 Abs. 1 KG bewirkt haben soll *und* eine zu sanktionierende Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellt. Der *Befolgungsgrad* einer Empfehlung ist zwar nur ein (gewichtiges) Indiz für die Annahme einer Wettbewerbsabrede, deutlich höher als vorliegend muss er aber wohl schon sein (die Lehre spricht von 60–70%, mindestens aber 30–40%)²¹. Die nur von Wenigen beachtete blosser Empfehlung ist *nie* eine Wettbewerbsbeschränkung.
- Auch wenn man für einen Moment annimmt, die fragliche Empfehlung habe sich im Ergebnis als abgestimmtes Preisverhalten der Adressaten ausgewirkt, hätte man sich im Hinblick auf die Sanktionierung wohl fragen müssen, ob wirklich eine besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Argumentation des Bundesrates in der Botschaft 2001 an das Parlament zur Einführung von direkten Sanktionen vorliegt²². Im Übrigen wird man die blossen (u.U. nicht vorhersehbaren) *Wirkungen* einer Empfehlung nicht ohne weiteres ihrem Urheber zu rechnen können. Die Behörde macht es sich ferner wohl zu leicht, wenn sie praktisch jede unternehmerische Koordinierung, die vielleicht nur entfernt zu preislicher Wirkung geeignet ist, als zu sanktionieren-

te nicht bindend; sie führt aber zu einer begrenzten Selbstbindung der Kommission im «Aufgreif-Ermessen»; dazu ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. A., München 2014, § 11 N 75, m.w.H.

¹⁹ Vgl. JÜRGEN BORER, *Kommentar Wettbewerbsrecht I*, 3. A., Zürich 2011, Art. 27 KG N 9 f.

²⁰ Die Zweifel an den Schlüssen der Weko bzw. des Gerichts ergeben sich vor allem aus der Handhabung der rechtlichen und tatsächlichen Vermutungen sowie deren Widerlegbarkeit: vgl. dazu auch die grundlegenden Ausführungen von ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. A., Bern 2005, N 441 ff. sowie insbes. 476 ff.

²¹ Das Weko-Sekretariat hatte in der Vorabklärung «Festool» (der Sachverhalt war mit jenem im Fall Altimum fast identisch) gestützt auf mehrere Lehrmeinungen einen Befolgungsgrad von 26% als nicht ausreichend für die Annahme einer Wettbewerbsabrede bzw. einer erheblichen Beeinträchtigung erachtet; vgl. RPW 2011/3, 364, mit Hinweisen zu Meinungen bezüglich Befolgungsgrad und Kriterien der Marktstellung.

²² Der Bundesrat führt aus, dass mit den Vermutungstatbeständen «nur die krassen Fälle» von allgemein als schädlich erachteten Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden sollen; vgl. dazu die Hinweise in FN 10.

- de Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 (oder Abs. 4) KG qualifiziert²³. Hier ist auf die Ausführungen zum «Bestimmtheitsgebot» unter Ziff. 2 hiervor zu verweisen.
- Nachdem das BVGer bezüglich Qualifizierung des Sachverhalts als Preisabrede der Weko gefolgt ist, hätten die Richter unbedingt einige weitere Fragen stellen müssen. So zeigt der Spezialfall des Detailhändlers Heusi, dass jedenfalls keine *krude* Preisabrede vorlag, sondern dass es dem Grosshändler von Bergsport-Artikeln der Sache nach um den Abschluss selektiver Vertriebsverträge ging²⁴. Er stellte an die Detailhändler die für solche Verträge typischen Anforderungen bezüglich Ausstattung der Verkaufslokale und des Angebots von Beratungs- und Serviceleistungen. Echte Selektivverträge, bei denen die Händler nach qualitativen Kriterien ausgewählt werden, stellen grundsätzlich weder im EU- noch im Schweizer-Recht tatbestandsmässige Wettbewerbsbeschränkungen dar, falls sie keine Kernbeschränkungen (Preisbindungen) enthalten²⁵. Spürbarkeit bzw. Erheblichkeit ist hier folglich keine relevante Kategorie.
 - Dass – wie *in casu* – der Importeur von seinen Händlern eine gewisse Preisdisziplin einfordert, bzw. ihnen ein solche nahelegt, würde die Beurteilung eines Selektivvertriebs insofern erschweren, als eine vertiefte Einzelfallbeurteilung (Effizienzprüfung) nötig wäre²⁶. Dabei stellte sich etwa die Frage, ob Preisdisziplin notwendig ist, um – in Anbetracht der Zusatzleistungen, die bei qualitativ hochwertigen Produkten von den «anerkannten Händlern» gefordert werden – dem Trittbrettfahrerproblem beizukommen. Ohne hier ein Urteil in der Sache abgeben zu wollen, sei immerhin erwähnt, dass heutzutage selbst der US Supreme Court bei Sachverhalten solcher Art eine Preisbindung für möglicherweise gerechtfertigt hält (*Leegin*-Urteil 2007), dies nachdem zuvor solche Abreden während ca. eines Jahrhunderts per se verboten waren.

²³ Der Fall *Altimum* veranschaulicht, wie von der Weko praktisch jeder Sachverhalt mit einer preislichen Auswirkung als «besonders schwerwiegend» («particulièrement grave») eingestuft wird; BVGer, Urteil *Altimum* (FN 4), E. 6.2.2.

²⁴ Im *Festool*-Fall (vgl. FN 21) tendierte das Weko-Sekretariat zur Verneinung der qualitativen Erheblichkeit, trotz Aussage eines Empfehlungsadressaten, in seiner Preispolitik nicht frei von Druck gewesen zu sein (Rn 64).

²⁵ Selektivsysteme sind auch nur für vertrieblisch einigermaßen anspruchsvolle Produkte zu rechtfertigen.

²⁶ Selektive Vertriebsverträge mit Preisbindung fallen im EU-Recht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, sind aber u.U. nach Art. 101 Abs. 3 freistellungsfähig; vgl. etwa RAINER BECHTOLD et al., Kommentar EG-Kartellrecht, 2. A., München 2009, Art. 81 EG Rz 83.

Was zeigen diese Ausführungen? Die Weko ist ihrer Aufgabe bezüglich Sachverhaltsklärung nur ungenügend nachgekommen. Die Begründung ihrer Feststellungen in der Sanktionsverfügung ist nicht überzeugend²⁷. Falls beim BVGer in Anbetracht dieser unzulänglichen Vorarbeiten²⁸ Unbehagen mit dem Entscheid der Vorinstanz aufgekommen sein sollte, könnte man dafür Verständnis haben. Indessen kann es nicht angehen, dass das Gericht in solchen Fällen einfach zur Verlegenheitslösung «nicht erheblich» greift²⁹. Mit dem fraglichen Urteil hat das Gericht dem Bemühen des Gesetzgebers um eine glaubwürdige Wettbewerbspolitik einmal mehr einen Bärendienst erwiesen. Das Gericht gibt im Grunde zu verstehen, Art. 5 KG enthalte mit dem Kriterium der Erheblichkeit ein Element der Willkür, das kaum Anspruch auf Rechtsicherheit zulässt. Ein glaubwürdiges Kartellgesetz bedarf indessen der fallbezogenen Konkretisierung seiner unbestimmten Begriffe. Solches Bemühen müsste etwa dem Begriff der *Wettbewerbsabrede* in Art. 4 Abs. 1 KG, vor allem aber auch den Begriffen der *Effizienzklausel* in Art. 5 Abs. 2 KG gelten (Vorlagen sind in Form von weitgehend analogen Konzepten im EU-Recht vorhanden). Nur entsprechende Konkretisierungsarbeit kann mit der Zeit zu einer dem Wettbewerb dienenden, rechtssicheren Politik führen.

6. Schluss: Was auf dem Spiel steht

Gewiss, die Anforderungen an die Weko und die zuständigen Gerichtsinstanzen bezüglich Fortentwicklung des kartellrechtlichen Systems in der Schweiz sind hoch.

²⁷ In der Vorabklärung *Festool* (RPW 2011/3, 364) hatte das Weko-Sekretariat einen im Sachverhalt praktisch identischen Fall völlig anders beurteilt (mutmasslich keine Preisabrede, jedenfalls keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und vor allem keine Erheblichkeit). Auch dort hätte wohl – wie in den Fällen *Baubeschläge* und *Altimum* – die gut begründete Feststellung genügt: «keine Wettbewerbsabrede» i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG!

²⁸ Das BVGer rügt die Weko schwer wegen ungenügender Sachverhaltsermittlungen: Die Weko gründe ihren Entscheid auf *reinen Vermutungen* statt auf Fakten; BVGer, Urteil *Altimum* (FN 4), insbes. E. 4.8.4.

²⁹ Statt aufgrund des geringen Befolungsgrads von 12% das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede bzw. einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. v. Art. 4 Abs. 1 KG in Zweifel zu ziehen oder allenfalls zu verneinen, begründet das BVGer mit dem geringen Befolungsgrad (und der nicht überragenden Marktstellung der an der Abrede Beteiligten) die angeblich fehlende Erheblichkeit des Sachverhalts; BVGer, *Altimum* (FN 4), E. 6.4.5. Im Fall *Altimum* erstaunt diese Argumentation des BVGer umso mehr, als die Beschwerdeführerin effektiv bestritt, dass überhaupt eine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorlag (E. 4.5).

Dass jedoch das Konzept des Art. 5 KG den rechtsanwendenden Behörden zugetraut werden kann, hat das BVGer mit seinen Entscheiden in den Fällen Gaba und BMW bewiesen. Nur ein Verständnis der Schlüsselbestimmung des Kartellgesetzes, wie es den fraglichen Entscheiden zugrunde liegt, führt zu einer Wettbewerbspolitik, die den «wirksamen Wettbewerb» zu schützen vermag, und damit einer Politik, die mit den globalen Tendenzen modernen Kartellrechts, namentlich auch des Rechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten, harmonisiert³⁰. Die andere Auffassung, wonach die ganze wettbewerbliche Tragweite einer Abrede schon unter dem Titel der Erheblichkeit abzuhandeln ist, bedeutet Willkür und Rechtsunsicherheit.

Das Altimum-Urteil dürfte den Befürwortern einer möglichst breiten (weitschweifigen) Erheblichkeitsprüfung erneut Auftrieb geben. Sie postulieren, die Wettbewerbsbehörde sollte nur Abreden untersuchen, bei denen sich im Voraus wohlfahrtsschädigende Wirkungen feststellen lassen. Diese Prüfung habe insbesondere aufgrund von wirtschaftswissenschaftlichen Analysen zur Ermittlung allfälliger «Marktmacht» und deren Wirkungen zu erfolgen. Untermauert wird der Vorschlag mit dem Hinweis auf Art. 1 KG bzw. Art. 96 BV, wonach Wettbewerbsbeschränkungen nur unzulässig seien, wenn sie *volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Wirkungen* zeitigten. Zu dieser Meinung kurz folgendes³¹: Ihre Anhänger machen im Grunde das zu Beweisende zur Voraussetzung der Beweisführung. Anders gesagt: Sie zäumen das Pferd am Schwanz auf. Wettbewerbsabreden auf die erwähnten schädlichen Wirkungen hin zu untersuchen, ist sehr wohl das Anliegen von Art. 5 KG, jedoch in Anwendung dieser gesetzlichen Vorschrift als Ganzer und aufgrund des durch sie vorgegebenen stufenweisen Vorgehens – aber doch nicht mit Hilfe der Erheblichkeitsprüfung allein! Was wäre denn der Sinn des kartellgesetzlichen Gebäudes von Art. 5 KG mit dem im Abs. 2 statuierten Effizienzvorbehalt, wenn «souveräne» Interpreten mit nicht nachvollziehbaren Verdikten über die Erheblichkeit und damit die Fälle als solche urteilen könnten? Die Frage der Erheblichkeit auf Kosten der Effizienzprüfung zu favorisieren, ist vor allem auch insofern grundlegend falsch, als letztere

eine *dynamische Betrachtung des Wettbewerbs* impliziert, während erstere rein statisch angelegt ist³².

Die Fälle Gaba und BMW zeigen immerhin auf, dass das BVGer nicht grundsätzlich abgeneigt ist, der Erheblichkeit den richtigen – eher geringen – Stellenwert beizumessen und die materielle Beurteilung von Wettbewerbsabreden schwergewichtig der Effizienzprüfung zu überlassen. Auffallend ist, dass in beiden Fällen, in denen es neulich zu verunglückten Urteilen in der Frage der Erheblichkeit kam, die Sachverhalte von der Vorinstanz ungenügend geklärt waren, was die argumentativen Kapazitäten der Revisionsinstanz offensichtlich strapazierte, so dass diese nur noch den «Notausgang» der mangelnden Erheblichkeit sah. Ein Gericht in einer kartellrechtlich fortgeschrittenen Jurisdiktion hätte sich wohl Fragen der Art gestellt, wie sie in Ziff. 5 hiervor aufgelistet sind – und hätte dann u.U. gleich wie das BVGer entschieden, wengleich mit anderer Begründung, oder hätte den Fall zur besseren Klärung tatbestandsrelevanter Sachverhalts-elemente an die Vorinstanz zurückgewiesen.

³⁰ In diesem Sinne schon MARINO BALDI/JÜRGEN BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW vom 9.4.1998, Heft 4, 343 ff.

³¹ Eine vertiefende Analyse des spezifisch schweizerischen Streites über die «Erheblichkeit» nach Art. 5 Abs. 1 KG stammt von ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008, 338–350, mit zahlreichen Hinweisen.

³² Vgl. dazu MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20 Jahre – und kein bisschen weiter? Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP/PJA 2015, 1529 ff., 1535.