



Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden

Folgen des Bundesgerichtsurteils und erforderliche Umsetzungsmassnahmen

MARINO BALDI*

Kartellgesetze enthalten in der Regel eine «De-minimis-Klausel»: Eigentlichen Bagatellen braucht nicht unbedingt nachgegangen zu werden. Gemäss Kartellgesetz (KG) sind nur Sachverhalte mit «erheblichen» Wirkungen aufzugreifen. Funktion und Inhalt dieses Merkmals sind seit langem umstritten. Bis anhin dominierte in Lehre und Praxis die Auffassung, die schweizerische Erheblichkeit sei mehr als eine Bagatellklausel: Es ginge bei ihr um das «Kernthema der materiellen Beurteilung». Das Bundesgericht sieht im Erheblichkeitsmerkmal eine Bagatellklausel, die als Aufgreifkriterium der materiellen Prüfung vorgeht. Das Urteil wirkt sich auf die Prüfmethode aus und ist indirekt auch materiell relevant. Bei richtiger Umsetzung führt es – wie der Aufsatz zu zeigen versucht – zu mehr begrifflicher Disziplin und so zu mehr Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit. Gleichzeitig gewinnt die Effizienzrechtfertigung an Bedeutung. Das Urteil kommt damit auch den Unternehmen zugute.

Les lois sur les cartels contiennent en règle générale une « clause de minimis » : les cas dits bagatelle ne doivent pas forcément être poursuivis. Selon la loi sur les cartels (LCart), seuls les cas qui affectent la concurrence de manière « notable » doivent être traités. La fonction et le contenu de cet élément sont contestés de puis longtemps. Une majorité de la doctrine et de la pratique étaient d'avis que la notabilité suisse représentait plus qu'une clause bagatelle et qu'il s'agissait plutôt du « cœur de l'appréciation matérielle ». Le Tribunal fédéral voit dans l'élément de notabilité une clause bagatelle qui, en tant que critère d'intervention, précède l'examen matériel. L'arrêt a une incidence sur la méthode d'examen et, indirectement, il est aussi matériellement pertinent. En cas de mise en œuvre correcte, il en résulte – comme tente de le montrer la présente contribution – une plus grande discipline conceptuelle et davantage de sécurité juridique et de prévisibilité. En même temps, la justification économique gagne en importance. L'arrêt profite donc aussi aux entreprises.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung: Absage an eine folgenschwere Irrlehre
- II. Zur wettbewerbspolitischen Ratio des GABA-Urteils
- III. Das Urteil des BVGer im Fall «Ticketcorner» als Ergänzung zu GABA
- IV. Folgen des GABA-Urteils und erforderliche Massnahmen
 - A. Folge I: Sachgerechte Prüfmethode
 - B. Folge II: Ermöglichung klarer Konkretisierungserlasse
 - C. Folge III: Korrektur von Fehlinterpretationen
 - D. Folge IV: Abbau von Schwammigkeit und Willkür
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung: Absage an eine folgenschwere Irrlehre

Das Bundesgericht hielt im GABA-Fall das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts¹ aufrecht und entschied bezüglich des Merkmals der «Erheblichkeit» in Art. 5 Abs. 1 KG² insbesondere dies:³

- Das Merkmal versteht sich als «Bagatellklausel» und soll die Aussonderung von bloss geringfügigen Sachverhalten ermöglichen;
- Wettbewerbsabreden, die nach dem Gesetz vermuthungsweise «wirksamen Wettbewerb» beseitigen, sind «grundsätzlich erheblich»;
- für die «Erheblichkeit» sind nicht tatsächliche Wirkungen nachzuweisen, es genügt die «potentielle Wettbewerbsbeeinträchtigung».

Damit erteilte das Bundesgericht der Auffassung, die Erheblichkeit sei «Kernthema der materiellen Beurteilung» von Wettbewerbsabreden, eine klare Absage. Mit der These vom «Kernthema» sympathisierten seit langem zahlreiche Anwälte, mehrere Professoren und verschiedene Mitglieder der WEKO, zeitweise deren Mehrheit.⁴ Für mich handelte es sich seit jeher um eine groteske *Irrlehre*. Ich habe ihre Entstehung als Mitglied der WEKO miterlebt, sie von Anfang an bekämpft und bis vor kurzem

* MARINO BALDI, Dr. oec. HSG, lic. en droit IEE, Senior Counsel, Prager Dreifuss AG, Zürich.

Der Text beruht auf dem Referat des Autors vom 21.3.2017 vor den Unternehmensjuristen des Promarca-Verbandes. Struktur und Stil des Vortrags wurden weitgehend beibehalten.

¹ BVGer, B-506/2010, 19.12.2013, E. 11.1.8.

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Vgl. BGer, 2C_180/2014, 28.6.2016, insbes. E. 5.1.3, E. 5.1.6 und E. 5.6.

⁴ Vgl. etwa ADRIAN RAASS, Das Entdeckungsverfahren Wettbewerb und die Erheblichkeitsfrage, Internet: <http://wettbewerbspolitik.org/2014/10/das-entdeckungsverfahren-wettbewerb-und-die-erheblichkeitsfrage> (Abruf 24.4.2017); ferner BLAISE CARRON/PATRICK L. KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter vom 30.5.2016.

in Aufsätzen kritisiert.⁵ Hätte unser oberstes Gericht der Irrlehre jetzt nicht den Garaus gemacht, so wäre das Kartellgesetz zunehmend zum Papiertiger und unsere Wettbewerbspolitik zur kostspieligen Alibiübung verkommen. Den rechtsanwendenden Behörden wäre der Sinn für saubere Begrifflichkeit immer mehr abhanden gekommen.

Die vorstehenden Ausführungen gelten den praktischen Folgen des GABA-Urteils. Diese hängen ganz und gar von der Umsetzung des Entscheides durch die WEKO ab. Bei akkurater Umsetzung ist das Urteil sehr wohl auch für die Unternehmen vorteilhaft. Dies namentlich deshalb, weil das höchstrichterliche Diktum zu einem präziseren Umgang auch mit anderen Begriffen des Gesetzes führt. Die bis anhin vorherrschende schwammige Interpretation des Merkmals der Erheblichkeit hatte nämlich auch einen liederlichen Umgang mit andern Parametern des Gesetzes zur Folge. So sanktionierte die WEKO schon mehrmals angebliche «Abreden», die diesem Gesetzesbegriff kaum entsprachen, worauf dann das Bundesverwaltungsgericht die Fälle, weil sie ihm nicht unbedingt als strafwürdig erschienen, in wenig überzeugender Weise für «unerheblich» erklärte.⁶

II. Zur wettbewerbspolitischen Ratio des GABA-Urteils

Der GABA-Entscheid des Bundesgerichts entspricht bezüglich Auslegung der Erheblichkeit ganz der Haltung des Bundesrats, wie sie dieser in seiner Botschaft zum Entwurf des heutigen Kartellgesetzes (KG 95) unmissverständlich dargelegt hatte.⁷ Nur diese Interpretation verträgt sich mit dem Ziel des Gesetzes, in der Schweiz einen konsequenten Schutz des «wirksamen Wettbewerbs» zu verfolgen. Dieses gesetzliche Ziel ergab sich aus einer weltwirtschaftlich orientierten standortpolitischen Grundsatzentscheidung von Regierung und Parlament.

Ihr zufolge wurde die Konzeption früherer schweizerischer Kartellgesetze bewusst verworfen – jene Konzeption, gemäss der auch harte und härteste Kartelle unter fast beliebigen politischen Gesichtspunkten gerechtfertigt werden konnten. Diese Art Wettbewerbspolitik sollte nach dem Gesetzgeber endgültig überwunden werden. In Anbetracht der für die Schweiz grundlegenden Neuorientierung hat man auch von einem Paradigmenwechsel gesprochen.⁸

An dieser Stelle ist der Hinweis angebracht, dass eine Wettbewerbspolitik, die wirksamen Wettbewerb schützt, *keineswegs* ein Verbot jeglicher koordinierter Abreden zwischen Unternehmen erfordert. Aufgabe moderner Wettbewerbspolitik ist, das Funktionieren von Marktprozessen, das heisst das freie Spiel von Angebot und Nachfrage auf den Märkten zu gewährleisten. *Nicht jede (selbstgewählte) Beschränkung der Freiheit von Marktteilnehmern zum Wettbewerb beeinträchtigt das freie Spiel der Marktkräfte und damit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.* Massnahmen der Unternehmenskooperation können wirtschaftlich effizient sein, ohne den Wettbewerb funktionell zu beeinträchtigen – ja, sie mögen diesen sogar intensivieren. Entsprechend sind kartellrechtliche Eingriffe nur insofern erforderlich, als die Analyse eines unternehmerischen Verhaltens ergibt, dass dieses nicht auf Förderung von Effizienz gerichtet ist, sondern auf Erzielung einer Kartellrente und damit auf (missbräuchliche) Ausbeutung.⁹

Weshalb konnte sich die Irrlehre zur Erheblichkeit so hartnäckig halten, wenn doch das gesetzliche Konzept von Anfang an klar war? Hier soll nicht den Motiven jener nachgegangen werden, denen es vorübergehend gelungen war, zuerst die WEKO und dann das Bundesverwaltungsgericht von den unbestreitbaren Vorgaben der politischen Behörden abzubringen. Die «Dissidenten» argumentierten hauptsächlich mit der Bundesverfassung: Art. 96 Abs. 1 BV zufolge dürfe der Gesetzgeber nur gegen «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche» Wettbe-

⁵ So schon in: MARINO BALDI/JÜRGEN BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW vom 9.4.1998, Heft 4, 343 ff.; zuletzt in MARINO BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht – Nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016, 315 ff. mit Hinweisen (zit. AJP 2016).

⁶ Etwa in den Fällen «Baubeschläge» (BVGer, B-8399/2010, 23.9.2014) und «Altimum» (BVGer, B-5685/2012, 17.12.2015); dazu MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff.; BALDI (FN 5), AJP 2016, 316 ff.

⁷ Vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft Kartellgesetz), Ziff. 231.4.

⁸ Vgl. Botschaft Kartellgesetz (FN 7), Ziff. 143 ff.; ferner MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20 Jahre und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP 2015, 1529 ff. (zit. AJP 2016).

⁹ Beispiel einer Ausgangslage für zulässige (erwünschte) Unternehmenskooperation: In der praktisch häufigen Marktkonstellation des *unvollständigen Oligopols* (wenige grosse und eine Anzahl kleinere Wettbewerber) kann eine enge betriebliche Kooperation kleinerer Unternehmen, die u.U. selbst Preis- und/oder Gebietsabreden umfasst, durchaus im Sinne des «wirksamen Wettbewerbs» sein, ja den Wettbewerb sogar stärken; vgl. auch Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit, ABI 2011/C 11 vom 14.1.2011.

werbsbeschränkungen vorgehen. Dieses Argument zäumt sozusagen das Pferd vom Schwanz her auf: Wettbewerbsabreden auf die genannten Wirkungen hin zu untersuchen, ist sehr wohl das Anliegen von Art. 5 KG, aber der Vorschrift als ganzer mit ihrem differenzierten Prüfungsraster – und doch nicht des Kriteriums der Erheblichkeit allein. Unabdingbar ist natürlich, dass die Vorschriften des Art. 5 KG richtig begriffen und angewandt werden.

Rechtsanwendung, die von einer diffus verstandenen Erheblichkeit ausgeht und erst noch einen liederlichen Umgang mit anderen zentralen Rechtsbegriffen zur Folge hat, kann der Wirtschaft niemals dienlich sein, schon weil solche Rechtsanwendung von hoher Rechtsunsicherheit geprägt ist. Diese Aussage weist verschiedene Aspekte auf, welche im Folgenden zu erörtern sein werden. Bereits an dieser Stelle sei indes betont, dass das GABA-Urteil, anders als dies viele behaupten, keine inhaltliche Verschärfung des Kartellgesetzes bedeutet. Bevor ich nun im Einzelnen auf die mutmasslichen Auswirkungen des GABA-Urteils zu sprechen komme, möchte ich noch kurz einen topaktuellen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vorstellen, welcher vom GABA-Urteil des Bundesgerichts inspiriert ist und dieses sinnvoll ergänzt.

III. Das Urteil des BVGer im Fall «Ticketcorner» als Ergänzung zu GABA

Die Diskussion zur «Erheblichkeit» wurde bisher vor allem im Hinblick auf Vertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz sowie (horizontale) Preisabreden geführt, also Vorkehren im Sinne der gesetzlichen Vermutungstatbestände. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Ticketcorner-Fall¹⁰ von Ende 2016 kann als Präzisierung zur Erheblichkeit bezüglich Fällen angesehen werden, in denen kein Vermutungstatbestand vorliegt. Nachstehend ein etwas vereinfachter Fallbeschrieb: Es geht um *Ticketing-Leistungen für Musikgrossanlässe* (Pop-Konzerte, Musicals usw.), das heisst um Anlässe, wie sie ausschliesslich in Hallen für Tausende von Zuhörern stattfinden. Dabei nimmt das Zürcher Hallenstadion aufgrund seiner Lage und Grösse (es fasst ca. 50 % mehr Zuschauer als die nächst grösseren Arenen) eine besondere Stellung ein. Viele Veranstalter bzw. Stars sind für ihre Events nur am Hallenstadion interessiert.¹¹

Anfang 2009 stellte die Firma *Eventim*, ein bedeutender Veranstalter von Grossanlässen im Musikbereich, bei der WEKO den Antrag, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Ticketing-Markt zu untersuchen. Eventim sei aufgrund eines Kooperationsvertrages mit Ausschliesslichkeitscharakter zwischen der AG Hallenstadion (AGH) und der Firma *Ticketcorner* (TC), dem mit Abstand grössten Anbieter von Ticketing-Dienstleistungen in der Schweiz, praktisch unentrinnbar den missbräuchlichen Geschäftspraktiken dieses Anbieters ausgesetzt. Das Sekretariat führte eine Vorabklärung durch, worauf die WEKO eine Untersuchung eröffnete. Inzwischen hatten kleinere Konkurrenten von Ticketcorner, nämlich die Firmen *Starkticket*, *Ticketportal* und *Ticketino* bei der WEKO beantragt, dem Verfahren als Parteien beizutreten. Diesem Begehren wurde stattgegeben. Andererseits zog *Eventim*, nachdem die Firma einen Aktienanteil von 50 % an TC erworben hatte, ihre Anzeige zurück.

In ihrer Verfügung von 2011 hielt die WEKO fest, dass weder ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung noch eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege. Da keines der «beklagten» Unternehmen (die AG Hallenstadion und Ticketcorner) auf dem jeweils relevanten Markt beherrschend sei, stelle ihr Exklusivvertrag auch *keine erhebliche Wettbewerbsabrede* dar. Das Bundesverwaltungsgericht fand indessen, die Vorinstanz habe sich u.a. bezüglich des Ticketing-Marktes auf eine *unzutreffende Marktabgrenzung* gestützt. Statt sachverhaltsbezogen auf den Anteil der pro Jahr für «Mega-Bühnenshows» verkauften Tickets abzustellen, habe die WEKO sämtliche pro Jahr in der Schweiz verkauften Tickets, einschliesslich z.B. Tickets für Verkehrsleistungen, als Bezugsgrösse genommen und sei so auf einen *Marktanteil von TC* von weniger als 10 % gekommen, statt eines Anteils von gegen 90 % bei der in der Sache gebotenen Einengung des Marktes auf Tickets für *Mega-Bühnenshows*; gemessen an sämtlichen in einem Jahr verkauften *Event-Tickets* ergab sich für den Marktführer ein Anteil von 60–70 %.

Bezüglich *Erheblichkeit* des Kooperationsvertrages befasste sich das Bundesverwaltungsgericht zentral mit der Frage, ob eine qualitativ so massive Wettbewerbsbeeinträchtigung, wie sie die fragliche Vereinbarung darstellt, nicht an und für sich schon erheblich sei. Die AG Hallenstadion hatte sich im Vertrag mit TC u.a. verpflichtet, sämtlichen Mietern des Stadions für Bühnenshows die Verpflichtung zu überbürden, jeweils 50 % der Tickets über TC zu vertreiben, was praktisch dazu führte, dass TC fast immer der ganze Ticketvertrieb übertragen wurde. Damit sollten ganz offensichtlich andere Ticketing-Anbieter vom Markt ferngehalten werden. Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Wesentlichen fest, bei

¹⁰ BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016, in: RPW 2016/4, 1085. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Der Autor ist bei Prager Dreifuss AG, die in den Fall involviert ist, als Konsulent tätig.

¹¹ Vgl. BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016, E. 222, wonach es ganz offensichtlich an alternativen Veranstaltungsorten fehlt; auch daselbst E. 207.

Wettbewerbsabreden, die auf Marktausschluss von Drittunternehmen zielten, könne es im Hinblick auf die Erheblichkeit nicht auf ein «Erbsenzählen» bei den Marktanteilen angekommen. Mit anderen Worten: Es genüge grundsätzlich die «qualitative» Erheblichkeit, unabhängig davon, ob ein gesetzlicher Vermutungstatbestand vorliege oder nicht.¹²

Damit folgte das Bundesverwaltungsgericht ganz der Logik des GABA-Urteils des Bundesgerichts.¹³ Die Entwicklung im Ticketing-Markt in den fünf Jahren, die auf die WEKO-Verfügung folgten, unterstreicht die praktische Bedeutung dieser Logik. Die tatsächlichen Geschehnisse im Markt widerspiegeln die Dramatik des Überlebenskampfes von KMU, die den Verdrängungsstrategien eines marktmächtigen Konkurrenten ausgesetzt sind (neben der Vereinbarung mit der AGH schloss TC weitere Verträge mit marktausschliessendem Charakter) und nicht auf behördlichen Beistand hoffen können. Die fraglichen Startups sind denn auch inzwischen allesamt vom Marktführer aufgekauft worden.¹⁴ Die Haltung der WEKO, die ihrem «Persilschein» für TC einen inadäquaten Erheblichkeitsbegriff zugrunde gelegt hatte und – gestützt darauf – von einer Intervention absah, dürfte den Konzentrationsprozess gefördert haben. Die ganze Entwicklung ist kaum im Interesse der Allgemeinheit.¹⁵

In den folgenden Abschnitten sollen die – für die Unternehmen als Rechtsunterworfenen grundsätzlich positiven – Auswirkungen einer Rechtsanwendung zur Darstellung gelangen, wie sie sich bei korrekter Umsetzung der GABA-Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben dürften.

IV. Folgen des GABA-Urteils und erforderliche Massnahmen

A. Folge I: Sachgerechte Prüfmethodik

Nicht wenige Journalisten, Anwälte, Ökonomen und Politiker glaubten, das GABA-Urteil des Bundesgerichts als «kalte» Verschärfung des Kartellgesetzes darstellen zu müssen. Sie sprachen z.B. von der Einführung von *per se*-Verboten im Schweizer Recht, wo doch unser Land verfassungsrechtlich dem so genannten Missbrauchsprinzip verpflichtet sei. Überdies habe das Parlament erst im Jahr 2014 einen Vorschlag des Bundesrates für eine Teilrevision des Gesetzes, welche u.a. die Einführung von Teilkartellverboten vorsah, abgelehnt.

Solche Aussagen beruhen auf kapitalen Missverständnissen.¹⁶ Die Begriffe Verbots- und Missbrauchsgesetz sind für die Charakterisierung moderner Kartellrechtserlasse untauglich. Das wurde in neuerer Zeit von mehreren Autoren einlässlich dargelegt.¹⁷ Auch sonst ist keine materielle Verschärfung des Gesetzes in das GABA-Urteil hineinzulesen. Das Urteil bestätigt im Wesentlichen die Darlegungen des Bundesrates in der Botschaft zum Gesetzesvorschlag von 1994.¹⁸ Von einer Neuorientierung des Gesetzes kann keine Rede sein. Dessen materieller Gehalt, was die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Abreden betrifft, wird rechtlich durch Art. 5 Abs. 2 KG bzw. die korrekte Auslegung dieser Vorschrift bestimmt.

Das GABA-Urteil ist, was die Erheblichkeit angeht, von *methodischer Natur*. Es klärt, dass die vertiefte Prüfung der materiellen Wirkungen einer Wettbewerbsabrede nicht eine Frage der Erheblichkeit, sondern Gegenstand der Effizienzprüfung ist. Unter der Prüfung der materiellen Wirkungen einer Abrede ist das oft nur im konkreten Fall mögliche Urteil darüber zu verstehen, ob eine formale Beschränkung der marktbezogenen Handlungsfreiheit objektiv geeignet ist, die (langfristige) Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu beeinträchtigen. Diese Differenzierung hat im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu erfolgen und nicht nach diffusen, von Gesetzesinterpreten *ad hoc* aus der Verfassung abgeleiteten und damit willkürlichen Kriterien unter dem Titel der Erheblichkeit.¹⁹ Mit anderen Worten: Die Art. 5 Abs. 1 und 5 Abs. 2 KG sind materi-

¹² Abgesehen von *problematischen Wettbewerbsabreden*, stellte das Gericht auch marktmissbräuchliche Verhaltensweisen fest, die hier aber nicht weiter interessieren; vgl. BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016, E. 442.

¹³ Gemäss den Feststellungen des Bundesgerichts bedarf es bei eindeutiger qualitativer Erheblichkeit kaum des quantitativen Elements, BGer, 2C_180/2014, 28.6.2016, E. 5.2.2.

¹⁴ Dazu folgende Details: 2009 waren drei kleinere Unternehmen – eigentliche Startups – die «Störenfriede» auf dem Markt für Event-Ticketing, indem sie das Ticketing zu tieferen Preisen anboten als der Marktführer. Letzterer versuchte deshalb, mit Hilfe von Exklusivverträgen (jener mit der AGH blieb nicht der einzige) sich die Störenfriede vom Leib zu halten. Dies mit Erfolg: In den vergangenen acht Jahren wurden vorerst die Nr. 3 und 4 auf dem Markt von der Nr. 2 und schliesslich – im Jahr 2016 – die Nr. 2 von der Nr. 1, das heisst von TC, aufgekauft. Damit verbleibt im betreffenden Markt, vobehältlich eines allfälligen Fusionsverbots der WEKO, ein einziger Anbieter. Eine vertiefte Prüfung ist z.Zt. (April 2017) im Gang.

¹⁵ Vgl. AUREL JÖRG, Bleibt nur ein Ticket-Riese übrig?, NZZ vom 14.2.2017, 24.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden auch die Ausführungen des Bundesgerichts in BGer, 2C_180/2014, 28.6.2016, *passim*.

¹⁷ Vgl. zuletzt namentlich ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck im Kartellrecht, ZSR Band 135 (2016) I, Heft 5, 431 ff. (445 ff.).

¹⁸ Botschaft Kartellgesetz (FN 7), Ziff. 231.4.

¹⁹ Eingehender BALDI (FN 5), AJP 2016, 315 ff.

ell ein Ganzes und insgesamt Ausdruck des im modernen Kartellrecht typischen *Zusammenwirkens von form- und wirkungsbasierten Beurteilungskriterien*.²⁰ Es geht im Grunde um die Beurteilung derselben Frage, die sich im US-Antitrust im Spannungsfeld zwischen Kartellverbot und *Rule of Reason* und im EU-Recht in jenem zwischen Verbotsnorm und Freistellungsklausel bewegt.

Die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Prüfmethodik für Abreden ist *grundlegend* im Hinblick die *Rechtssicherheit* und *Voraussehbarkeit* behördlicher Entscheide. Sie ist somit auch im Interesse der Unternehmen. Da das KG sinnvoll nur kontextbezogen, das heisst im Wege der praktischen Rechtsanwendung konkretisiert werden kann, ist eine strikte Befolgung der im Gesetz vorgesehenen stufenweisen Prüfung von Abreden essenziell. Wird die Struktur des Gesetzes nicht sachgemäss in Rechnung gestellt, kann sich eine wettbewerbspolitisch stimmige Konkretisierung der Normen nicht ergeben. Hier liegt das *entscheidende Problem* der bisher diffusen, implizit nicht selten Aspekte der Effizienzprüfung und der Vermutungswiderlegung vorwegnehmenden Auslegung der Erheblichkeit. Dies mit der Folge, dass Art. 5 Abs. 2 KG in der Praxis vielfach in einen wirtschaftspolitischen Kontext gebracht und als Basis einer *politischen Rechtfertigung materieller Wettbewerbsbeschränkungen* gesehen wurde. Eine derartige Sichtweise wollte der Gesetzgeber indes mit dem KG 95 gerade vermeiden.²¹

Die Interpretation der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist also durch die Gesetzessystematik massgeblich vorgeprägt. Der Gesetzgeber wollte mit dem KG 95 entschieden weg von einer politisch motivierten Kartellrechtfertigung, was sich ganz konkret in der Auslagerung *politischer* Rechtfertigungsgründe in den Art. 8 KG (ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat) niedergeschlagen hat. In Art. 5 Abs. 2 KG wird vor allem auch klar statuiert, dass die dort genannten Effizienzkriterien *nur* insofern rechtfertigenden Charakter haben, *als in concreto jeweils «wirksamer Wettbewerb» erhalten bleibt*. Die Schranke der unbedingten Erhaltung wirksamen Wettbewerbs ist für das Verständnis der ganzen «Mechanik» von Art. 5 KG von zentraler Bedeutung. Sie verdeutlicht auch, dass dem Effizienzvorbehalt im schweizerischen Kartellartikel die gleiche wettbewerbspolitische Funktion zukommt wie im EU-Recht der so

genannten Freistellungsklausel (Art. 101 Abs. 3 AEUV²²) zum allgemeinen Kartellverbot.

B. Folge II: Ermöglichung klarer Konkretisierungserlasse

Die erwähnten systemischen Gegebenheiten machen es erst möglich, sekundärrechtliche EU-Regeln (z.B. GFVO) zum Vorbild für schweizerische Konkretisierungserlasse («Bekanntmachungen») zu nehmen. Solche Erlasse bedeuten für die Unternehmen *Rechtsicherheit*. Sie waren übrigens schon bei der Schaffung des Gesetzes ein erstrangiges Anliegen der Wirtschaft.²³ Es war damals eindrücklich zu sehen, wie gut sich schweizerische Manager von multinationalen Gesellschaften in den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen auskannten. Ohne die erwähnten Vorbilder des EU-Rechts ginge es bei uns noch Jahrzehnte, bis wir in ausreichendem Masse rechtssichere Regeln hätten. Wir könnten übrigens heute mit Konkretisierungserlassen schon deutlich weiter sein, wenn wir mit der Erheblichkeitsdiskussion nicht unnötig viel Zeit verloren hätten. Aber schauen wir vorwärts: Die WEKO sollte nach dem GABA-Urteil den Erlass insbesondere der folgenden sekundärrechtlichen Akte erwägen:

- eine «Bagatellbekanntmachung», welche nach dem Vorbild der De-minimis-Regelung der EU-Kommission klärt, unter welchen Voraussetzungen die «Erheblichkeit» einer Wettbewerbsabrede im Regelfall verneint werden kann;²⁴
- eine Bekanntmachung über horizontale Kooperationsabreden, ebenfalls nach dem Muster des einschlägigen Erlasses der EU-Kommission sowie mit ausdrücklichem Verweis auf die Leitlinien der EU-Kommission zur Beurteilung solcher Abreden;²⁵
- eine Korrektur der Vertikalbekanntmachung von 2010, da deren Begriff der Erheblichkeit – im Unterschied

²⁰ Dazu auch HEINEMANN (FN 17), 453 f.

²¹ Vertiefend BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 1535 ff.; siehe ferner HEINEMANN (FN 17), 454: Kartelle sind im KG 95 «grundsätzlich kein legitimes Mittel zur Ordnung der Wirtschaft mehr».

²² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 1. Dezember 2009, ABl 2012/C 326/01 v. 26.10.2012 S. 1–390.

²³ Vgl. Botschaft Kartellgesetz (FN 7), Ziff. 213.3 *in fine* (Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden).

²⁴ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl 2014/C291 v. 30.8.2014. Eine solche Bekanntmachung führt zu einer begrenzten Selbstbindung der Behörde im «Aufgreif-Ermessen»; vgl. für das EU-Recht ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. A., München 2014, § 11 N 75, m.w.H.

²⁵ Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit, ABl 2011/C 11 v. 14.1.2011.

zur Version von 2007 – jenem des Bundesgerichts entgegensteht; auch hier empfiehlt sich ein Verweis auf die Beurteilungsleitlinien der EU-Kommission.²⁶

Hier drängen sich ein paar grundsätzliche Gedanken zur *einzelfallweisen Effizienzprüfung* nach Art. 5 Abs. 2 KG auf. Im Sinne einer guten Verwaltungsführung hat die WEKO die Frage des Vorliegens von Effizienzgründen konstruktiv und nicht mit Formulierungen bzw. einer Gestik des Abwimmels anzugehen. Bei der Effizienzprüfung geht es nicht um die Rechtfertigung grundsätzlich schlechter Abreden. Vielmehr bringt diese Prüfung die *Ambivalenz gewisser kartellrechtlicher Sachverhalte* zum Ausdruck. Mit anderen Worten: Ein Sachverhalt, der die richtig verstandene Erheblichkeitsschwelle überschreitet, hat zunächst überhaupt nichts Anrühiges an sich. Die Behörden können sich folglich nicht einfach in der Manier eines Zivilrichters darauf beschränken, bloss die Argumente zu prüfen, welche die Unternehmen selbst vorbringen. Tatsächlich fallen die Begründungen der WEKO für das angebliche Fehlen von Effizienzgründen meistens ausgesprochen kursorisch aus. Dies ist schon in grundsätzlich wettbewerbspolitischer Hinsicht verfehlt, da über eine richtig gehandhabte Effizienzprüfung auch eine *dynamische Sichtweise* in die Beurteilung der Wirkungen einer Wettbewerbspraktik einzufließen hat.

Fazit: Dem klaren Verdikt des Bundesgerichts in seinem GABA-Urteil kommt das Verdienst zu, indirekt die materielle Vergleichbarkeit des KG mit dem EU-Recht bestätigt und so die Nutzungsmöglichkeit von EU-Vorlagen für unsere innerschweizerischen Zwecke gefördert zu haben. Die Schweiz könnte innert nützlicher Frist niemals selbst genügend Einzelentscheide als Grundlage für einigermassen rechtssichere generelle Erlasse produzieren. Ferner verbessert das fragliche Urteil in entscheidender Weise den argumentativen Zugang zu den *Möglichkeiten einzelfallweiser Effizienzrechtfertigung*. Diesen Zugang hat die WEKO – und dadurch bedingt weitgehend auch die Anwaltschaft – bisher noch nicht wirklich gefunden.²⁷

C. Folge III: Korrektur von Fehlinterpretationen

Die vom Bundesgericht in einem wichtigen Punkt wieder ins Lot gebrachte Gesetzesinterpretation reicht für eine

stimmige Wettbewerbspolitik nicht aus, wenn die WEKO nicht auch gewisse Falschinterpretationen, die sie sich über die Jahre angeeignet hat, korrigiert. Wie gross die Gefahr von Falschinterpretationen des Gesetzes ist, zeigt etwa der Vergleich der Vertikalbekanntmachungen 2007 und 2010. Hierauf wie auch auf einige andere Punkte, bei denen die WEKO zumindest gefährlich nahe am «Abgrund» steht, sei nachfolgend kurz eingegangen:

(1) In der Vertikalbekanntmachung von 2007 interpretierte die WEKO die Erheblichkeit grundsätzlich so, wie dies nun im GABA-Fall das Bundesgericht getan hat. Im betreffenden Erlass von 2010, der auch heute noch gilt, ging die Behörde dann zur weitschweifigen, also falschen Version über (zusätzlich zur qualitativen Erheblichkeit sei auch eine namhafte quantitative Einwirkung auf den Wettbewerb nachzuweisen). Man habe mit dieser Änderung, so erklärte damals ein WEKO-Exponent, der Idee des «more economic approach» Rechnung tragen wollen. Eine solche Logik offenbart eine für ein Mitglied der Wettbewerbsbehörde geradezu tragische Verkennung der Gesetzessystematik. Die Prüfung der materiellen Einwirkung einer Abrede auf den Wettbewerb kann sinnvollerweise nicht im Rahmen des Aufgreifkriteriums «Erheblichkeit» stattfinden, sondern hat in Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG (Effizienzprüfung sowie Frage nach der Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs») zu erfolgen.

(2) Eine handfeste Falschinterpretation des GABA-Urteils durch das WEKO-Sekretariat ist vor allem auch die folgende: In Verhandlungen über sogenannte Einvernehmliche Regelungen (EVR) werden neuerdings Unternehmen mit dem Argument unter Druck gesetzt, konkrete Wirkungen müssten gemäss dem GABA-Urteil des Bundesgerichts nicht mehr nachgewiesen werden, damit die Behörde ein (sanktionsbewehrtes) Verbot aussprechen könne. Deshalb sei es wohl im Interesse der betroffenen Unternehmen, dem Vorschlag des Sekretariats für eine EVR zu folgen. Dabei wird übersehen, dass sich der fragliche Entscheid des Bundesgerichts nur auf die Erheblichkeit bezieht und nicht auch auf die Frage, ob tatsächlich wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. In der letzteren Hinsicht besteht zwar eine Vermutung, doch ist diese lediglich von beweisrechtlicher Natur.²⁸ Im Rahmen einer Vermutungswiderlegung können Wirkungen – besonders auch solche im Sinne des objektiven Wirkungspotenzials – durchaus entscheidend sein.

²⁶ Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen vom 20. April 2010, ABl 2010/C 130/01 v. 19.5.2010.

²⁷ Dies äussert sich auch darin, dass bisherige Rechtschriften zur Beurteilung von Abreden den Ausführungen zur Erheblichkeit jeweils unendlich viel mehr Raum gaben als den Ausführungen zur Effizienzrechtfertigung (vielleicht 20 mal mehr!).

²⁸ Vgl. zur Funktion der Vermutungstatbestände im System des schweizerischen Kartellrechts BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 1533.

(3) Ein weiteres Missverständnis ist methodischer Art, hat aber nicht geringe materielle Relevanz: Die WEKO geht bei der Prüfung einer Abrede i.d.R. zuerst der Frage nach, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. Im Falle einer (vermeintlich) erfolgreichen Widerlegung der Vermutung wird dann regelmässig auch die Erheblichkeit der Abrede verneint, so wie jüngst in der Sache «Ticketcorner». Der Fall zeigt, wie das Vorgehen der WEKO zur unseligen Vermischung der Marktmachtfrage mit der Erheblichkeit und letztlich zur irrigen Interpretation der Erheblichkeit führt. Korrekterweise wäre zuerst die Erheblichkeit nach vorwiegend formalen Kriterien zu klären,²⁹ wonach dann die Frage der Vermutungswiderlegung bei Art. 5 Abs. 2 KG zum Thema würde. Dies schliesst nicht aus, dass in «klaren Fällen» (z.B. bei nackten Preisabreden) aus praktischen Gründen mit der Vermutungsfrage begonnen wird. Grundsätzlich aber ist die Effizienzfrage mit jener nach dem «wirksamen Wettbewerb» untrennbar verknüpft.³⁰

D. Folge IV: Abbau von Schwammigkeit und Willkür

Die Fehlinterpretation des Erheblichkeitsmerkmals und als Folge davon die schwammige Auslegung anderer Rechtsbegriffe haben in der Vergangenheit zu Tendenzen der Willkür in der Handhabung des Gesetzes geführt. Dies soll anhand eines Beispiels erklärt werden, das auf einem realen Fall basiert, hier jedoch vereinfacht und anonymisiert dargestellt wird:

Man stelle sich einen Markt mit acht Anbietern auf Grosshandelsstufe – etwa im Bereich von Velozubehör – vor. Dabei verfüge der grösste Anbieter über einen Marktanteil von 50%, die nächsten drei von zusammen 30%. Der Rest verteile sich auf die verbleibenden vier Anbieter. Nun trifft sich die Nr. 1 mit den Nr. 2 bis 4, um diesen einen koordinierten Preisaufschlag von 10% auf den Produktesortimenten vorzuschlagen. Das Treffen geht ohne Einigung zu Ende, da neben dem Initianten nur einer der Grossisten sich zum angeregten Preisaufschlag bereit erklären mag. In der Folge findet auch *de facto* keine parallele Preisanhebung statt. Da das Ganze in eine Zeit fällt, in der die WEKO mit hohen Bussen für Preisabreden von sich reden macht, begibt sich der Anstifter zur Behörde,

um ihr das von ihm veranlasste – aber letzten Endes nicht erfolgreiche – Treffen mit den Konkurrenten anzuzeigen und so gegebenenfalls Bussenbefreiung zu erwirken.

Die WEKO stützt ihre Untersuchung vorab auf Aussagen des Whistleblowers. Sie glaubt, mit der angeblichen Preisabrede über einen direkt sanktionierbaren – und politisch ergiebigen – Fall zu verfügen. Am Ende belegt sie die Anbieter Nr. 2–4 mit zwar nicht massiven, aber doch fühlbaren Bussen. Die Gebüssten legen Beschwerde ein: Der erste argumentiert, es liege effektiv gar keine Abrede vor; der zweite wendet ein, die Abrede sei nicht erheblich, da keine konkreten Auswirkungen nachweisbar seien; der dritte verneint das Vorliegen eines Vermutungstatbestandes, da auf jeden Fall – trotz der angeblichen Abrede – noch wirksamer Wettbewerb herrsche. Das Bundesverwaltungsgericht geht allen diesen Einwänden ein Stück weit nach, aber nicht wirklich bis zur Klärung. Der Sachverhalt bleibt somit unklar. Auf dieser Basis und im Blick auf den Grundsatz *in dubio pro reo* kommt es für das Gericht kaum in Frage, den Bussenentscheid der WEKO aufrechtzuerhalten. Da hat es die Idee, den Fall – mit wahrlich eigenwilliger Begründung – als *nicht erheblich* zu erklären und den WEKO-Entscheid zu kassieren.

Im Ergebnis ist der Entscheid nachvollziehbar, aber nicht in der Begründung.³¹ Wie schon die WEKO hat auch das Bundesverwaltungsgericht die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale (vorab das Vorliegen einer *Preisabrede*) nicht sauber geklärt. Diese Unterlassung mochte wegen der vermeintlich offenen – und breiten – «Hintertür» der Erheblichkeit tolerabel erscheinen. Doch kann auf diese Weise natürlich keine Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe stattfinden. Würde solche Rechtsanwendung Schule machen, so käme die Schweiz in ihrer Wettbewerbspolitik nie auf ein akzeptables Mass an Rechtssicherheit. Zum Glück hat nun das Bundesgericht solcher Praxis «den Riegel geschoben». Indem das Gericht das Kriterium der Erheblichkeit auf die richtigen Dimensionen zurückgeführt, das heisst ihm den *Charakter eines beliebig dehnbaren Merkmals* genommen hat, wird sich der Schwerpunkt der Beurteilung von Abreden von selbst auf andere Tatbestandselemente verlagern. Damit drängt sich auch deren saubere begriffliche Klärung auf.

Solche Klärung tut vor allem im Blick auf die *Direkt-sanktionen* not. Bei der Teilrevision des KG 2003 mit dem primären Zweck, direkte Sanktionen einzuführen, hat der Gesetzgeber bezüglich Abreden eine im internationalen Vergleich spezielle Regelung gewählt. Im Hinblick auf

²⁹ Das Erheblichkeitsmerkmal hat gemäss BGer die Funktion eines *Aufgreifkriteriums*, womit es logischerweise der eigentlichen materiellen Prüfung vorgeht bzw. ausserhalb dieser steht; BGer, 2C_180/2014, 28.6.2016, E. 5.1.3.

³⁰ Eine Wettbewerbsabrede kann i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG niemals effizient sein, wenn auf dem betreffenden Markt nicht «wirksamer Wettbewerb» garantiert ist; dazu ausführlich BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 1529 (bes. 1533 u. 1537).

³¹ Wenn im unterstellten Fall eine Preisabrede vorgelegen hat (was das BVGer annahm), so hätte sie nicht – wie dies jetzt das BGer klargestellt hat – als unerheblich qualifiziert werden dürfen.

das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot sollten Kartellsachverhalte nur insofern direkten Sanktionen ausgesetzt werden, als sie *klaren gesetzlichen Tatbeständen* entsprechen.³² 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. Die neue Funktion, die den Vermutungstatbeständen dadurch zugewachsen ist, hat Konsequenzen für die Rechtsauslegung. Das im Hinblick auf den strafrechtsähnlichen Charakter der Direktsanktionen anwendbare Bestimmtheitsgebot steht einer dehnenden (wilden) Interpretation der Vermutungstatbestände, zu der die WEKO oftmals neigt, klar entgegen.³³

Einschränkung mit Rücksicht auf das *strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*. Die WEKO neigt hier zu falscher «Grosszügigkeit». Hier zum Rechten zu sehen, ist die Aufgabe guter Anwälte – und letztlich guter Richter.

V. Schlussbemerkungen

Die in Wirtschaftskreisen verbreitete Angst, die Anwendung des Kartellgesetzes laufe nach dem GABA-Urteil des Bundesgerichts auf *per se*-Verbote hinaus, ist nicht begründet. Die Bedeutung des GABA-Urteils ist *methodischer Natur*. Das Verdikt verbessert die Situation der Wirtschaft. Die vertiefte ökonomische Beurteilung von Abreden wird an den Ort verlagert, wo sie hingehört und – anders als unter einer willkürlich gehandhabten Erheblichkeit – gemäss gesetzlichen Kriterien durchgeführt werden kann. Vor allem ist hinfort auch eine *dynamische Sicht der Dinge* angesagt, welche bei der bisherigen Vorgehensweise meistens fehlte.

Der WEKO und ihrem Sekretariat ist genau auf die Finger zu schauen. Behauptungen wie jene, dass es gemäss GABA-Urteil des Bundesgerichts bei Vermutungstatbeständen überhaupt nicht mehr auf die Wirkungen ankomme, sind entschieden zurückzuweisen. Sodann ist auf eine präzise Definition der Vermutungstatbestände zu achten. Nur diese können direkte Sanktionen nach sich ziehen. Der Gesetzgeber entschied sich für diese

³² So ist z.B. nicht jede Wettbewerbsabrede, die sich irgendwie auf den Preis bezieht, eine Preisabrede im Sinne der gesetzlichen Vermutungstatbestände. In seiner Botschaft führt der Bundesrat bei der Erörterung der Ziele der Gesetzesrevision aus, dass von der vorgesehenen Regelung «nur die krassen Fälle» von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen seien und dass die Tragweite der betreffenden Verhaltensweisen «ohne weiteres erkennbar sei»; vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff., 2041, Ziff. 2.1.8.

³³ Eingehend dazu BALDI (FN 5), AJP 2016, 316 f.; 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, Festschrift zum 70. Geburtstag von Bernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 737 ff.