



Zur «Grundsätzlichkeit» der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW

Die WEKO im Widerspruch zu «Lausanne» und informierter Sachlogik

MARINO BALDI*

Gemäss den Urteilen GABA und BMW handelt es sich beim Merkmal der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG um eine Bagatellklausel. Die Erheblichkeit könne sich auch aufgrund des Gegenstandes einer Wettbewerbsabrede ergeben. Eine materiell-rechtliche Beurteilung der Wettbewerbsabreden erfolge erst in Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG. Gesetzliche Vermutungstatbestände, wie sie das Gericht konkret zu beurteilen hatte, seien grundsätzlich erheblich. Für die WEKO betreffen die allgemeinen Feststellungen des Bundesgerichts zur Erheblichkeit nur die gesetzlichen Vermutungstatbestände, nicht aber die Prüfung des Normelements als solches. Dies hätte zur Folge, dass auch künftig die Erheblichkeit vieler Abreden von aufwendigen Marktuntersuchungen abhänge, obgleich sie gegebenenfalls schon in ihrem Inhalt als klar erheblich erscheinen. Dies kann nicht der Sinn des höchstrichterlichen Diktums sein.

Selon les arrêts GABA et BMW, l'exigence d'une affectation notable prévue à l'art. 5 al. 1 LCart constitue une clause bagatelle. Selon les juges, la notabilité peut également découler de l'objet d'un accord en matière de concurrence. Une appréciation des accords sous l'angle du droit matériel n'intervient qu'en application de l'art. 5 al. 2 LCart. Les états de fait couverts par une présomption légale, comme ceux que le tribunal avait à juger concrètement, sont en principe notables. Pour la COMCO, les constatations générales du Tribunal fédéral relatives au caractère de notabilité ne concernent que les présomptions légales, mais pas l'examen de l'élément normatif en tant que tel. Cela aurait pour conséquence que la notabilité de nombreux accords dépendrait, également à l'avenir, de recherches de marché étendues, alors qu'ils pourraient, le cas échéant, déjà apparaître comme étant clairement notables de par leur contenu. Tel ne saurait être le sens voulu par le jugement de la Haute Cour.

Inhaltsübersicht

- I. Themenstellung
- II. Wirksamer Wettbewerb als Schutzobjekt modernen Kartellrechts
- III. Schweizerische und unionsrechtliche Prüfmethodik im Vergleich
 - A. Zum Schweizer Recht
 - B. Zum Unionsrecht
- IV. Die «kopernikanische Wende» in der Wettbewerbstheorie
 - A. Neuere wettbewerbstheoretische Entwicklungen
 - B. Wettbewerbstheorie und kartellrechtliche Terminologie
- V. Die schwierige Abkehr von einer tiefsitzenden Irrlehre
 - A. Rückblick auf den Schlingerkurs der WEKO
 - B. Die Bundesgerichtsurteile in den Fällen GABA und BMW
- VI. Unentwegt eigenwilliges Verständnis der Erheblichkeit durch die WEKO
 - A. Die Grundposition der WEKO und ihre Widerlegung
 - B. Nicht überzeugende Zusatzargumente von WEKO-Seite
- VII. Fazit: Neubesinnung tut Not, zumal in Anbetracht der Digitalisierung
- VIII. Schluss

I. Themenstellung

Moderne Kartellgesetze beinhalten in der Regel eine «Bagatellklausel». In Anbetracht der aufwändigen Natur kartellrechtlicher Untersuchungen und beschränkter behördlicher Ressourcen ist vorerst aufgrund kursorischer

Erwägungen zu fragen, ob ein bestimmter Fall überhaupt vertieft untersucht werden soll. Dementsprechend ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG¹ zu entscheiden, ob eine Abrede im Hinblick auf ihre Wirkungen beziehungsweise die öffentlichen Interessen «erheblich» ist. Eine solche Vorschrift – auch «De-minimis-Regel» genannt – ist keineswegs ein schweizerisches Spezifikum. Es erstaunt daher, dass viele für die helvetische Spielart eine besondere Auslegung fordern. Das Merkmal der Erheblichkeit bezwecke nicht nur die Aussonderung von Bagatellfällen, sondern sei «Kernthema der materiell-rechtlichen Prüfung» eines Sachverhalts. Zu dieser Auffassung tendieren – zeitweise mit leicht relativierenden Nuancen – seit langem auch die WEKO und deren Sekretariat.

Das Bundesgericht hat sich im GABA-Fall² – und in der Folge auch im BMW-Fall³ – klar für die erstgenannte Alternative entschieden.⁴ Das Merkmal der Erheblichkeit habe die Funktion einer Bagatellklausel. Die Klausel schaffe – ganz im Sinne der Intentionen des Gesetzgebers – die Möglichkeit, Fälle von bloss geringfügiger Bedeutung auszusondern. Die Wettbewerbspolitik solle sich so auf wichtige Fälle konzentrieren können. Und damit das

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

² BGer, 2C_180/2014, 28.6.2016.

³ BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017.

⁴ Im Grundsatz bestätigt wurde diese auch in BGer, 2C_1016/2014, 9.10.2017, und BGer, 2C_1017/2014, 9.10.2017 (Baubeschläge).

Tatbestandsmerkmal dieser Funktion gerecht werde, sei es essentiell, die «Bagatellschwelle» niedrig und das diesbezügliche Kriterium einfach zu halten. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede könne sich vor allem auch aus deren Gegenstand ergeben, es genügen somit *potenzielle Marktwirkungen*. Entsprechend seien Sachverhalte, die einer Schädlichkeitsvermutung des Gesetzes zugeordnet werden können, *grundsätzlich erheblich*. Ob eine erhebliche Abrede unzulässig sei, zeige erst die Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG.

Der GABA- und der BMW-Fall betrafen Vertikalabreden mit absolutem Gebietsschutz. In beiden Fällen entsprachen die Abreden einem der in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Vermutungstatbestände. Für das Bundesgericht – wie zuvor schon für die Vorinstanz – war damit klar, dass die Sachverhalte «erheblich» waren; dass sie überdies auch die Effizienzprüfung nicht bestanden, sei erwähnt, interessiert hier aber nicht weiter. Von Interesse ist vorliegend, wie das Merkmal der «Erheblichkeit» zu handhaben ist. Diese Frage – bei der es um die «innere Architektur» von Art. 5 KG und dessen wettbewerbspolitischen Gehalt geht – wird nicht zuletzt in Kreisen der WEKO und ihres Sekretariats offensichtlich nicht im Sinne des Bundesgerichts beantwortet. Man zeigt sich zwar zufrieden, dass das Bundesgericht wie schon die Vorinstanz entschieden hat, dass Vermutungstatbestände grundsätzlich erheblich sind, findet aber, dass darüber hinaus die Handhabung der Erheblichkeit durch das Urteil nicht betroffen ist.

Diese Auffassung kommt in der kürzlich aufgrund des GABA-Urteils revidierten Bekanntmachung 2010 über Vertikalabreden zum Ausdruck.⁵ Sie wird im Gespräch von Exponenten der WEKO und ihres Sekretariats bestätigt. *Dabei wird argumentiert, die allgemeinen Feststellungen des Bundesgerichts zur «erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung» betreffen nur die gesetzlichen Vermutungstatbestände, nicht aber die Erheblichkeitsprüfung als solche.* Dies bedeutet praktisch, dass ausserhalb der Vermutungstatbestände im Regelfall aufwändige Marktuntersuchungen für nötig erachtet werden, auch wenn der Inhalt der Abrede klar auf Erheblichkeit hindeutet. Begründet wird diese Position mit Passagen aus dem Urteil selbst, wobei jedoch die grösseren Zusammenhänge vernachlässigt, das heisst entscheidende teleologische und systematische Gesichtspunkte ausser Acht gelassen werden.

⁵ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), Stand am 22. Mai 2017, BBl 2017 4543 ff. (zit. Vertikalbekanntmachung).

II. Wirksamer Wettbewerb als Schutzobjekt modernen Kartellrechts

Das eigenwillige Verständnis des Merkmals der «Erheblichkeit» in Art. 5 Abs. 1 KG, an dem die WEKO auch nach den Entscheiden GABA und BMW des Bundesgerichts festzuhalten scheint, dürfte mit inadäquaten Vorstellungen bezüglich Schutzobjekt und Methodik moderner Wettbewerbspolitik zu tun haben. Heutige Kartellgesetze, einschliesslich des KG 95, sind dem *Schutz des Wettbewerbs als solchem* verpflichtet. Von einer Instrumentalisierung des Wettbewerbs wird abgesehen. Es geht also weder um ad hoc auf politische Ziele ausgerichtete Massnahmen (wie etwa bei der früheren «Saldomethode»), noch um ein Eingreifen des Staates zu Gunsten eines gewillkürt-optimalen Wettbewerbs, wie dies manche Ökonomen meinen. Moderne Wettbewerbspolitik ist prozessorientiert und ergebnisoffen. Sie will dafür sorgen, dass sich auf den Märkten «wirksamer Wettbewerb» ergeben kann – nicht mehr, aber auch nicht weniger.⁶

Konkretes Schutzobjekt des KG 95 ist der so genannte «wirksame Wettbewerb».⁷ Der Begriff verweist auf den realen Wettbewerb als *dynamischen Prozess*. Solcher Wettbewerb nimmt bald diese, bald jene Form an, spielt bald so, bald anders, und lässt sich entsprechend in einem allgemeinen (wirtschaftswissenschaftlichen) Modell nicht einfangen. Rechtlich klar umschreiben lässt sich realer Wettbewerb nur in einem formalen Sinne: als *«Freiheit zum Wettbewerb»*. Hier knüpfen Kartellgesetze denn auch regelmässig an: Wird die marktbezogene Handlungsfreiheit durch Abrede in nicht bloss geringfügiger (und auf dem Markt spürbaren) Weise eingeschränkt, so liegt im formalen Sinne eine «erhebliche», das heisst vertieft zu untersuchende Wettbewerbsbeschränkung vor.⁸ Aus Sicht

⁶ Vgl. dazu die Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff., insb. Ziff. 141 ff. (zit. Botschaft 1994); ferner: MARINO BALDI, Zur Philosophie des neuen Kartellgesetzes, in: Mario A. Corti/Peter Ziegler (Hrsg.), Diplomatische Negotiation, Festschrift für Franz A. Blankart zum 60. Geburtstag, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 349 ff., 351 f. (zit. BALDI, Philosophie).

⁷ Vgl. Botschaft 1994 (FN 6), insb. Ziff. 143.3; ferner BALDI, Philosophie (FN 6), 351 f.

⁸ Zu diesem Verständnis der «Erheblichkeit» vgl. Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 231; BALDI, Philosophie (FN 6), 355; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, bes. 187 ff.; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, 3. A., Zürich 2011, Art. 5 N 17 ff.; VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genf/Zürich/Basel 2012, 91 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29.6.2015, bes. 5 ff.; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20

des «wirksamen Wettbewerbs» sind solche Wettbewerbsabreden, sofern es sich nicht gerade um ein «hartes Kartell» mit offensichtlich ausbeuterischem Zweck handelt, zunächst *ambivalent*. Erst eine Beurteilung aufgrund einer umfassenden, vor allem auch dynamisch orientierten Wirkungsanalyse (im Rahmen der Effizienzprüfung), erlaubt die Einordnung konkreter Praktiken.

Wünschbar wären somit sachlich überzeugende und gleichzeitig praktikable Kriterien zur Abgrenzung von *effizienten* unternehmerischen Koordinationshandlungen von solchen, die *ausbeuterische Zwecke* verfolgen. Da diesbezüglich prägnante, das heisst rechtlich operable Leitlinien der Wirtschaftstheorie fehlen, stellt die Umsetzung der fraglichen Unterscheidung hohe Anforderungen an die Rechtsanwendung. Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft sind zur Beurteilung von Teilaspekten zwar nützlich, ja häufig unerlässlich, doch ist am Ende regelmässig ein auf den konkreten Fall bezogenes, wertendes Urteil erforderlich. Gesetzgebungstechnisch empfiehlt sich angesichts der komplexen Materie eine stufenweise Prüfmethode, wie sie für moderne Kartellgesetze charakteristisch ist. Diese Art Prüfung ist nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit angezeigt.

In der praktischen Umsetzung der Unterscheidung zwischen bloss formalen Abreden über den Wettbewerb und Abreden, die über den formalen Tatbestand hinaus den Wettbewerb auch in dessen *materieller Wirksamkeit* (in Beachtung der dynamischen Effizienz) beeinträchtigen, liegt die eigentliche Herausforderung modernen Kartellrechts.⁹ Die Aufgabe ist für die Rechtsanwendungsbehörden aller modernen Kartellrechtsordnungen grundsätzlich die gleiche. Das gilt zuvorderst für jene beiden Rechtsordnungen, die auf diesem Gebiet Pionierarbeit geleistet haben, nämlich jener der USA und der EU. Sie haben ihre wettbewerbspolitischen Bemühungen schon früh konsequent auf das Schutzobjekt «wirksamer Wettbewerb» ausgerichtet. Nach beiderseits jahrzehntelanger Praxis kann festgehalten werden, dass die beiden Rechtsordnungen trotz markant divergierender Vorgehensweisen durchaus *vergleichbare Resultate* zeitigen.¹⁰

Jahre – und kein bisschen weiter? Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP 2015, 1529 ff., 1034 f.

⁹ Vgl. auch MARINO BALDI, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit, AJP 2017, 613 ff., 616 f.

¹⁰ Bei der *Rule of Reason* (RoR) geht es nicht um eine Rechtfertigung von Abreden, die den «wirksamen Wettbewerb» beschränken, sondern um eine Abwägung von wettbewerbsfördernden und -beschränkenden Wirkungen *innerhalb des Rechtsgutes des «wirksamen Wettbewerbs»*. Im Unionsrecht hat der EuG in mehreren Fällen ausgeführt, Art. 101 Abs. 3 AEUV entspreche funktional der RoR und dass diese also nicht etwa in Art. 101 Abs. 1 AEUV zu berücksichtigen sei; vgl. etwa: MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. A., München 2016, § 5 N 224.

III. Schweizerische und unionsrechtliche Prüfmethodik im Vergleich

Für das KG ist hervorzuheben, dass es sich konkret an den Konzepten und Begriffen des europäischen Kartellrechts orientiert. Dem KG 95 hat mit anderen Worten – gemäss einer in der Botschaft des Bundesrates von 1994 dargelegten politischen Entscheidung – das Unionsrecht weitgehend Modell gestanden.¹¹ Diese Anlehnung fand in den Änderungen aufgrund der Gesetzesrevision 2003 ihre Fortsetzung: Der Entscheid über die Einführung von Vermutungstatbestände für einzelne Vertikalabreden war vom klaren Willen einer Mehrheit von Parlamentariern sämtlicher politischer Couleurs getragen, für die betreffenden Vertikalabreden eine Regelung einzuführen, wie sie in der EU gemäss jahrzehntelanger Praxis besteht.

Die Anlehnung an das Unionsrecht kommt vor allem auch in der vom Gesetz vorgesehenen (nicht unbedingt von der WEKO praktizierten) Prüfmethode bezüglich Wettbewerbsabreden zum Ausdruck. Es ist daher angezeigt, die *Prüfmethode* des schweizerischen und des europäischen Rechts, was die Wettbewerbsabreden betrifft, vergleichsweise zu skizzieren:

A. Zum Schweizer Recht

Für den Nachweis unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen sieht das *schweizerische Kartellgesetz* das folgende stufenweise Vorgehen (strukturierter Prüfansatz) vor:

- Vorerst ist nach dem Vorliegen einer *Wettbewerbsabrede* im Sinne der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG zu fragen; gemäss dieser Vorschrift ist es unerheblich, ob eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich bewirkt oder nur bezweckt ist.
- Alsdann ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen, ob die Abrede *erhebliche* (nicht bloss geringfügige) Wirkungen auf dem Markt zeitigt oder zu zeitigen geeignet ist; alternativ dazu kann die Möglichkeit geprüft werden, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, in welchem Fall eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht möglich ist.
- Liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächlicher oder potenzieller Art vor, ist weiter zu klären, ob diese allenfalls im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG effizient ist, und zwar *ohne gleichzeitig wirksamen Wettbewerb* – als Garant für die Weitergabe der

sichtigen sei; vgl. etwa: MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. A., München 2016, § 5 N 224.

¹¹ Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 17.

Effizienzvorteile – zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG).

- In seltenen Ausnahmefällen hat der Bundesrat auf besonderen Antrag hin zu prüfen, ob eine unzulässige (unter Effizienzgründen nicht rechtfertigbare) Abrede aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zuzulassen ist (Art. 8 KG); ein entsprechender Entscheid ist bisher noch nie getroffen worden.

Die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG haben in erster Linie eine *verfahrensrechtliche Funktion*.¹² Sie sehen eine Beweisverschiebung zur Vereinfachung der Verfahren vor.¹³ Inhaltlich strukturieren sie das allgemeine, durch Rechtfertigungsmöglichkeiten relativierte Kartellverbot, indem sie indizieren, dass die betreffenden Tatbestände schwer zu rechtfertigen sind. Mit einer materiellen Einschränkung des mit einem Effizienzvorbehalt versehenen Verbots haben sie jedoch nichts zu tun. Dies vertreten aber gewisse Autoren in der Annahme beziehungsweise zur Stützung der These, das Schweizer Recht sei grundsätzlich toleranter als jenes der EU (die EU kenne für bestimmte Abreden Verbote, die Schweiz bloss Vermutungen).¹⁴ Hier wie dort gibt es allgemeine Verbote mit Rechtfertigungsmöglichkeit; und hier wie dort gibt es auch Vermutungen, die der effizienten Rechtsanwendung dienen.

Vermutungen sind ein prägendes Element modernen Kartellrechts, so namentlich auch etwa im Recht der EU und jenem der USA.¹⁵ Sie beruhen auf der Einsicht, dass

in einer hochkomplexen, durch Internationalisierung und moderne Technologien geprägten Wirtschaft sachlich und rechtsstaatlich vertretbare kartellrechtliche Anordnungen weitgehend nur mit Hilfe von Vermutungstatbeständen möglich sind. Ohne entsprechende tendenzielle, jedoch im Einzelfall widerlegbare Aussagen ist das im Kartellrecht besonders spannungsgeladene Verhältnis von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit nicht sinnvoll zum Ausgleich zu bringen.¹⁶

B. Zum Unionsrecht

Die Elemente zum Nachweis unzulässiger Wettbewerbsabreden sind im Unionsrecht grundsätzlich die gleichen wie im schweizerischen Recht, wenn man den leicht unterschiedlichen formalen Aufbau richtig begreift (eine zu analogen Ergebnissen führende Prüfmethodik war gemäss Botschaft 1994 durchaus beabsichtigt).¹⁷ Im Einzelnen ist auf folgende, zum KG parallele Prüfungsschritte gemäss Art. 101 AEUV hinzuweisen:

- Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV wird in einer ersten Prüfungsstufe geklärt, ob eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung mit «spürbarer» Auswirkung tatsächlicher oder potenzieller Art auf den Wettbewerb (und den Handel zwischen Mitgliedstaaten) vorliegt. Dazu folgende Bemerkungen:
 - Das Unionsrecht braucht den Begriff «Vereinbarung [...]», der gemäss etablierter Praxis analog zum Begriff Abrede im KG definiert ist; im Unterschied zum KG werden Beschlüsse von Vereinigungen explizit angesprochen.
 - Das Zwischenstaatlichkeitselement grenzt das Unionsrecht vom mitgliedstaatlichen Recht ab; es wird sehr weit ausgelegt, sodass es praktisch immer erfüllt ist, wenn eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.
 - Fazit: Art. 101 Abs. 1 AEUV entspricht in wettbewerbspolitisch-funktionaler beziehungsweise rechtssystematischer Hinsicht den als materielle Einheit verstandenen Bestimmungen von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG.

¹² Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 144.1; ferner die Ausführungen bei BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 275 f., gestützt auf die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» (BVGer, B-8399/2010, 23.9.2014).

¹³ Das KG 95 hatte vorerst einzig für horizontale Preis-, Gebiets- und Mengenkartelle Vermutungstatbestände vorgesehen (Art. 5 Abs. 3 KG). Anlässlich der Teilrevision 2003 des KG wurden dann auch Vermutungen für zwei Arten von Vertikalabreden statuiert (Art. 5 Abs. 4 KG). Diese haben sich insofern als wenig nützlich erwiesen, als sie in ihrer heutigen Ausgestaltung meistens widerlegbar sind; vgl. MARINO BALDI, Für eine informierte Wettbewerbspolitik, AJP 2012, 1183 ff., 1184.

¹⁴ So etwa BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 25, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010. Die These verkennt die spezifisch beweisrechtliche Funktion der Vermutungstatbestände und übersieht, dass das geltende Gesetz in Art. 5 Abs. 1 KG bereits ein umfassendes, wenn auch durch Rechtfertigungsmöglichkeiten relativiertes Kartellverbot, analog u.a. dem nämlichen Verbot des EU-Rechts, vorsieht. Dazu auch MARINO BALDI, Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 2014, 960 ff.

¹⁵ Vgl. zum EU-Recht sogleich III.B. Im US-Antitrust ist man heute ebenfalls bestrebt, früher stark formal geprägte Regeln durch eine Strukturierung der Tatbestände mithilfe von – entweder positiv oder negativ konnotierten – Vermutungen zu flexibilisieren. Während dies in der EU vorwiegend mit GVO geschieht, verfolgen die USA das nämliche Ziel mit von den Gerichten entwickelten «*struc-*

tured rules of reason»; vgl. dazu ERNEST GELLHORN/WILLIAM E. KOVAVIC/STEPHEN CALKINS, Antitrust Law and Economics, St. Paul, MN 2004, 222 ff.

¹⁶ Dazu auch BALDI (FN 14), AJP 2014, 961 f.

¹⁷ Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 17 und 23; ferner eingehender MARINO BALDI, Zur Konzeption des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, in: Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 291 f.

- Die sogenannte Freistellungsklausel in Art. 101 Abs. 3 AEUV hat absolut die gleiche Funktion wie Art. 5 Abs. 2 KG, wobei letztere Bestimmung sich auch im Wortlaut stark an die unionsrechtliche Vorschrift anlehnt. Dazu zwei Bemerkungen:
 - Die Voraussetzung der «angemessenen Beteiligung der Verbraucher» am Gewinn wird praktisch als erfüllt erachtet, wenn trotz der Abrede «wirksamer Wettbewerb» bestehen bleibt; entsprechend fehlt dieses Element im KG.
 - Fehlende Möglichkeit, Wettbewerb für «einen wesentlichen Teil des Marktes auszuschliessen»: das Konzept des «wirksamen Wettbewerbs», mit dem die Behörden in der Praxis operieren, entstammt erst den 1960er-Jahren.

Das Unionsrecht sieht *Vermutungen* nicht schon im «Primärrecht», das heisst im AEUV vor, wohl aber in zahlreichen sekundärrechtlichen Erlassen. Es folgt damit der Einsicht, dass kartellrechtliche Normen durch geeignetes Fallrecht konkretisiert werden müssen, wenn das Spannungsverhältnis Rechtssicherheit/Einzelfallgerechtigkeit in einer rechtstaatlich vertretbaren Weise gelöst werden soll. Die durch Fallpraxis gewonnenen Erkenntnisse werden dann periodisch in einem System von Verhaltensrichtlinien für typische Praktiken eingefangen, welche sich oft – zum Beispiel in Form von sogenannten Kernbeschränkungen – als *widerlegbare Vermutungen* darstellen. In der EU ist über die Jahrzehnte ein dichtes Netz solcher Systeme entwickelt worden, das laufend aktualisiert wird. Dazu gehören vor allem die Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO), dann aber auch die Leitlinien für die Beurteilung konkreter Praktiken, die häufig mit anschaulichen Beispielen angereichert sind.

IV. Die «kopernikanische Wende» in der Wettbewerbstheorie

Wie schon angedeutet, basieren der Begriff «Wettbewerbsabrede», wie er in Art. 4 Abs. 1 KG definiert ist und in Art. 5 Abs. 1 KG Verwendung findet, einerseits, und der Begriff «wirksamer Wettbewerb» als prägendes Element des Art. 5 Abs. 2 KG, andererseits, auf unterschiedlichen wettbewerbstheoretischen Zielvorstellungen, die je einer anderen Zeitepoche entstammen. Zur neueren Entwicklung der *wettbewerbstheoretischen* Einsichten und ihrer Beeinflussung der *wettbewerbsrechtlichen* Terminologie kurz Folgendes:

A. Neuere wettbewerbstheoretische Entwicklungen

In den USA, dem Mutterland des modernen Kartellrechts, befasste man sich bis in die 1960er-Jahre hinein kaum mit wettbewerbstheoretischen Überlegungen zur Antitrust-Politik, obgleich es diese seit Ende des 19. Jahrhunderts gab. In Europa gehen die Anfänge moderner Wettbewerbspolitik praktisch auf die 1960er-Jahre zurück. Das deutsche GWB stammt von 1958, die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages vom selben Jahr. In Deutschland hatte sich freilich schon etwas früher das Bedürfnis gezeigt, die aufkommenden wettbewerbspolitischen Bemühungen theoretisch zu untermauern. Besonders die noch vor dem Zweiten Weltkrieg entstandene *ordo-liberale* Schule (Freiburger Schule) hatte die Bedeutung kartellrechtlicher Vorschriften im Rahmen eines marktwirtschaftlichen Systems thematisiert. Das Denken dieser Schule war indes noch am Modell der vollkommenen Konkurrenz orientiert, ging mit anderen Worten davon aus, wettbewerbspolitische Entscheide müssten möglichst geringe Abweichungen vom (vermeintlichen) Ideal der vollkommenen Konkurrenz anstreben.

Erst ab etwa Mitte der 1960er-Jahre setzte sich allmählich die Erkenntnis durch, dass das Modell der vollkommenen Konkurrenz für die Wettbewerbspolitik schlicht irrelevant ist.¹⁸ Dieser Durchbruch war JOHN MAURICE CLARK mit seinem Konzept der «effective competition» zu verdanken: Er legte zu Beginn der 1960er-Jahre dar, dass die angeblichen «Unvollkommenheiten» von Märkten dynamischen Wettbewerbsprozessen geradezu eigen sind, indem sie zum Beispiel das Ergebnis überlegener Leistungen von Wettbewerbern oder eine Folge der Ausnutzung von Skalenerträgen darstellen. *Demzufolge sei es widersinnig, hinsichtlich realer Märkte nach «vollkommenem Wettbewerb» zu streben*, wichtig sei allein, dass der Wettbewerb die Funktionen erfülle, die er aus realistischer Sicht leisten könne, insofern also «*wirksam*» sei.¹⁹ KLING/THOMAS, zwei jüngere deutsche Kartellrechtsprofessoren, die sich auch für die wirtschaftswissenschaftlichen Zusammenhänge interessieren, bezeichnen rückblickend

¹⁸ Das Modell erklärt nur, unter welchen Bedingungen eine Volkswirtschaft im Gleichgewicht ist. Mit realem Wettbewerbsgeschehen hat das Modell nichts zu tun. Es entspricht einer rein statischen Betrachtungsweise, während realer Wettbewerb etwas fundamental Dynamisches ist; vgl. BALDI, Philosophie (FN 6), 351 ff.

¹⁹ JOHN MAURICE CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, Washington 1961. Seine zentrale, vorliegend relevante These hatte CLARK zwar erstmals schon 1940 in seinem Aufsatz *Towards a Concept of Workable Competition*, AER 1940, 241 ff., formuliert, doch fand sie damals noch kaum Beachtung.

die Erkenntnis von CLARK als «kopernikanische Wende» in der Wettbewerbstheorie.²⁰ Diese Wende ist heute noch nicht abgeschlossen. Es gibt denn auch einige, gesamthaft ausgezeichnete moderne Lehrbücher und Kommentare des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts, deren Autoren die Wende zumindest begrifflich noch nicht geschafft haben. Auch modern aufgestellte Behörden lassen vorkopernikanisches Denken erahnen, wenn sie zum Beispiel von «Restwettbewerb» als einem (zweitbesten) Ziel der Wettbewerbspolitik sprechen.²¹

Im neueren deutschen Schrifttum sind die vorstehenden Konzepte von SCHWALBE/ZIMMER, einem Ökonomen und einem Juristen, im hier angesprochenen Sinne einer vertiefenden Betrachtung unterzogen worden. Die *Wettbewerbsbeschränkung*, so wie der Begriff im heutigen Kartellrecht Verwendung findet, kennzeichne sich durch eine Beschränkung der Auswahlmöglichkeiten auf der Nachfrageseite und/oder eine Reduktion der Handlungsmöglichkeiten auf der Angebotsseite. Diese vom Modell der vollkommenen Konkurrenz abgeleitete, rein *statische Betrachtungsweise* erlaube jedoch keine Aussage über die *dynamische Wirksamkeit* (Effizienz) des Wettbewerbs. Diese setze eine gewisse – individuell oder kollektiv begründete – Marktmacht voraus. *Dynamische Effizienz* sei vielfach eher in oligopolistischen Märkten (weites Oligopol) als in atomistischen Marktstrukturen zu erwarten. Vollkommener Wettbewerb könne daher nicht das Ziel ökonomisch sinnvoller Wettbewerbspolitik sein. Vielmehr sei ein «wirksamer Wettbewerb» anzustreben, der im praktischen Leben am ehesten geeignet sei, die ökonomischen Ziele der Allokations-, Produktions- und dynamischen Effizienz zu erreichen.²²

²⁰ KLING/THOMAS (FN 10), § 2 N 11.

²¹ So etwa die WEKO, teilweise auch das Bundeskartellamt (BKartA), aber auch nicht wenige deutschsprachige Autoren. Der Begriff Restwettbewerb beruht auf einer Vorstellung von Wettbewerb, an dessen (vermeintlichen) Idealzustand sich zugunsten anderer Werte Abstriche machen lassen, sofern ein Rest davon bewahrt bleibt. «Wirksamer Wettbewerb» will aber nicht einfach als «zweitbeste» Lösung verwirklicht werden. *Beispiel:* 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. sogar Preis- und/oder Gebietsabreden umfasst, den (wirksamen) Wettbewerb nicht nur nicht beschränken, sondern ihn in dynamischer Sicht sogar fördern.

²² ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt a.M. 2006, 56 ff.; in diesem Sinn auch schon die Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 143 ff.; ferner BALDI, Philosophie (FN 6), 351 f.

B. Wettbewerbstheorie und kartellrechtliche Terminologie

Heute beruft man sich in zahlreichen Rechtsordnungen rund um den Erdball auf den «wirksamen Wettbewerb» (oft auch «funktionsfähiger Wettbewerb» genannt) als Massstab zeitgemässer Wettbewerbspolitik. Entsprechend lässt sich von einer weithin gleichgerichteten Zielsetzung und ähnlichen Beurteilungsmethodik sprechen. Im KG 95 erscheint der Ausdruck «wirksamer Wettbewerb» in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG sowie in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG als eigentlicher Schlüsselbegriff des Gesetzes. Im «primären» Unionsrecht kommt der Begriff nicht vor, weil der EWG-Vertrag zu einer Zeit geschlossen wurde, als es das Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» zumindest begrifflich noch nicht gab. Der heutige Art. 101 Abs. 3 AEUV verwendet – wie der frühere Art. 85 Abs. 3 EWGV – statt des Ausdrucks «Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs», wie er im KG erscheint, die Formulierung «Ausschluss des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren». Die Wortwahl ist noch vom Denkmuster der vollkommenen Konkurrenz geprägt, meint aber inhaltlich dasselbe wie die (modernere) Terminologie des KG, wie vielfältig belegt werden kann.²³

Für die Prüfmethodik gemäss Art. 4 und 5 KG bedeutet dies: Der Begriff der Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG bezieht sich auf einen Tatbestand, der vom Modell der «vollkommenen Konkurrenz» abgeleitet ist. Die Einschränkung der auf den Markt bezogenen Handlungsfreiheit von Unternehmen vermindert gemäss dieser Lehre die (vermeintliche) «Vollkommenheit» des Wettbewerbs. An diesen *formalen, relativ einfach bestimmbareren Tatbestand* wird kartellrechtlich die Hypothese geknüpft, ein entsprechendes Verhalten gefährde die «Wirksamkeit des Wettbewerbs» im Sinne der «effective competition». Ob sich die Hypothese als wahr erweist, entscheidet sich erst aufgrund der umfassenden materiellen Fall-Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG. Dabei ist der Frage nachzugehen, ob die aus statischer Sicht festgestellte (formale) Wettbewerbsbeschränkung vor dem dynamisch zu interpretierenden Massstab einer intakten «Wirksamkeit des Wettbewerbs» standhalten kann. An den formalen Tatbestand schliesst die Bagatellklausel an. Aufgrund kursorischer Prüfung sollen im Interesse einer effizienten Wettbewerbspolitik bloss geringfügige Sachverhalte herausgefiltert werden.

Die Unterscheidung *formale/materielle* Wettbewerbsbeschränkung ist in der Lehre zuerst von BORCHARDT/

²³ Vgl. in diesem Zusammenhang v.a. auch KLING/THOMAS (FN 10), § 2 N 11 ff.; ferner SCHWALBE/ZIMMER (FN 22), 57.

FIKENTSCHER in einer 1957 erschienen Schrift thematisiert worden (das Konzept des wirksamen Wettbewerbs war noch kaum bekannt).²⁴ Im amerikanischen Antitrustrecht, so die beiden Autoren, schiebe sich zwischen die beiden Tatbestände die «*rule of reason*». Formale Wettbewerbsbeschränkungen (*restraints of competition*), welche sich als «*reasonable*» erweisen, erfüllten nicht den gemäss *Section 1 Sherman Act* verbotenen Tatbestand des «*restraint of trade*».²⁵ Das fragliche Begriffspaar ist für heuristische Zwecke auch heute noch brauchbar, indem es den Unterschied zwischen der «erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung» (formaler Tatbestand) und der Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» (materieller Tatbestand) relativ einfach erklärbar macht. Im heutigen deutschen und europäischen Recht unterscheidet man in diesem Zusammenhang in stimmiger Weise zwischen einer «lediglich spürbaren Wettbewerbsbeschränkung» und einer «Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs».²⁶

V. Die schwierige Abkehr von einer tiefsitzenden Irrlehre

A. Rückblick auf den Schlingerkurs der WEKO

Der Praxis der WEKO bezüglich des Merkmals der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG mangelte es schon immer an Klarheit und Geradlinigkeit. Vor allem entsprach sie kaum je den Ausführungen des Bundesrates in dessen Botschaft zur Erläuterung des von ihm vorgeschlagenen und hernach vom Parlament genehmigten Gesetzestextes. Die Botschaft legt wiederholt und in unzweideutiger Weise dar, dass das Merkmal eine Bagatellklausel darstellt, deren Zweck es ist, im Interesse einer effizienten Wettbewerbspolitik den Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen, bloss geringfügige Sachverhalte auszusondern, also nicht weiter zu untersuchen. Die Funktion des Merkmals sei mit jener der «Spürbarkeit» im EU-Recht vergleichbar.²⁷ Entgegen diesen klaren Ausführungen stellten und stellen

sich offenbar immer noch eine Mehrheit der WEKO sowie deren Sekretariats auf den Standpunkt, die Prüfung der Erheblichkeit mache den «Kern der materiellen Beurteilung» eines Sachverhalts aus.²⁸

Um das Jahr 2000 herum sympathisierte eine Mehrheit der WEKO unter Berufung auf angeblich neuere Erkenntnisse der Ökonomie (Chicago-Schule) mit der damals vom Sekretariat vertretenen Meinung, *vertikale Wettbewerbsabreden* seien gemäss KG generell unerheblich.²⁹ In der Folge hat die WEKO gegen 100 Anträge auf Untersuchung von Vertikalabreden abgeschrieben, meistens mangels «Erheblichkeit» (fehlende quantitative Wirkungen).³⁰ Das damals fast vollständige Desinteresse der WEKO für Vertikalabreden blieb der hohen Politik nicht verborgen. Anlässlich der Teilrevision des Gesetzes 2003 – die Vorlage des Bundesrats hatte einzig die Einführung von Direktsanktionen vorgesehen – beschloss das Parlament mit der neuen Vorschrift des Art. 5 Abs. 4 KG zwei gesetzliche Vermutungstatbestände für Vertikalabreden. Sie betreffen *Vertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz* und *vertikale Preisbindungen*, beides Tatbestände, die im Unionsrecht Kernbeschränkungen darstellen und vermuthungsweise unzulässig sind.³¹ In den Folgejahren hat die WEKO dann einzelne der inzwischen bei ihr neu angezeigten Vertikalabreden aufgegriffen, so unter anderem die Sachverhalte GABA und BMW.

Die Gesetzesergänzung hätte für die WEKO Anlass sein müssen, ihre Erheblichkeitsdoktrin grundlegend zu überdenken. Dem verweigerte sich die Behörde: Eine 2002 unter dem Einfluss der parlamentarischen Bestrebungen erlassene Vertikalbekanntmachung ging zwar anfänglich in diese Richtung, indem sie Abreden definierte, die aufgrund ihres Gegenstandes grundsätzlich erheblich seien.³² Dieser Ansatz wurde aber nie wirklich befolgt und nach einigen Jahren auch formell wieder aufgegeben.

²⁴ KNUT BORCHARDT/WOLFGANG FIKENTSCHER, *Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung*, Stuttgart 1957. Die Publikation hat zumindest im deutschen Sprachbereich das Verständnis moderner (realitätsbezogener) Wettbewerbspolitik massgeblich gefördert, wenn auch nicht bei jedermann.

²⁵ Vgl. zum Konzept der *Rule of Reason* oben FN 10.

²⁶ Vgl. für diese Formulierung DANIEL ZIMMER, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 4. A., München 2007, § 1 N 355.

²⁷ Botschaft 1994 (FN 6), Ziff. 231.1.

²⁸ Vergleiche statt vieler ADRIAN RAASS, *Eine Frage der Erheblichkeit, sic!* 2004, 911 ff., 923; ADRIAN RAASS, *Das Entdeckungsverfahren Wettbewerb und die Erheblichkeitsfrage*, Internet: <https://wettbewerbspolitik.org/2014/10/20/das-entdeckungsverfahren-wettbewerb-und-die-erheblichkeitsfrage/> (Abruf 8.12.2017).

²⁹ Im VW-Fall (RPW 2000/2, 196 ff., bes. N 50) konnte nur knapp vermieden werden, dass diese Haltung zur offiziellen Doktrin der WEKO erhoben wurde.

³⁰ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, *Evaluation gemäss Art. 59a KG, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008*, N 260 f.

³¹ Vgl. etwa die Leitlinien der EU-Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. C 1 30/1, z.B. N 74.

³² Die Vertikalbekanntmachung 2007 blieb auf derselben Linie, doch ist weder der Erlass von 2002 noch jener von 2007 in der Praxis je inhaltsgetreu angewandt worden; 2010 folgte die Anpassung an die traditionell weichere Linie der WEKO, wonach qualitative und quantitative Aspekte in einer «Gesamtschau» massgeblich sind.

Praktisch war man sich freilich bewusst, dass Sachverhalte, die den 2003 vom Gesetzgeber beschlossenen Vermutungstatbeständen entsprachen, von der WEKO nicht einfach für «unerheblich» erklärt werden konnten. Mit Argumenten, die das Dilemma der WEKO nur mangelhaft kaschierten, schaffte es die Behörde, einige Fälle, darunter GABA und BMW, als erheblich (und als unzulässig) zu erklären, ohne dabei ihren hergebrachten konzeptionellen Ansatz aufzugeben. Die in die nachfolgenden Beschwerdefälle involvierten Unternehmen plädierten denn auch vor Bundesverwaltungsgericht (und später vor Bundesgericht) in erster Linie auf «Unerheblichkeit», dies ganz im Sinne der herkömmlichen WEKO-Praxis.

Das *Bundesverwaltungsgericht* hielt diesen Argumenten die «A-maiore-ad-minus»-Regel entgegen: Wenn der Gesetzgeber einen Tatbestand schon als vermungsweise unzulässig erklärt, so muss ein entsprechender Sachverhalt im Prinzip mindestens «erheblich» sein. Über die Unzulässigkeit beziehungsweise Zulässigkeit der Abrede sei damit nichts Entscheidendes ausgesagt. Die umfassende Fall-Prüfung finde im Rahmen der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG statt.³³

B. Die Bundesgerichtsurteile in den Fällen GABA und BMW

Das Merkmal der Erheblichkeit war auch Hauptthema der Auseinandersetzung vor Bundesgericht. Im GABA-Fall setzte sich das Gericht eingehend mit Natur und Inhalt des Tatbestandselementes auseinander, im BMW-Fall fasste es seine diesbezüglichen Erkenntnisse zusammen und präziserte sie in einzelnen Punkten. In beiden Streit-sachen wurden die Entscheide der Vorinstanz bestätigt. Vorliegend interessieren indes vor allem die grundsätzlichen Erwägungen der Höchststrichter zu Funktion und Zweck des Normelements. Sie qualifizieren die Vorschrift als Bagatellklausel, nennen diese auch De-minimis-Regel und Aufgreifkriterium. Zweck der Vorschrift sei, bloss geringfügige Sachverhalte auszusondern, damit sich die Behörde auf wichtige Fälle konzentrieren könne. Funktional wird die «Erheblichkeit» mit der «Spürbarkeit» im EU-Recht verglichen. Wichtig bei dieser Funktion des Kriteriums sei, dass die *Aufgreifschwelle niedrig gehalten werde und die Beurteilung nach einfachen Kriterien erfolge*.³⁴

Zentral im Hinblick auf den grundsätzlichen Charakter des Urteils ist die Feststellung des Gerichts, dass für die Erheblichkeit einer konkreten Abrede deren *potenzielle Auswirkungen* genügen. Auf dieser Feststellung gründet das Diktum des Bundesgerichts, dass Vermutungstatbestände aufgrund ihres Gegenstandes als «grundsätzlich erheblich» gelten.³⁵ Die letztere Aussage war für die konkrete Beurteilung der Fälle GABA und BMW entscheidend. Allgemein stellt das Bundesgericht sodann fest, die vertiefende Fall-Beurteilung erfolge erst im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG. Eine umfassende Prüfung von Sachverhalten bereits unter dem Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG, wie dies die Beschwerdeführer postulierten, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers und sei gesetzeswidrig. Die Erheblichkeit als solche sei ferner mit Vorzug *nach qualitativen Aspekten* zu beurteilen, wengleich quantitative Gesichtspunkte eine Rolle spielen könnten. Zu dieser Auslegung gelangt das Gericht, wie es selber ausführt, aufgrund historischer, systematischer und teleologischer Überlegungen.

Das Bundesgericht fasst die Erkenntnisse des GABA-Urteils in den Erwägungen zum BMW-Entscheid selbst mit folgenden Worten zusammen: «Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium [...]. Dabei ist das Abstellen auf eine marktbeherrschende Stellung oder auf Marktmacht gesetzeswidrig [...]. Angesichts der klaren Trennung der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG und der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG kann diese auch nicht bereits in jener enthalten sein. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG steht zudem die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung der Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig [...].»³⁶ Ferner stellt das Bundesgericht erneut klar, «dass im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll.»³⁷

³³ BVerfGE, B-506/2010, 19.12.2013, E. 11.1.8. Dieses Urteil ist mit seiner klaren und stringenten Beweisführung als wichtiger Marktstein auf dem Weg zu einer aufgeklärten schweizerischen Wettbewerbspolitik zu betrachten; vgl. MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Marktstein, SJZ 2014, 501 ff.

³⁴ BVerfGE, 2C_180/2014, 28.6.2016, E. 5.1.2, 5.1.4 und 5.1.6.

³⁵ BVerfGE, 2C_180/2014, 28.6.2016, E. 5.4.2 und 5.6.

³⁶ BVerfGE, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 4.3.1.

³⁷ BVerfGE, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 4.3.2.

VI. Unentwegt eigenwilliges Verständnis der Erheblichkeit durch die WEKO

A. Die Grundposition der WEKO und ihre Widerlegung

Nach Auffassung der WEKO und vieler Anwälte gelten die *allgemeinen* Feststellungen des Bundesgerichts in GABA und BMW zur «erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung» bloss für die gesetzlichen Vermutungstatbestände, nicht aber für die Erheblichkeitsprüfung an und für sich.³⁸ Aufgrund dieses Verständnisses wäre nun zwar durch die beiden höchstrichterlichen Entscheide geklärt, dass die gesetzlichen Vermutungstatbestände in der Regel erheblich sind, bezüglich anderer Abreden wären aber weiterhin die bekannten, oft unnötig weitschweifigen Erheblichkeitsprüfungen vorzunehmen.³⁹ Dies mit der Konsequenz von auch künftighin vielfach undurchsichtigen Fall-Beurteilungen unter dem Titel einer diffusen Erheblichkeit und unter Inkaufnahme entsprechend schleppender Verfahren – all dies anstelle einer Effizienzprüfung nach gesetzlich festgelegten und gerichtlich nachvollziehbaren Kriterien. Solche Praxis hat die schweizerische Wettbewerbspolitik während rund zwanzig Jahren geprägt. Sie ist theoretisch wie politisch falsch und rechtsstaatlich inakzeptabel.⁴⁰

Die WEKO hat sich bisher dem Diktum des Bundesgerichts gegenüber, wonach die Erheblichkeit als *Bagatellklausel und Aufgreifkriterium* zu verstehen sei, reserviert – um nicht zu sagen: verschlossen – gezeigt. Wie nicht zuletzt die revidierte Vertikalbekanntmachung zeigt,

sieht die WEKO, abgesehen von den Vermutungstatbeständen, in der Beurteilung der Erheblichkeit weiterhin den Schwerpunkt der materiellen Prüfung einer Abrede. Diese Lehre beziehungsweise die entsprechende Praxis widerspricht nicht nur dem Willen des Gesetzgebers und informierter wettbewerbsrechtlicher Logik, sie ist im Schrifttum auch schon früh als mit dem Schutzobjekt des «wirksamen Wettbewerbs» unvereinbar bezeichnet worden.⁴¹ *Nun hat dies aber auch das Bundesgericht mit aller Klarheit festgestellt.* Wenn trotz der über lange Zeit abwegigen Praxis möglicherweise noch kaum weitreichende Schäden entstanden sind, so nur deshalb, weil sich die WEKO bisher kaum aus dem mehr oder weniger «sicheren Hafen» der Vermutungstatbestände und gewisser dem Unionsrecht nachempfundenen Bekanntmachungen herausgewagt hat. Soweit dies mitunter doch der Fall war, ergaben sich freilich nicht selten hoch problematische Entscheide. Aus der neueren Praxis sei hier bloss auf den Fall Ticketcorner verwiesen.⁴²

Wie oben dargelegt, geht es bei den *Abs. 1 und 2* von Art. 5 KG um je grundlegend verschiedene Fragestellungen. In Abs. 1 ist Thema, ob eine formal definierte Wettbewerbsbeschränkung (Beschränkung der marktbezogenen Handlungsfreiheit) nach aussen überhaupt irgendwie spürbar (auch nur potenziell) ist und der Behörde aus Sicht der öffentlichen Interessen *erheblich* erscheint.⁴³ Die Antwort erfolgt aufgrund kursorischer Fallprüfung und hat den Charakter eines echten Ermessensentscheides. Im europäischen und deutschen Recht ist längst anerkannt, dass es für solche Entscheide keine im Voraus festlegbaren Kriterien gibt.⁴⁴ Abgesehen vom Fall eines möglichen Ermessensfehlers, sind solche Entscheide

³⁸ Zur Begründung wird vor allem auf Erwägung 5.6 des GABA-Urteils hingewiesen: Die Aussage des Bundesgerichts, dass für die Feststellung der Erheblichkeit potenzielle Auswirkungen genügen, gelte nur für Vermutungstatbestände. Dem widerspricht jedoch die entsprechende Feststellung des Gerichts in den *Regesten* zum Urteil. Das BMW-Urteil kann schliesslich zum selben Punkt keinerlei Anlass für eine Missdeutung geben (E. 4.3.2).

³⁹ Die revidierte Vertikalbekanntmachung statuiert, dass ausserhalb der Vermutungstatbestände «sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen» sind; Vertikalbekanntmachung (FN 5), Ziff. 12 (1) b.

⁴⁰ Ein treffliches Beispiel für solch unsinnige Praxis stellt die Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 dar (Kosmetikprodukte, RPW 2014/1, 184 ff.). Aufgrund einer *drei Jahre (!) dauernden* Untersuchung mit komplizierten Marktanteilsanalysen kam die WEKO zum Schluss, die festgestellten Praktiken seien zwar «qualitativ schwerwiegend», jedoch aufgrund der relativ geringen Marktanteile der Unternehmen «unerheblich». Der Fall zeigt exemplarisch das falsche Verständnis der Erheblichkeit als angeblich *materielles* Kernelement; dazu eingehend BALDI (FN 14), AJP 2014, 963; ferner MARINO BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht – nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016, 315 ff.

⁴¹ Vgl. nur für relativ frühe Kritiken MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch, Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 11; JÜRIG BORER, Kooperationen und strategische Allianzen, AJP 1996, 876 ff., 879; MARINO BALDI/JÜRIG BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, 343 ff., 349; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2009, 338 ff.; BORER (FN 8), Art. 5 N 19; ferner schon die erste Auflage des Kommentars BORER 1998 (Art. 5 N 17).

⁴² Vgl. BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016, E. 442; zusammenfassend auch BALDI (FN 9), AJP 2017, 615 f.

⁴³ Bei der Spürbarkeit im EU-Recht geht es nach MESTMÄCKER/SCHWEIZER um die Frage, ob von einer Wettbewerbsbeschränkung spürbare Wirkungen auf Dritte ausgehen (ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEIZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. A., München 2014, § 11 N 69).

⁴⁴ Nach KLING/THOMAS (FN 10), § 19 N 60 f. kann die Frage nur einzelfallabhängig beantwortet werden.

nicht justiziabel. Findet also die WEKO, ein bestimmter Fall sei erheblich, kann hinterher ein Gericht nicht die Erheblichkeit verneinen, wie dies in der Vergangenheit wiederholt der Fall war. Auch können Unternehmen nicht geltend machen, ihr Fall sei wettbewerbspolitisch belanglos beziehungsweise nicht erheblich, wenn die Behörde dies anders sieht beziehungsweise gesehen hat.⁴⁵

Anders als bei Art. 5 Abs. 1 KG, der mit einem formalen und statischen Wettbewerbsbegriff operiert, geht es bei Art. 5 Abs. 2 KG um die *Funktionsfähigkeit (Wirksamkeit) des Wettbewerbs aus einer essentiell dynamischen Sicht*. Dabei wird auf Erkenntnisse abgestellt, die das Wettbewerbsrecht der hiervor erörterten, aber noch zu wenig beachteten «kopernikanischen Wende» in der Wettbewerbstheorie verdankt, das heisst der Wende, die etwa Mitte der 1960er-Jahre einsetzte und die eine «moderne Wettbewerbspolitik», wie sie inzwischen nicht nur die USA, sondern auch die EU und die meisten europäischen Staaten verfolgen, überhaupt erst sinnvoll erscheinen lässt. Diese Wende bedeutet nichts anderes, als dass *formale (statische) Wettbewerbsbeschränkungen* im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unter dem Titel der *dynamischen Effizienz des Wettbewerbs* gemäss Art. 5 Abs. 2 KG unter Umständen nicht bloss tolerierbar, sondern gar erstrebenswert sein können.⁴⁶ *Die Effizienzprüfung unter Art. 5 Abs. 2 KG bewegt sich somit qualitativ auf einer gänzlich anderen Ebene als die Prüfung der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG.*

Aus dem eben erwähnten Grund kann die materielle Beurteilung einer Abrede auch nicht zwischen Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 KG aufgeteilt werden, wie dies mitunter moderate Vertreter der hier abgelehnten Sichtweise der Erheblichkeit befürworten. Das *Bundesgericht* sieht dies gleich, argumentiert aber streng mit der Systematik des Gesetzes. So hält es lakonisch fest: Angesichts der klaren Trennung im Gesetz von Erheblichkeits- und Rechtfertigungsprüfung *kann diese nicht bereits in jener enthalten sein* (GABA E. 5.1.3, BMW E. 4.3.1). Auch legt es dar, dass die Kompetenznorm des Art. 6 KG nur die Konkretisierung der Effizienzprüfung, nicht aber auch der Erheblichkeit vorsieht, woraus sich ergebe, dass der Gesetzgeber als Ort der materiellen Beurteilung die *Effizienzprüfung* vorgesehen habe (GABA E. 5.1). Und kurz und bündig hält das Gericht in aller Deutlichkeit fest: Bei

der Feststellung der Erheblichkeit wäre das Abstellen auf eine marktbeherrschende Stellung oder auf Marktmacht gesetzeswidrig (GABA E. 5.1.3, BMW E. 4.3.1).

B. Nicht überzeugende Zusatzargumente von WEKO-Seite

WEKO-Vertreter machen geltend, das Bundesgericht bezeichne im GABA-Fall das Erheblichkeitsmerkmal zu Unrecht als «Aufgreifkriterium». In Tat und Wahrheit gehe es um ein materielles Normelement, das gleichwertig neben anderen materiellen Merkmalen in Art. 5 KG stehe. Der Begriff Aufgreifkriterium gehöre ins Fusionskontrollrecht. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es eine verbindliche Terminologie nicht gibt. Man könnte auch auf den Ausdruck verzichten und, wie dies die EU-Behörden oft tun, von einem «De-minimis-Prinzip» sprechen. Immerhin fand das Bundesgericht den Begriff Aufgreifkriterium in einem Masse passend, dass es ihn im BMW-Urteil erneut und mit sichtlicher Überzeugung brauchte, um das Erheblichkeitsmerkmal zu charakterisieren. Es befindet sich damit in Gesellschaft prominenter Wissenschaftler aus dem EU-Raum. So wird in namhaften Lehrbüchern und Kommentaren im Zusammenhang mit der «Spürbarkeit» im europäischen und deutschen Recht ganz selbstverständlich von «*Aufgreifmessen*» oder auch «*Einschreitermessen*» gesprochen.⁴⁷

Weiter wird von WEKO-Seite argumentiert, nur ein echtes materielles Kriterium könne garantieren, dass die Erheblichkeit für Zwecke des Public und des Private Enforcement identisch interpretiert werde. Im EU-Recht gelte zwar die Bagatellbekanntmachung auch nur im öffentlichen Recht, doch sei dies eben bloss eine unverbindliche Bekanntmachung, die für Gerichte schon gar nicht bindend sei. Dazu ist einmal zu bemerken, dass das Merkmal zwar eine materielle Komponente aufweist, dies jedoch seine Funktion als Aufgreifkriterium nicht beeinträchtigen muss. Abgesehen davon scheint es explizite kartellrechtliche Bagatellklauseln nur in Rechtsordnungen zu geben, in denen das *Public Enforcement* im Vordergrund steht, das heisst in der EU und den meisten europäischen Staaten, jedoch nicht zum Beispiel in den USA. Die Idee einer generellen Bagatellklausel passt im Grunde auch nur für das *Public Enforcement*. Zivilrichter werden die üblichen Prozessvoraussetzungen, insbesondere das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses, zu prüfen haben (Art. 59 ZPO). Ohnehin lässt sich feststellen, dass eine kartellrechtliche «Bagatelle» unter öffentlichen Gesichts-

⁴⁵ Vgl. BALDI (FN 39), AJP 2016, 318 f. m.w.H., auch zur analogen Rechtslage im Unionsrecht.

⁴⁶ Insofern geht es auch nicht um zweitbeste Lösungen, wie dies zahlreiche Ökonomen im Hinblick auf eine Wettbewerbspolitik postulierten, die sich am Modell der (vermeintlich) vollkommenen Konkurrenz orientierte.

⁴⁷ Vgl. z.B. MESTMÄCKER/SCHWEIZER (FN 47), § 11 N 75 m.w.H.; KLING/THOMAS (FN 10), § 19 N 60; ZIMMER (FN 26), § 1 N 356.

punkten nicht unbedingt dasselbe ist wie eine «Bagatelle» aus privatrechtlicher Sicht. Im letzteren Kontext steht die Wettbewerbsbehinderung Einzelner im Vordergrund.

In der schweizerischen Kartellrechtspraxis gibt es zahlreiche Fälle, in denen die WEKO den von einer Abrede Betroffenen mitgeteilt hat, ihre Angelegenheit werde mangels öffentlichen Interesses nicht weiterverfolgt, doch stehe ihnen der Gang zum Zivilrichter offen. Entsprechende Antworten erhielten zum Beispiel Gastwirte, die sich über «unfaire» Bierlieferverträge beklagten. Die jeweiligen Begründungen liessen sich insofern vertreten, als man von einer weitgehend diskretionären «Bagatellklausel» ausging. Ein interessantes Licht auf die praktisch gelebte Bagatellklausel wirft übrigens der Umgang mit dem Winterthurer Kebab-Kartell, welches 2016 öffentlich debattiert wurde.⁴⁸ Die WEKO hat das Kartell – mit guten, wenn auch nicht zwingenden Gründen – offiziell ignoriert. Dass sie wohl auch hätte aktiv werden können, weist auf das Ermessen hin, das dem Kriterium innewohnt – und lässt die Forderung nach inhaltsgleicher Anwendung im Verwaltungs- und Zivilverfahren kaum zwingend erscheinen.⁴⁹

Ferner sehen WEKO-Vertreter ihre seit Langem praktizierte Prüfungsreihenfolge bei der Anwendung von Art. 5 KG in Gefahr, wenn das Merkmal der Erheblichkeit zum Aufgreifkriterium «degradiert» wird. In diesem Fall muss die Prüfung der Erheblichkeit nämlich am Anfang der Untersuchung stehen, was der WEKO-Praxis widerspricht, nach der zuerst geprüft wird, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. Im Falle einer (vermeintlich) erfolgreichen Widerlegung der Vermutung wird dann regelmässig auch die Erheblichkeit der Abrede verneint, so wie in der Sache «Ticketcorner». Der Fall zeigt mit aller Deutlichkeit, wie die Vorgehensweise der WEKO zu einer unseligen Vermischung der Marktmachtfrage mit der Erheblichkeit und damit zu einer irrigen Interpretati-

on dieses Merkmals führt.⁵⁰ Richtigerweise – so steht es auch im Gesetz – wäre zuerst die Erheblichkeit nach formalen Kriterien zu klären, während die Widerlegbarkeit der Vermutung beziehungsweise Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen der Effizienzprüfung zum Thema würde. Dies schliesst nicht aus, dass in «klaren Fällen», zum Beispiel bei nackten Preisabreden, aus praktischen Gründen mit der Vermutungsfrage begonnen wird. Grundsätzlich aber ist die Effizienzfrage mit jener nach dem «wirksamen Wettbewerb» eng verquickt.⁵¹

Dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie quantitative Aspekte eine Rolle spielen können, ist unbestritten. Aber diese Aspekte spielen nicht unbedingt gleichzeitig eine Rolle. Mit dem GABA-Urteil ist dies nun mindestens hinsichtlich der Vermutungstatbestände geklärt. Davon abgesehen steht nirgends geschrieben, dass ausserhalb der Vermutungstatbestände quantitative Elemente zwingend beziehungsweise immer zum Zuge kommen müssen. Es sollte denn auch grundsätzlich möglich sein, andere Abreden als Vermutungstatbestände aufgrund ihres Gegenstandes für «erheblich» zu erklären. Dies scheint die WEKO nicht in Betracht zu ziehen, wenn sie zum Beispiel in der revidierten Vertikalbekanntmachung festhält, dass ausserhalb des Vermutungstatbereichs «sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen» sind, und gleichzeitig hinsichtlich einer Reihe von Tatbeständen, die im Unionsrecht als «Kernbeschränkungen» gelten, offenlässt, ob sie überhaupt «erheblich» sind.⁵²

Missverstanden wird sodann die Feststellung des Bundesgerichts, dass bei der Erheblichkeit vorzugsweise auf qualitative Elemente abzustellen ist. Dass das Gericht diese Aussage im Kontext der gesetzlichen Vermutungstatbestände macht, heisst nicht, dass sie nicht generell gilt. Denn mit qualitativen Merkmalen sind Verhaltenskriterien im Gegensatz zu überindividuellen Fall-Umständen (Marktverhältnisse) gemeint; und Verhaltenskriterien

⁴⁸ In der Stadt Winterthur waren zu Beginn des Jahres 2016 die Preise für Döner Kebab durch sämtliche Besitzer von entsprechenden Ständen (neun oder zehn an der Zahl) gleichmässig um einen Franken erhöht worden. Dahinter stand ganz offensichtlich eine Abrede, die auch gar nicht bestritten wurde; vgl. Angebliche Absprache auf dem Winterthurer Kebab-Markt, Tagesanzeiger vom 26.1.2016, Internet: <https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/absprache-auf-dem-winterthurer-kebabmarkt/story/29932082> (Abruf 18.12.2017).

⁴⁹ Was gewisse Juristen an dieser Art von Bagatellklausel zu irritieren scheint, ist die Verbindung der materiellen Komponente des Normelements mit dem weiten behördlichen Ermessensspielraum. Solches Ermessen ist rechtsstaatlich allerdings nur akzeptabel, wenn die Bagatellklausel wirklich als solche verstanden bzw. gehandhabt wird.

⁵⁰ Vgl. BVGer, B-3618/2013, 24.11.2016, E. 442; ferner BALDI (FN 9), AJP 2017, 615 f.

⁵¹ Eine Wettbewerbsabrede kann im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG niemals «effizient» sein, wenn nicht «wirksamer Wettbewerb» garantiert ist; dazu ausführlich BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 1529 (bes. 1533 und 1537).

⁵² In diesem Kontext ist auf die konsequente Unterscheidung zwischen dem Spürbarkeits- und dem Effizienztest im Unionsrecht hinzuweisen. Bekanntlich sind in der Vertikal-GVO relativ grosszügige Aufgreifschwelle vorgesehen. Hier kommt zum Ausdruck, dass vertikale Abreden tendenziell weniger problematisch sind als horizontale. Dies betrifft aber nicht die Spürbarkeit (bei uns: Erheblichkeit), sondern die Effizienzprüfung. In der Schweiz wird diesbezüglich viel zu wenig differenziert, was zu den hier thematisierten dogmatischen Problemen beiträgt.

sind im Recht, das ja Verhaltensweisen normieren will, ganz grundsätzlich vorzuziehen. Es ist denn auch Aufgabe der WEKO, in ihrer Fallpraxis zunehmend präzisere Verhaltensmassstäbe herauszuarbeiten. Sie kann dabei vom diesbezüglich schon erheblich weiter entwickelten Unionsrecht profitieren. Sie könnte zum Beispiel weitere Kernbeschränkungen definieren oder in Einzelfällen auf klar *bezweckte* Wettbewerbsbeeinträchtigungen abstellen. Dass hierbei Grenzen zu beachten sind, wie sie der EuGH namentlich in «*Cartes bancaires*»⁵³ gefordert hat, ist selbstverständlich.

VII. Fazit: Neubesinnung tut Not, zumal in Anbetracht der Digitalisierung

Die WEKO wird ihr Prüfungsschema für Art. 5 KG revidieren müssen. Wenn das Merkmal der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und als Aufgreifkriterium fungiert, wie dies das Bundesgericht wiederholt unzweideutig festgestellt hat, so muss die Untersuchung grundsätzlich mit der Prüfung dieses Normelements beginnen.⁵⁴ Dies bedeutet: Nachdem gemäss Art. 4 Abs. 1 KG geklärt ist, ob im Sinne des Gesetzes überhaupt eine (formale) Wettbewerbsabrede vorliegt, dient die Bagatellklausel in einem ersten Schritt der Aussonderung bloss geringfügiger (belangloser) Fälle aufgrund kursorischer Prüfung. Die Beurteilung der Frage, ob die formale (nicht bloss geringfügige) Beschränkung des Wettbewerbs auch dessen Funktionsfähigkeit im Sinne des Konzepts des «wirksamen Wettbewerbs» beeinträchtigt, findet dann im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG statt. Eine vertiefte Prüfung der Marktmacht-Frage oder gar von volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Abrede bereits unter dem Titel der Erheblichkeit wäre, wie das Bundesgericht ausdrücklich festhält, gesetzeswidrig.

Indem das Bundesgericht das Kriterium der Erheblichkeit auf die *richtigen Dimensionen zurückgeführt, das heisst ihm den Charakter eines beliebig dehnbaren (materiellen) Merkmals genommen hat*, wird sich der Schwerpunkt der Beurteilung von Abreden von selbst auf andere Tatbestandselemente verlagern. Die so zu erwartenden Änderungen betreffen zunächst begriffliche Fragen in

Art. 4 Abs. 1 KG, ferner konzeptionelle Aspekte bei der Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG und schliesslich Präzisierungsfragen bezüglich der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG. Gefordert sind insgesamt *mehr Gründlichkeit und mehr Grundsätzlichkeit* im Umgang mit diesen Kriterien. Nachfolgend zunächst zu den sich aufdrängenden *begrifflichen* Präzisierungen:

- Bezüglich *Art. 4 Abs. 1 KG* sind Beurteilungen zu vermeiden, wie sie das Bundesverwaltungsgericht und die WEKO in den Baubeschläge-Fällen vorgenommen haben. Das Bundesgericht hat beide diese Fälle an die Vorinstanz mit der Anordnung zurückgewiesen, entweder selbst zu klären oder durch die WEKO klären zu lassen, ob wirklich *Wettbewerbsabreden* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorgelegen hatten⁵⁵. Das Bundesverwaltungsgericht hat solche nicht nachweisen können; die Frage letztlich offenlassend, hat es vielmehr *in dubio pro reo* die Fälle für *nicht erheblich* erklärt. Das Bundesgericht hat nun solch beliebigem Umgang mit der Erheblichkeit auf Kosten gründlicher Sachverhaltsaufklärung eine klare Absage erteilt.
- Bei *Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG* geht es um begriffliche Klärungen im Hinblick auf die Rolle, welche die Vermutungstatbestände bezüglich der direkten Sanktionen spielen. Der Gesetzgeber hat bei der Teilrevision des Gesetzes 2003 Direktsanktionen bewusst nur für Sachverhalte beschlossen, die den einigermaßen klaren gesetzlichen Vermutungstatbeständen entsprechen. Das im Hinblick auf den strafrechtlichen Charakter der Direktsanktionen anwendbare Bestimmtheitsgebot steht einer weiten beziehungsweise dehnenden Interpretation der Vermutungstatbestände, zu der die WEKO in ihrer Praxis oftmals neigt, klar entgegen.⁵⁶ Vordringlich ist also auch hier Präzisionsarbeit.

Bei der Anwendung von *Art. 5 Abs. 2 KG* steht die Frage an, ob eine bejahte Beschränkung der marktbezogenen Handlungsfreiheit (nicht bloss geringfügige formale Beschränkung des Wettbewerbs) geeignet ist, die (langfristige) Wirksamkeit des Wettbewerbs zu beeinträchtigen. Dabei haben die an der Abrede Beteiligten darzutun, dass sie mit ihrer Wettbewerbsbeschränkung nicht einfach eine Kartellrente, sondern Effizienzvorteile zu erzielen beabsichtigen. Aber alle Effizienzvorteile vermögen letztlich eine Wettbewerbsbeschränkung nicht zu rechtfertigen,

⁵³ «*Cartes bancaires*» hat – etwas vereinfachend ausgedrückt – insbesondere geklärt, dass auch bezweckte Abreden eine Eignung zur Spürbarkeit aufweisen müssen; man könnte, anders ausgedrückt, auch von einer eher engen Auslegung der «*bezweckten Wettbewerbsbeschränkung*» sprechen (EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-67/13).

⁵⁴ Vgl. grundsätzlich BALDI/SCHRANER (FN 8), AJP 2015, 1529; ferner BALDI (FN 9), AJP 2017, 619.

⁵⁵ BGer, 2C_1016/2014, 9.10.2017, E. 3.2 (Siegenia-Aubi); BGer, 2C_1017/2014, 9.10.2017, E. 3.2 (Koch).

⁵⁶ So ist z.B. nicht jede Abrede, die sich irgendwie auf Preiselemente bezieht, eine «Preisabrede» im Sinne der direkt zu sanktionierenden gesetzlichen Vermutungstatbestände in Art. 5 KG; vgl. dazu auch BALDI (FN 40), AJP 2016, 316 f.

wenn die Vorteile nicht über «wirksamen Wettbewerb» anderen Marktteilnehmern (Konsumenten) beziehungsweise der Gesellschaft zugutekommen. Während also Art. 5 Abs. 1 KG auf der wettbewerblichen Argumentationsebene gewissermassen die *formbasierte* Ausgangsthese beinhaltet, steht dieser These mit Art. 5 Abs. 2 KG die *wirkungsbasierte* Antithese gestützt auf eine nicht bloss statische, sondern dynamische Sicht des Wettbewerbs gegenüber.⁵⁷

Sieht man von Abreden ab, die *ausschliesslich* die Festsetzung von Preisen, Gebieten usw. zum Gegenstand haben (eigentliche Hardcore-Kartelle)⁵⁸, so weisen die meisten Wettbewerbsabreden den Charakter von *a priori ambivalenten Sachverhalten* auf. Insofern geht es bei der Effizienzprüfung nicht um die Rechtfertigung von Abreden, die mit einem negativen Vorurteil behaftet sind. Da die WEKO die «Erheblichkeit» und nicht die «Effizienzprüfung» als Zentrum der materiellen Fallbeurteilung ansieht, bekommt sie ein falsches Bild. Der geringe Stellenwert, den die WEKO dem *Effizienzvorbehalt* beimisst, hat denn auch damit zu tun, dass sich die Behörde nie wirklich veranlasst sah, sich gründlich mit der Architektur von Art. 5 KG auseinanderzusetzen. Dies liegt wesentlich darin begründet, dass die WEKO von den konzeptionellen wie auch analytischen Arbeiten der europäischen Behörden massiv profitiert, etwa indem sie deren GVO weitgehend übernehmen kann. Dabei wird leicht übersehen, dass diese Erlasse auf den Erkenntnissen aus oftmals Hunderten von Einzelentscheiden zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV, also des Effizienzvorbehalts, fussen. Mit Einzelentscheiden *ausserhalb der Vermutungstatbestände* befasst sich die WEKO indessen kaum: Entweder lassen sich solche Fälle aufgrund einer *Bekanntmachung* relativ einfach einordnen oder sie werden – in den meisten Fällen – als *unerheblich* erklärt.⁵⁹ Tatsächlich wären die

Sachverhalte vielfach erheblich, unter Umständen aber auch effizient. Eine in diesem Sinne nuancierte Wettbewerbspolitik drängt sich gerade in einer zunehmend *digitalisierten Wirtschaft* auf.

Die *Digitalisierung* bringt für die Unternehmen, besonders die KMU, grosse Herausforderungen bezüglich Kooperationen mit sich, dies oft im Sinne weitreichender zwischenbetrieblicher Vernetzung. Dabei geht es um vertikale Zusammenarbeit entlang von Wertschöpfungsketten, aber auch um horizontale Kooperation zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern. Mit solchen Kooperationen – teils dürften sie vollautomatisch zwischen Maschinen ablaufen – sollen Chancen für eine Verbesserung dynamischer Effizienz wahrgenommen werden. Gleichzeitig können die Unternehmen durch derartige Vereinbarungen in die Lage versetzt werden, die Wirksamkeit des Wettbewerbs zu begrenzen.⁶⁰ Die Wettbewerbsbehörden können die Beurteilung solcher Verträge nur mit Denkkategorien angehen, die dem Konzept der «effective competition» entsprechen. Mit anderen Worten: Dynamische Effizienz könnte im Rahmen einer statisch verstandenen Erheblichkeit niemals angemessen Berücksichtigung finden.

VIII. Schluss

Die WEKO hat bezüglich Wettbewerbsabreden bisher eine Politik verfolgt, die vorwiegend, ja fast ausschliesslich, Praktiken im Sinne der gesetzlichen Vermutungstatbestände galt. Wenn immer sich die Behörde mit andersartigen, nicht nach vorgegebenen, relativ einfachen Standards einzuordnenden Praktiken zu befassen hatte, hat sie diese mit Vorliebe für «nicht erheblich» erklärt. Dies war möglich aufgrund eines Verständnisses der Erheblichkeit als weitem und inhaltlich fast beliebig modulierbarem Merkmal. Das Bundesgericht hat nun die Parameter – im Sinne des Gesetzgebers – zurechtgerückt: Die Eingriffsschwelle ist tief anzusetzen und die materiell-rechtliche Beurteilung hat im Rahmen der Effizienzprüfung stattzufinden. Dies ist wettbewerbspolitisch in doppelter Hinsicht zu begrüssen: Zum einen müssen Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar nicht unter einen gesetzlichen Vermutungstatbestand fallen, aber den Wettbewerb – zum Beispiel durch Marktausschluss von Dritten – massiv behindern, sehr viel offenerer und ge-

⁵⁷ Nichtwettbewerbliche Ziele finden nicht hier, sondern gegebenenfalls in Anwendung von Art. 8 KG Berücksichtigung.

⁵⁸ Bei Hardcore-Kartellen wird die Widerlegung der Vermutung, dass sie wirksamen Wettbewerb beseitigen, nie gelingen. Deshalb kann für sie eine Effizienzprüfung grundsätzlich ausgeschlossen werden. Nach amerikanischer Terminologie geht es um «*restrictions without any redeeming virtues*» (auch «*naked cartels*» genannt). Die WEKO bezeichnet demgegenüber sämtliche Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG als «harte Kartelle». Das ist unnötig diskreditierend, wenn man bedenkt, dass darunter auch Kooperationsabreden sowie Vertikalverträge fallen, die u.U. wettbewerbsfördernde Wirkungen haben. So wäre gemäss WEKO etwa die vertikale Preisbindung im Fall «Leegin», die vom US Supreme Court als «*reasonable*» erachtet wurde, ein «hartes Kartell». Für horizontale Kooperationen zwischen nicht marktmächtigen Unternehmen vgl. das Beispiel in FN 21 oben.

⁵⁹ Ein Musterbeispiel ist der schon mehrfach erwähnte Fall «Ticketcorner»; vgl. BALDI (FN 9), AJP 2017, 615 f.

⁶⁰ Vgl. VERA DEMARY/CHRISTIAN RUSCHE, Zwischen Kooperation und Wettbewerb, Industrie 4.0 und europäisches Kartellrecht, IW-Report 14/2017, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Bericht vom 22. Mai 2017.

gebenenfalls zupackender als bisher angegangen werden (zumindest auf Antrag von im Wettbewerb ausgeschlossenen Dritter). Zum andern sollten gerade auch relativ enge Kooperationen im Zeichen der Digitalisierung nicht kleinmütig beurteilt werden. Die Rechtsanwendung muss hier vielmehr konstruktive Zeichen im Sinne der «dynamischen Effizienz» setzen. Das erfordert auch, dass der Anwendung diffuser Kriterien, wie sie mit der von der WEKO praktizierten Erheblichkeit einhergehen (vgl. VII. oben), ein Ende gesetzt wird, da sonst das Risiko hoher direkter Sanktionen für die Unternehmen zu wenig abschätzbar ist und infolgedessen wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen unterbleiben.

Es ist ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, dass die WEKO die Vorgaben des Bundesgerichts vollumfänglich und ohne Verzug beachtet. Es geht hier nicht um blosse Methodenfragen. Die Vorgaben betreffen die innere Architektur des Art. 5 KG und damit die Umsetzung des Leitmotivs des Kartellgesetzes, das heisst des *Schutzes wirksamen Wettbewerbs*. Ein analoges Schutzobjekt prägt auf internationaler Ebene die moderne Wettbewerbspolitik mindestens im Bereich der OECD-Staaten. Entsprechend muss auch die Prüfmethode (Erheblichkeit als echte Bagatellklausel; Effizienzvorbehalt als Kern der materiellen Beurteilung) vergleichbar sein – dies ganz besonders auch im Interesse der Wirtschaft.