



Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?

MARINO BALDI



FELIX SCHRANER

269

Im Gaba-Urteil vom Dezember 2013 entschied das BVGer, dass eine Vertikalabrede mit absolutem Gebietsschutz als ein Sachverhalt, den das Gesetz für vermutungsweise unzulässig erklärt, a fortiori «erheblich» sei. Die vertiefte Analyse der Marktwirkungen erfolge erst bei der Prüfung, ob die Abrede aus Effizienzgründen gerechtfertigt sei. Damit wurde eine alte Streitfrage, welche die Rechtsanwendung immer wieder unnötig erschwerte, (vermeintlich) geklärt.

Mit den Urteilen im Fall «Baubeschläge» stellt nun das Gericht seine Gaba-Doktrin durch die Auffassung in Frage, dass die Bejahung der Erheblichkeit in jedem Fall eine eingehende Marktanalyse erfordere. Dogmatisch ist damit wieder strittig, ob das Merkmal der «Erheblichkeit» Bagatellklausel (Gaba) oder Kernthema (Baubeschläge) der materiellen Abrede-Prüfung ist.

Daneben beinhalten die Urteile im Baubeschläge-Fall weitere grundsätzliche Ungereimtheiten, etwa bezüglich Prüfmethode und Beweisforderungen, die im Beitrag thematisiert werden.

Dans l'arrêt Gaba du mois de décembre 2013, le TAF a jugé qu'un accord vertical conférant une protection territoriale absolue et qui correspond à un état de fait dont la loi présume qu'il est illicite présentait a fortiori un caractère « notable ». Il estime que l'analyse approfondie de l'impact sur le marché n'intervient qu'au moment où l'on examine si l'entente se justifie pour des motifs d'efficacité. Ce jugement a (apparemment) clarifié une question longtemps controversée qui compliquait inutilement l'application du droit.

Dans les arrêts rendus dans l'affaire des « ferrements », le tribunal remet en cause la doctrine Gaba en soutenant que l'affirmation du caractère notable de la restriction suppose dans tous les cas une analyse approfondie du marché. D'un point de vue dogmatique, la question est à nouveau de savoir si le caractère « notable » est une clause bagatelle (Gaba) ou un élément central (ferrements) de l'examen de l'accord sur le fond.

Par ailleurs, les arrêts rendus dans l'affaire des ferrements contiennent d'autres incohérences importantes, notamment en ce qui concerne la méthode d'examen et les exigences en matière de preuves, qui sont abordées dans l'article.

Inhaltsübersicht

1. Zum Sachverhalt
2. Intuitiv richtiger – falsch hergeleiteter Richterspruch
3. Dogmatische Irrungen
4. Rückwärtsgewandte und widersprüchliche Auslegung der «Erheblichkeit»
5. Beweisforderungen in «strafrechtsähnlichen» Kartellverfahren
6. Bestimmtheitsgebot und modernes Kartellrecht
7. «People matter!»

Das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) vom 19. Dezember 2013 ist weithin in dem Sinne verstanden worden, dass es seit Langem offene Streitfragen, welche die Rechtsanwendung immer wieder unnötig erschwert hatten, klärte¹. Mindestens eine der (vermeintlichen) Klarstellungen scheint durch die hier zu besprechenden Urteile des nämlichen Gerichts in Sachen Baubeschläge vom 23. September 2014 wieder in Frage

gestellt². Sie betrifft das Tatbestandsmerkmal der «Erheblichkeit» von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG. Zur Debatte steht die Grundsatzfrage, ob das Merkmal als Bagatellklausel oder als Kernelement der materiellen Prüfung zu verstehen sei³.

Störend an den Urteilen des BVGer betreffend Baubeschläge ist zunächst, dass sie von dogmatischen Kon-

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

FELIX SCHRANER, Dr. iur., Rechtsanwalt KPMG Schweiz, Legal, Zürich.

¹ MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, in: SJZ 110 (2014) Nr. 20, S. 501 ff.

² Urteile des BVGer B-8399/2010 (Siegenia-Aubi AG), B-8404/2010 (SFS unimarket AG) und B-8430/2010 (Paul Koch AG). Die Weko-Verfügung bezog sich auf fünf Unternehmen, die angeblich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen sein sollen. Die genannten drei Unternehmen legten Beschwerde ein, ein weiteres profitierte von der so genannten Bonus-Regelung. Die Urteile Siegenia-Aubi und Koch sind in der Begründung und den Schlussfolgerungen weitgehend identisch. Auf sie beziehen sich die vorliegenden Ausführungen.

³ Es ist das grundlegend unterschiedliche Verständnis der «Erheblichkeit», das primär – aber nicht allein – die Widersprüchlichkeit der Urteile begründet. Im Gaba-Urteil wird das Merkmal der Erheblichkeit zutreffend als Bagatellklausel begriffen, im Baubeschläge-Fall erscheint es (implizit) als materielles Kernthema (die Weko-Praxis tendierte lange zur letzteren Auffassung, heute liegt sie auf der Linie des Gaba-Entscheids). Vgl. grundlegend zur Erheblichkeit: ROGER ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, Rn 388 ff.; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 5 Rn 155 ff.; JURG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. A., Zürich 2011, Art. 5 Rn 17 ff.

strukturen ausgehen, die einer modernen Kartellrechtstheorie nicht standhalten. Gestützt auf entsprechend irrige Prämissen, offenbart der Entscheid sodann eine Methodologie der Fallbeurteilung, die nicht nur in materieller Hinsicht zu einem falschen Fokus führt – sondern auch dem Postulat einer wirkungsvollen Rechtsanwendung entgegensteht. Diese Kritik ist grundsätzlicher Art und hat nichts mit den richterlichen Schlüssen im konkreten Fall zu tun. Das BVGer hat *in casu* wohl zu Recht die Bussen-Verfügungen der Vorinstanz aufgehoben – wenn auch aus falschen Gründen.

Nachfolgend sind zunächst wichtige Sachverhaltselemente wiederzugeben (1.). Als dann ist darzulegen, inwiefern die Gerichtsurteile im Ergebnis wohl zutreffend, jedoch falsch hergeleitet sind (2.). Hiernach sollen die erwähnten dogmatischen Konstrukte und ihr Verhältnis zu einem zeitgemässen Verständnis von Kartellrecht geklärt werden (3.), bevor die nun wieder weit offene Streitfrage der «Erheblichkeit» zu erörtern sein wird (4.). Schliesslich geht es um zwei Grundfragen der Rechtsstaatlichkeit (Beweisanforderungen und Bestimmtheitsgebot), die vorliegend wie auch allgemein-wettbewerbspolitisch bedeutsam sind (5. und 6.) – vom BVGer indes nicht überzeugend eingebracht wurden (7.).

1. Zum Sachverhalt

Mit Entscheiden vom 18. Oktober 2010 hatte die Schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) drei Grosshändler von Baubeschlägen wegen angeblich unzulässiger Preisabreden beim Vertrieb von Beschlägen für Fenster und Fenstertüren auf dem Schweizer Markt mit Bussen von insgesamt rund 8 Millionen Franken belastet⁴. Das Verfahren der WEKO stand in Zusammenhang mit dem Preiskartell der in verschiedenen EU-Ländern (nicht jedoch in der Schweiz) domizilierten Hersteller solcher Beschläge, welches die Europäische Kommission (nachfolgend «EU-Kommission») im Frühling 2012 mit einer hohen Busse belegte⁵.

Drei Schweizer Grosshändler hatten sich am 22. September 2006, zusammen mit Vertretern der schweizeri-

schen Vertriebsgesellschaften zweier ausländischer Hersteller in Wallisellen bei Zürich getroffen, um u.a. über die Möglichkeit der Erhebung eines einheitlichen Materialteuerungszuschlags (MTZ) auf den von ihnen je individuell kalkulierten Preisen zu beraten⁶. Zu einem eigentlich koordinierten MTZ kam es jedoch nie, wenngleich das Treffen den einzelnen Teilnehmern Anhaltspunkte lieferte, in welchem Umfang und auf welchen Zeitpunkt hin gewisse ihrer Konkurrenten (es partizipierten nicht alle Anbieter) die Erhebung eines MTZ ins Auge fassten⁷. Mindestens zwei der Händler hatten sich der Idee von MTZ gegenüber grundsätzlich ablehnend verhalten. Einer wandte entsprechende Zuschläge bloss bei ausgewählten Abnehmern und in reduzierter Höhe an. Ein anderer kündigte Zuschläge der fraglichen Art zwar an, setzte sie dann aber wegen Unmutsäusserungen seiner Kunden nicht durch.

Ein wichtiger Grund dafür, dass sich ein koordinierter MTZ für den Schweizer Markt als schwer realisierbar erwies, lag offensichtlich darin, dass die durchwegs ausländischen Beschläge-Hersteller den Schweizer Händlern in der Regel höhere Preise verrechneten als ihren ausländischen Grosshandelskunden⁸. Für den Fall eines zusätzlich zu erhebenden MTZ befürchteten deshalb die Händler in der Schweiz, dass ausländische Grossverteiler vermehrt direkt schweizerische Nachfrager beliefern könnten, was umso eher anzunehmen war, als für die betreffenden Produkte erwiesenermassen keine importerschwerenden technischen Handelshindernisse zwischen der EU und der Schweiz bestanden bzw. bestehen.

2. Intuitiv richtiger – falsch hergeleiteter Richterspruch

Die WEKO hatte in ihrer Verfügung das Verhalten der Schweizer Grosshändler als horizontale Wettbewerbsabrede qualifiziert, welche mit dem MTZ ein wichtiges Preiselement betraf und somit eine gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutungsweise unzulässige Praktik darstellt. Das

⁴ Vgl. RPW 2010/4, 717 ff., Entscheid abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=de&download=NHZ1pZeg7t.lnp610NTU04212761nlacy4Zn472qZpnO2Yuq2Z76gpJCdDlB5f2ym162epYbg2c_jKbNoKSn6A-->>.

⁵ Die nichtvertrauliche Fassung des Entscheids der EU-Kommission vom 28. März 2012 ist abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39452>; Pressemitteilung abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-313_de.htm> Überblick über das Verfahren.

⁶ Rund 80% der in der Schweiz insgesamt vertriebenen Fensterbeschläge sind Markenprodukte der an der angeblichen Abrede beteiligten Hersteller; daneben werden – via den Handel oder direkt durch die Hersteller – auch Produkte kleinerer deutscher und österreichischer Produzenten erfolgreich vertrieben.

⁷ Tatbeständlich lag ein «Informationsaustausch» vor, der unter gewissen Bedingungen kartellrechtlich problematisch ist, aber nicht sein muss; vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 2 nachfolgend.

⁸ RPW 2010, 743; eines der Unternehmen (*SFS unimarket AG*) hatte sich mit dieser Begründung am Treffen geweigert, eine Preiserhöhung vorzunehmen; vgl. Urteil *Siegenia-Aubi*, Rz 5.3.1.1.31.

Ausmass des auf dem relevanten Markt noch verbliebenen Wettbewerbsdrucks genüge nicht, um die (widerlegbare) gesetzliche Vermutung, wonach Preisabreden den wirksamen Wettbewerb beseitigen, umzustossen. Demgegenüber hatten die Beschwerdeführerinnen von Anfang an bestritten, dass erstens eine Wettbewerbsabrede vorliege, diese zweitens – wenn schon – erheblich wäre, und drittens – dies schon gar nicht – von der Erfüllung des einschlägigen Vermutungstatbestandes gesprochen werden könne (da zu jeder Zeit wirksamer Wettbewerb geherrscht habe). Diesen Standpunkt bekräftigten sie vor BVGer.

Erstaunlich ist zunächst, wie leichtfertig das BVGer mit dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede umging, d.h. das Vorliegen einer solchen nicht wirklich vertieft prüfte. Eine formelle Abrede im Sinne eines Beschlusses der betroffenen Unternehmen über die Anwendung eines MTZ lag erwiesenermassen nicht vor. Zwar hatten sich die fraglichen fünf Unternehmen an einem gemeinsamen Treffen über die Möglichkeit der koordinierten Anwendung eines MTZ unterhalten, jedoch keine Einigung erzielt. Auch war das darauf folgende faktische Marktverhalten der Unternehmen – vielleicht mit Ausnahme jenes der beiden Herstellerfirmen⁹ – nicht «gleichförmig», womit auch keine «abgestimmte Verhaltensweise» vorlag. Von einem «bewussten und gewollten Zusammenwirken» der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen kann im Ernst nicht die Rede sein¹⁰. Wohl war auch für das BVGer das Vorliegen einer Abrede nicht «zweifelsfrei» erwiesen, doch nahm es eine solche – im Sinne einer Arbeitshypothese – als wahrscheinlich an¹¹. Stattdessen hätte es sich nach den Umständen wohl aufgedrängt, den Sachverhalt im fraglichen Punkt besser zu ergründen beziehungsweise den Fall zur weiteren Klärung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Auf Grund der vorschnellen Annahme, man habe es vorliegend mit einer «Wettbewerbsabrede» gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu tun, wandte sich das BVGer in seinen Urteilen mit Verve und Akribie der Frage zu, ob auf dem fraglichen Markt trotz der (vermeintlichen) Abrede

noch genügend Innen- und/oder Aussenwettbewerb für eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung vorhanden war – was die betroffenen Unternehmen für den Fall der Bejahung des Abredetatbestandes schon immer geltend gemacht hatten, wovon aber die Vorinstanz nie etwas hatte wissen wollen. Das BVGer stellte in diesem Zusammenhang ausgedehnte Erwägungen zur Frage an, ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt bzw. noch vorhanden sei, brachte dabei breit die Frage von möglichem «Restwettbewerb» (ein nota bene dem Gesetz unbekannter Begriff)¹² ins Spiel, um dann festzustellen, dass die Vorinstanz den Markt «unvollständig analysiert» habe und bezüglich *Wettbewerbsintensität* mit und ohne Abrede eine «Beweislücke» bestehe¹³. Zweifelsfreie Schlüsse seien folglich nicht möglich¹⁴, weshalb – in *dubio pro reo* – die Bussenverfügungen aufzuheben seien.

Hier ist die Anmerkung wichtig, dass das Gericht zur Frage der «erheblichen» Wirkungen der angenommenen Abrede keinerlei konkrete Ausführungen machte; dies nachdem es einleitend zu seinen Erwägungen über die Wettbewerbswirkungen ausgeführt hatte, die WEKO habe zur Beurteilung der «Erheblichkeit» in jedem Einzelfall die Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen¹⁵. Und nicht nur das: Für das Gericht schien es fraglos klar, dass bei begründeten Zweifeln an der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, also in Fällen, in denen konkret eine Vermutungswiderlegung gelingt, auch die Erheblichkeit des Sachverhalts fehlt. Ein solcher Schluss ist jedoch unvereinbar mit dem Gesetz, sieht doch dieses vor, dass *erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen unzulässig (und sanktionsbedroht) sind, sofern sie nicht als effizient gerechtfertigt werden können*¹⁶. Mit anderen Worten: Im Falle der Widerlegung einer Vermutung lässt sich nicht ipso facto fehlende *Erheblichkeit* annehmen. Es geht denn auch um inhaltlich und funktionell ganz verschiedene Tat-

⁹ Als Vertreiber ihrer Produkte in der Schweiz – mit bedeutenden hiesigen Marktanteilen – wären sie wohl an einer Verlängerung des europäischen Herstellerkartells (vgl. vorne, Ziff. 1) in die Schweiz interessiert gewesen.

¹⁰ Es lag ein a priori ambivalenter Sachverhalt des Informationsaustausches vor. Nach den Leitlinien der EU-Kommission für die Beurteilung solcher Sachverhalte ist der blosse Informationsaustausch auf stark fragmentierten Märkten wettbewerbsrechtlich kaum problematisch; vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf die horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rz 44 und 77 ff.

¹¹ *Siegenia-Aubi*, Rz 5.4.26; *Koch*, Rz 6.4.14.

¹² Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es nicht um irgendeinen «Restwettbewerb» geht; verlangt ist tatsächlich *wirksamer* Wettbewerb; vgl. *ZÄCH* (FN 3), Rz 477 mit Hinweisen.

¹³ *Siegenia-Aubi*, Rz 6.3.39; *Koch*, Rz 7.3.43. Aufgrund der Annahme, dass eine Preisabrede vorlag, hätte – auf Grund der entsprechenden Vermutung – der Markt gar nicht «vollständig analysiert» werden müssen.

¹⁴ In den Schlussfolgerungen nennt das Gericht als Grund für die Aufhebung der Bussenverfügungen die nicht zweifelsfrei nachgewiesene *Kausalität* zwischen den von den Unternehmen angekündigten Preiserhöhungen und ihrem Treffen in Wallisellen; *Siegenia-Aubi*, Rz 6.4.2; *Koch*, Rz 7.4.2.

¹⁵ Urteil *Siegenia-Aubi*, Rz. 6.1.3; *Koch*, Rz 7.1.3.

¹⁶ Dies schien nicht immer für jedermann klar zu sein. So wie hier aber auch *ZÄCH* (FN 3), Rn 1119 ff; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Basler Kommentar (FN 3), Art. 49a, Rn 6–9; BORER (FN 3), Art. 5, Rn 51.

bestandselemente. Entsprechend unterschiedlich geartet ist jeweils das Beweisthema¹⁷.

Wie erwähnt, erscheint das richterliche Verdikt in seinem Ergebnis als nachvollziehbar, ist alles in Allem wohl auch zutreffend, nur hätte es eben anders begründet beziehungsweise hergeleitet werden müssen. So ist die bei der Fallbeurteilung vorrangige Frage¹⁸, ob eine gesetzlich relevante *Abrede* vorlag, weder von der WEKO noch vom BVGer wirklich vertieft geprüft worden. Stattdessen schritten beide Behörden vorschnell – und unnötigerweise – zu einer breit angelegten, aufwändigen Analyse der mutmasslichen Wirkungen des hier strittigen Informationsaustausches. Beim BVGer kommt noch hinzu – und dies ist ein ernstes Problem in präjudizieller Hinsicht –, dass sich seine Darlegungen auf unhaltbare Prämissen stützen.

3. Dogmatische Irrungen

Das BVGer führt in den Vorbemerkungen zu seinen Erwägungen über die Wirkungen der zu prüfenden Verhaltensweisen in zweien seiner Entscheide wortgleich aus, was folgt:

«Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenügenden Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur EU, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet, in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt (vgl. Botschaft 1994, 555; Krauskopf/Schaller, [...], Art. 5 Rn. 31 ff.). Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von der Vorinstanz zu untersuchen sind»¹⁹.

Die hier vom Gericht ins Spiel gebrachten dogmatischen und rechtsvergleichenden Feststellungen, welche begründen sollen, dass im Hinblick auf den Nachweis der Erheblichkeit im Einzelfall eine umfassende Marktanalyse nötig ist, beruhen erstens auf Missverständnissen, führen zweitens zu einer verfehlten Prüfmethodik und haben drittens in praktischer Hinsicht vielfach falsche Schlüsse zur Folge. Hier ein paar grundlegende *Richtigstellungen*:

Moderne Kartellgesetze folgen – oder folgten bis vor kurzem – in methodischer Hinsicht entweder dem «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt» oder dem «Verbot mit Legal Ausnahme». Während die Verbote im ersten Fall unmittelbar anwendbar sind und Ausnahmen einzelfallweise durch behördlichen Akt (spezifische Erlaubnis) gewährt werden, werden sie im zweiten Fall durch gesetzliche (zwingende) Ausnahmen – diese wirken ohne behördlichen Akt – relativiert. Die Schweiz führte bereits mit dem KG 95 ein umfassendes Kartellverbot mit Legal Ausnahme ein, wohingegen etwa die EU und Deutschland bis vor rund zehn Jahren Kartellverbote mit Erlaubnisvorbehalten kannten. Seit 2004/05 kennen auch diese letzteren Rechtsordnungen, wie inzwischen fast alle EU-Länder, Kartellverbote mit Legal Ausnahmen²⁰.

Es ist demnach heutzutage verfehlt, im Hinblick auf die Beurteilung von Kartellen irgendeinen rechtsmethodischen Gegensatz zwischen dem Recht der EU und jenem der Schweiz zu konstruieren²¹. Ein terminologischer, in der Sache jedoch oft überinterpretierter Unterschied zwischen den beiden Gesetzgebungen besteht insofern, als das Schweizer Recht hinsichtlich des Aufgreifens von praktischen Fällen «erhebliche» Wirkungen verlangt, während die europäische Rechtspraxis das Merkmal der «spürbaren» Wirkungen entwickelt hat²². Allerdings wird in der EU keine Prüfung der Spürbarkeit verlangt, wenn eine im Sekundärrecht festgeschriebene, so genannte

¹⁷ Bei der *Erheblichkeit* ist nichts endgültig zu beweisen (es geht um ein Aufgreifkriterium) und bei den *Vermutungstatbeständen* ist nicht die *Schädlichkeit* des Verhaltens darzulegen (sie wird angenommen), sondern ob die Vermutung allenfalls *nicht* zutrifft (d.h. ob der wirksame Wettbewerb in concreto nicht beseitigt wird).

¹⁸ Diese Reihenfolge schliesst nicht aus, dass man sich in Fällen, in denen die Vermutung *prima facie* als widerlegbar erscheint, zunächst mit der Vermutungsfrage befasst und erst dann, wenn die Widerlegung der Vermutung gelingt, mit der Erheblichkeit.

¹⁹ Urteil *Siegenia-Aubi*, Rz. 6.1.3; gleicher Wortlaut im Urteil *Koch*, Rz. 7.1.3.

²⁰ Vgl. dazu auch MARINO BALDI, Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik – Scheinargumente in zentralen Fragen der laufenden KG-Revision, AJP/PJA 2012, 1183 ff., mit weiteren Hinweisen.

²¹ HEINEMANN nennt das KG eine «typische Verbotsgesetzgebung», vergleichbar mit jener der EU; vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch/Rolf Weber/Andreas Heinemann (Hrsg.) Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 137 ff.

²² Vgl. Art. 5 KG i.V.m. Vertikalbekanntmachung der WEKO (Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010) bzw. Art. 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) i.V.m. De-minimis-Bekanntmachung (Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 AEUV nicht spürbar beschränken [ABl C 368 vom 22.12.2011]), die anhand von Marktanteilschwellen (vermutungsweise) definiert, wann keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 101 AEUV vorliegt.

Kernbeschränkung horizontaler oder vertikaler Art vorliegt²³. Dieser «Mechanismus» ist direkt vergleichbar mit der Funktion, die im Rahmen der Prüfung der «Erheblichkeit» im Schweizer Recht den Vermutungstatbeständen zukommt, wie dies ja auch vom BVGer im Gaba-Fall völlig zutreffend gesehen wurde²⁴.

Sodann ist die Feststellung des BVGer, die Schweiz kenne im Unterschied zu den «per se»-Verboten des EU-Rechts bloss eine Missbrauchsgesetzgebung, im Grunde gleich mehrfach unrichtig und entsprechend sachlich kaum einzuordnen. Zutreffend ist, dass erstens das heutige schweizerische Recht sich *so viel oder so wenig* als Missbrauchsgesetzgebung bezeichnen lässt wie das EU-Recht, und zweitens das schweizerische Recht *so viel oder so wenig* mit «per se»-Verboten operiert wie das EU-Recht. Dazu folgende Einzelheiten:

- Verbote mit Legalausnahmen wurden bis vor etwa zehn Jahren, d.h. solange ihnen die für die Rechtspraxis in Europa gewichtigen Verbote mit Erlaubnisvorbehalt des europäischen und deutschen Recht gegenüberstanden, gelegentlich – mitunter auch etwas abschätzig – als Missbrauchsgesetze bezeichnet, was aber seit 2004/05 aus naheliegenden Gründen (die EU und ihre Mitgliedstaaten kennen heute entsprechende Gesetze) nicht mehr der Fall ist; beim KG 95 kam noch hinzu, dass dieses vorerst keine unmittelbaren Sanktionen vorsah, womit sich auch insofern der Gebrauch des – eher politischen – Begriffs der Missbrauchsgesetzgebung rechtfertigen liess²⁵;
- Bei den per se-Verboten handelt es sich um eine spezifisch amerikanische Figur beweisrechtlicher Art, die es im strikten Sinne des Wortes – als absolute, das heisst unwiderlegbare gesetzliche Verbote – in Europa nie gegeben hat. Solche Verbote sind in neuerer Zeit auch im US-Recht im Rückzug begriffen, indem sie zunehmend durch Vermutungen ersetzt werden, wie

sie sich auch im europäischen Recht – dogmatisch sozusagen von der Gegenseite herkommend – mehr und mehr herausgebildet haben. Hinsichtlich des EU-Rechts könnte man, was die Ebene der Rechtspraxis betrifft, mit Bezug auf gewisse Sachverhalte (*nackte* Preis-, Gebiets- und Mengenabreden) von quasi per se-Verboten sprechen²⁶, doch gilt Gleiches auch für das Schweizer Recht.

Aus historisch-schweizerischer Perspektive sind ferner die Ausführungen des BVGer zum Missbrauchsprinzip nicht ohne Brisanz. Während nämlich dieser Begriff im Ausland schon immer eher selten und wenn, dann nur in einem rechtstechnischen Sinn gebraucht wurde (und heute fast ganz verschwunden ist), beherrschte er in der Schweiz vorgängig der Ära des heutigen Kartellgesetzes (KG 95) recht eigentlich die Diskussion zum Wettbewerbsrecht. Dabei diente er insbesondere auch dazu, die sogenannte Saldomethode des seinerzeitigen Kartellgesetzes zu rechtfertigen, gemäss welcher selbst einschneidende Wettbewerbsbeschränkungen unter quasi beliebigen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Aspekten gutgeheissen werden konnten; dies verbunden mit der aus heutiger Sicht unhaltbaren früheren Behauptung, die schweizerische Bundesverfassung lasse nur eine Missbrauchsgesetzgebung zu²⁷. Eben diese Art von «Saldomethode-Gesetz» sollte mit dem KG 95 überwunden werden²⁸.

4. Rückwärtsgewandte und widersprüchliche Auslegung der «Erheblichkeit»

Das BVGer folgert in den Baubeschläge-Urteilen aus einer falschen und im Kontext erst noch irrelevanten Kategorisierung des schweizerischen Kartellgesetzes als Missbrauchsgesetz, dass es hierzulande, angeblich im Gegensatz zu den per se-Verboten im EU-Recht, keine «per se-Erheblichkeit» von Wettbewerbsabreden geben könne. Dies obwohl dasselbe Gericht weniger als ein Jahr zuvor im Gaba-Urteil festgestellt hatte, dass Praktiken, die unter die Vermutungstatbestände des Art. 5 KG fallen, «grund-

²³ Vgl. z.B. die Kernbeschränkungen der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Vertikalabreden: sie betreffen (1) Preisbindung, (2) Marktaufteilung, (3) Passivverkaufsverbote (absoluter Gebietsschutz), und (4) gewisse Querlicferverbote.

²⁴ Vgl. die Erwägungen des BVGer zur «Erheblichkeit» im Gaba-Urteil, E. 11.

²⁵ Zuhanden der (schweizerischen) Liebhaber des «Missbrauchsprinzips» sei festgehalten, dass heute fast alle Kartellgesetze grundsätzlich diesem Prinzip folgen, insofern die früheren absoluten Verbote praktisch völlig verschwunden sind. Für die Schweiz weist BORER (FN 3), Art. 5 Rn 52, zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber den Missbrauchsgedanken bereits bei der Gesetzesformulierung berücksichtigt habe, es folglich keine Berechtigung mehr gebe, diesem Prinzip bei der Auslegung zusätzliche Bedeutung zu geben.

²⁶ Auch die «Kernbeschränkungen» des EU-Rechts sind – in gewissen Fallkonstellationen – rechtfertigbar.

²⁷ Vgl. zum Verhältnis Bundesverfassung/Missbrauchs- bzw. Verbotsgesetzgebung statt vieler BORER (FN 3), Art. 1 Rz 7 ff. sowie Art. 5 Rz 31. Der Begriff Missbrauchsprinzip war übrigens dem schweizerischen Verfassungsrecht schon immer fremd (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV 1874 sowie Art. 96 geltende BV).

²⁸ Dies geht aus der seinerzeitigen Botschaft des Bundesrates unzweideutig hervor; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl I 1995, 468 ff., passim.

sätzlich» (also nicht «per se») als erheblich zu betrachten sind. Damit hatte das Gericht, wie man wohl annehmen durfte, die früher von der WEKO lange Zeit praktizierten, sehr aufwändigen und oft unnötig weitschweifigen, vor allem aber auch rechtsstaatlich problematischen Erheblichkeitstests – sie beinhalten gerichtlich nur bedingt überprüfbares Ermessen – korrigiert²⁹.

Das BVGer stützt seinen Entscheid im Gaba-Urteil mit der zutreffenden Feststellung, eine niedrige Erheblichkeitsschwelle sei umso eher anzunehmen, als in konkreten Fällen stets eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz möglich sei³⁰. Tatsächlich muss in Systemen, die dem «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet sind, der *Effizienztest* – und nicht die Frage der Erheblichkeit – das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung sein³¹. So gibt es zahlreiche Horizontal- und Vertikalabreden, bei denen gleichzeitig wettbewerbsfördernde und wettbewerbswidrige Wirkungen im Sinne einer vertieften Effizienzprüfung sorgfältig in die Waagschalen zu legen wären. Bei einer Erheblichkeitsprüfung, wie sie von der WEKO früher zeitweilig gehandhabt wurde, von Autoren mit individuellen bzw. beruflichen Interessen unterstützt und jetzt offensichtlich auch wieder vom BVGer befürwortet wird, sind solche Abwägungen indessen gar nicht möglich – weil die der Wettbewerbsbehörde unterbreiteten Fälle allzu oft als nicht erheblich aus der Prüfung fallen und damit auch nicht auf wirtschaftliche Effizienz getestet werden können³².

Die eben erwähnte, nach dem Gaba-Urteil für überwunden geglaubte Art der Erheblichkeitsprüfung droht nun nach den Urteilen des BVGer im Baubeschlüsse-Fall neu aufzuleben. Sie erscheint unter wettbewerbspolitischen Aspekten umso abwegiger, als die Prüfung der Ef-

fizienz, ganz im Unterschied zur Prüfung der Erheblichkeit, *essentiell dynamisch* angelegt ist, und dies sowohl bezüglich der längerfristigen Wettbewerbsaspekte wie auch bezüglich der unternehmerischen Effizienzgewinne. In praktisch-wirtschaftlicher Hinsicht hat der Mangel an (gerichtlich gefestigter) Anwendungspraxis zu den gesetzlichen Effizienzkriterien besonders auch den gravierenden Nachteil, dass den vielen KMU, die in der heutigen Wirtschaftswelt mit andern Unternehmen kooperieren müssen, vielfach brauchbare Hinweise fehlen, welche Art von Kooperationspraktiken zulässig sind oder eben nicht³³.

Im Gaba-Urteil findet sich das folgende richterliche Diktum hinsichtlich der Auslegung kartellrechtlicher Normen: «Die Gesetzesanwendung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Recht. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*»³⁴. Zum normativen Gefüge des Art. 5 KG gehört die Effizienzprüfung. Es ist geradezu widersinnig und hat die bereits erwähnten Nachteile in rechtsstaatlicher und wettbewerbspolitischer Hinsicht zur Folge, wenn die gesamten Auswirkungen von Wettbewerbsabreden bereits unter dem Aspekt der «Erheblichkeit» geprüft und so der *effet utile* der wirtschaftlichen Effizienzprüfung unterlaufen wird.

Mit anderen Worten: Das BVerG scheint zu verkennen, dass Art. 5 KG eine *stufenweise Prüfung* von Wettbewerbsabreden vorsieht, wie sie das nämliche Gericht im Gaba-Urteil richtigerweise zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hatte. Ist eine Abrede einmal als «erheblich» erkannt, so folgt die Frage, ob sie allenfalls unter Gesichtspunkten der wirtschaftlichen Effizienz zugelassen werden könnte, was bei nicht marktumspannenden Abreden und sofern keine Kernbeschränkungen vorliegen, häufig der Fall ist. Effizienzerwägungen können eine Abrede freilich dann nicht rechtfertigen, wenn die Abrede wirksamen Wettbewerb beseitigt bzw. beseitigen würde (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Bei der Prüfung der Beseitigungsfrage kommen die gesetzlichen Vermutungstatbestände in ihrer *spezifisch beweisrechtlichen* Funktion zur Anwendung. Dieses Prüfungsschema gilt heute sozusagen europaweit.

²⁹ Vgl. dazu BALDI/SCHRANER (FN 1), 501 ff.

³⁰ Diese Sichtweise ist zu unterstützen. Das Erheblichkeitskriterium spezifiziert die Geltung des KG im Bereich Wettbewerbsabreden. Es ist funktional vergleichbar den Aufgreifkriterien im Fusionskontrollrecht. Solche Kriterien sollten *möglichst formal ausgestaltet* sein. Dies im Interesse der Rechtssicherheit bezüglich Unterstellung unter das Gesetz, was v.a. auch für dessen Präventivwirkung sehr wichtig ist; vgl. in diesem Sinne schon MARINO BALDI, Zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 7.

³¹ So auch BORER (FN 3), Art. 5, Rn 19 ff.: für die Befürworter eines weitschweifigen Erheblichkeitstests ist freilich die «Erheblichkeit» das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung, wie dies unlängst von ADRIAN RAASS prononciert dargelegt wurde (Blog «Das Entdeckungsverfahren Wettbewerb und die Erheblichkeitsfrage», 20. Oktober 2014, abrufbar unter <<http://wettbewerbspolitik.org/2014/10/20/das-entdeckungsverfahren-wettbewerb-und-die-erheblichkeitsfrage/>>).

³² So schon MARINO BALDI, Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik, AJP/PJA 2012, 1183 ff., 1187.

³³ Weiterführend zum Ganzen auch BALDI/SCHRANER (FN 1), 508 ff.

³⁴ Gaba-Urteil, E. 3.3.5.

5. Beweisanforderungen in «strafrechtsähnlichen» Kartellverfahren

Unter Betonung des strafrechtsähnlichen Charakters von sanktionsbewehrten Kartellverwaltungsverfahren³⁵ stellt das BVGer hohe, aus dem Strafrecht abgeleitete Anforderungen an das Beweismass bezüglich der Erfüllung einschlägiger Tatbestände. In Verfahren dieser Art sei gemäss Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) und der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) grundsätzlich die Behörde beweispflichtig. Beweislastumkehr sei nicht zulässig, Beweislastverschiebung jedoch schon. BV und EMRK würden gesetzliche Schuldvermutungen klar verbieten, liessen jedoch Beweisvermutungen im Sinne von tatsächlichen Schlüssen aus bewiesenen Tatsachen zu, sofern sie *widerlegbar* seien³⁶. In casu gäbe es nachvollziehbare Verdachtsmomente für das Vorliegen einer Preisabrede, jedoch sei es der WEKO nicht gelungen, *zweifelsfrei* nachzuweisen, dass die (vermutete) Abrede die aus Sicht des Gerichts erforderlichen schädlichen Marktwirkungen (in Form der durch einzelne Händler angekündigten Preiserhöhungen) zeitigte, weshalb die Verfügungen *gestützt auf die Unschuldsvermutung* aufzuheben seien³⁷.

Den Ausführungen des BVGer betreffend die Handhabung der Themen Beweislast und Beweisvermutungen ist zuzustimmen. Indessen überspannt das Gericht die Beweisanforderungen, soweit es den aus dem Strafrecht abgeleiteten *zweifelsfreien* Nachweis schädlicher Wirkungen (Vollbeweis) ins Spiel bringt³⁸. Zwar sind im Hinblick auf strafrechtsähnliche Sanktionen im Kartellrecht gewisse im Strafrecht etablierte Verfahrensgrundsätze zu beachten³⁹. Jedoch sind die Beweisanforderungen im Kartellrecht nicht mit jenen im Kernstrafrecht identisch, wie das Bundesgericht im Urteil *Publigroupe* und noch im *Gaba*-Entscheid auch das BVGer feststellte⁴⁰. In *Publigroupe* führte das Bundesgericht – bezüglich Art. 7 KG – aus, die Beschwerdeführer würden zu Unrecht geltend machen, die einschlägigen Tatbestandselemente müssten mit «an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden», vielmehr dürften die Anforderungen an deren Nachweis mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden, beziehungsweise sei mit Bezug auf die Marktabgrenzung eine strikte Beweisführung eben gerade kaum möglich. Zu fordern sei, dass eine «gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (z.B. gestützt auf Erfahrungssätze, Marktbeobachtungen etc.)»⁴¹. Und im *Gaba*-Entscheid hielt das BVGer fest, dass im Kartellrecht der Beweisgrad der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» gilt⁴² und gerade nicht, wie dasselbe Gericht im *Baubeschläge*-Fall anzunehmen scheint, der Grad des «Vollbeweises». Es leuchtet denn auch ein, dass ein zweifelsfreier Nach-

³⁵ Vgl. zum strafrechtlichen beziehungsweise strafrechtsähnlichen Charakter von Massnahmen nach Art. 49a KG aufgrund des ihnen zugeschriebenen abschreckenden sowie vergeltenden Charakters und einer die Schwere des Vergehens belegenden erheblichen Sanktionsdrohung: BGE 139 I 72, 79 in Sachen *Publigroupe SA und Mitbeklagte gegen Wettbewerbskommission* (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten), 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 (*Publigroupe*-Urteil), mit Hinweisen auf die Literatur: die Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes. BBl 2002, 2022 ff., bes. 2052; die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 15. Dezember 2011 in Sachen *Lukas Marcin Bonda* [Rechtssache C-489/10] Titel vor Rz. 32; sowie verschiedene Urteile von obersten «europäischen» Gerichten (u.a. Urteil des EGMR *Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien* vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, § 44). Aufschlussreich sind auch die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 18. April 2013 i.S. *Schindler Holding Ltd und andere vs. EU-Kommission*, wonach modernes Wettbewerbsrecht zwar strafrechtsähnlichen Charakter habe, nicht jedoch zum Kernbereich des Strafrechts gehöre (Rz. 25 ff.).

³⁶ Urteil *Siegenia-Aubi*, Rz. 6.4.5; Urteil *Koch*, Rz. 7.4.5, mit Verweis auf MARCEL A. NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar (FN 3), Vorb. Art. 49a – 53, Rn. 117, 248 ff.

³⁷ Urteil *Siegenia-Aubi*, Rz. 6.4.2; Urteil *Koch*, Rz. 7.4.2. Das Gericht fordert – kurioserweise – den *zweifelsfreien Kausalzusammenhang* zwischen zwei gerade auch nach ihm bloss hypothetisch, also *nicht zweifelsfrei erfüllten Tatbestandselementen* (Abrede einerseits und Marktwirkungen andererseits), vgl. FN 38.

³⁸ In seinen Schlussfolgerungen (vgl. FN 37) bezieht das Gericht den zweifelsfreien Nachweis nur auf den Kausalzusammenhang, in den allgemeinen Ausführungen tendiert es aber zum Vollbeweis in materieller Hinsicht, dies unter Bezugnahme auf mehrere entsprechende Lehrmeinungen (vgl. z.B. *Siegenia-Aubi*, Rz. 4.3.8).

³⁹ So muss gemäss *Publigroupe*-Urteil (E. 4.5) der «gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion [...] – entsprechend Art. 6 EMRK und den diesbezüglichen Ausführungen des EGMR sowie Art. 30 BV – mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen». Hierbei müssen gewisse Anforderungen erfüllt sein, die etwa unter dem Titel «Effektivität der Überprüfung» thematisiert werden.

⁴⁰ Mit Verweis auf das Urteil des EGMR in Sachen *Menarini Diagnostics S.R.L.* (§§ 57 ff.) hält das Bundesgericht im *Publigroupe*-Urteil (E. 4.4) diesbezüglich fest, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK in einem Kartellverfahren (mit hohen Bussgeldern) auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können; insoweit lasse es die EMRK zu, dass die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen könne. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Situation sei, dass im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden.

⁴¹ Vgl. *Publigroupe*-Urteil, E. 8.3.2, E. 9.2.3.4 und E. 9.3.2.1.

⁴² *Gaba*-Urteil, E. 5.1.2.

weis bestimmter Wettbewerbswirkungen in der Praxis kaum je möglich ist, zumal es um Wirkungen geht, wie etwa bei Kooperationsabreden, die häufig in der Zukunft liegen. Auf Grund seiner wirkungsbezogenen Vollbeweis-Argumentation im Baubeschlüsse-Fall wäre das BVerG in der Lage, praktisch jede Bussenverfügung der WEKO zu kassieren. Das Kartellgesetz könnte so weitgehend ausgehebelt werden.

Überdies erscheint es – in Anbetracht der im Kartellrecht nicht zu vermeidenden unbestimmten Rechtsbegriffe – paradox, wenn das Gericht einerseits die denkbar höchsten Beweisanforderungen stellt und andererseits, wie im vorliegenden Fall, die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Beweishilfen (in Form der Vermutungstatbestände) weitgehend ignoriert, indem es bei der Sachverhaltsprüfung gleichsam direkt auf eine Wirkungsanalyse zusteuert. Eine solche Analyse kann für sich genommen, wie erwähnt, den in Rede stehenden Beweisanforderungen kaum je genügen. Natürlich geht es im Kartellrecht letztlich darum, den Markt vor schädlichen Wirkungen privater Wettbewerbspraktiken zu bewahren. Doch sieht der Gesetzgeber für den Nachweis unzulässiger Wettbewerbsabreden eine *stufenweise Vorgehensweise* (strukturierte Prüfmethode) vor. Diese weist insbesondere die folgenden Elemente auf:

- Vorerst ist zu prüfen, ob eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt;
- alsdann ist zu fragen, ob die Abrede *erhebliche* (nicht ganz unbedeutende) Wirkungen auf dem Markt zeitigt bzw. zu zeitigen geeignet ist (Art. 5 Abs. 1 KG)⁴³;
- liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (tatsächlicher oder potenzieller Art) vor, ist weiter zu klären, ob diese im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG *effizient* ist⁴⁴.
 - und zwar ohne gleichzeitig *wirksamen Wettbewerb* zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG),
 - wobei diese letztere Prüfung durch die *beweisrechtlich bedeutsamen Vermutungstatbestände* in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erleichtert wird.

Bei den *Vermutungstatbeständen* handelt es sich um widerlegbare «Beweisverschiebungen», wie sie das BVGer – in Übereinstimmung mit der BV und der EMRK – selbst

in einem strafrechtsähnlichen Kontext für zulässig hält. Inhaltlich können die Vermutungstatbestände auch als Konkretisierung des Begriffs «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs» in Art. 5 Abs. 2 lit. b KG verstanden werden. Indessen haben sie nichts mit einer Einschränkung des generellen (wenn auch mit Rechtfertigungsmöglichkeiten versehenen) Kartellverbotes in Art. 5 Abs. 1 KG zu tun, wie dies gewisse Autoren in der (falschen) Annahme bzw. zur Stützung der These vertreten, das Schweizer Recht sei grundsätzlich milder als jenes der EU (die EU habe Verbote, die Schweiz bloss Vermutungen)⁴⁵.

Die erwähnte Prüfmethode – mit dem stufenweisen Vorgehen – ähnelt der Methodik anderer moderner Kartellgesetze, auch wenn gewisse, eher technisch begründete Unterschiede, etwa zwischen dem Ansatz des US-Antitrustrechts und jenem der EU (einschliesslich deren Mitgliedstaaten), nicht zu übersehen sind. Dennoch lässt sich etwas zugespitzt – und bei Abstellen auf den Kreis der heute fortgeschrittenen Volkswirtschaften – von einem quasi universellen Rechtsverständnis sprechen, wie es seit Jahrzehnten vor allem auch von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) aktiv gefördert wird.

6. Bestimmtheitsgebot und modernes Kartellrecht

Die strukturierte Prüfmethode kommt auch dem Bestimmtheitsgebot, wie es zumal im Kontext strafrechtsähnlicher Tatbestände von hoher Bedeutung ist, entgegen. Man möchte – ja man müsste – den Zusammenhang sogar umkehren: Dem Thema Beweisanforderungen wäre jenes des Bestimmtheitsgebots voranzustellen. Denn Beweisanforderungen sind umso leichter zu handhaben, je bestimmter die einschlägigen Tatbestände formuliert sind. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit von Tatbeständen lässt sich allerdings nicht abstrakt festlegen, sondern hängt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normad-

⁴³ BGE 129 II 18, F. 5.2.1. mit weiteren Hinweisen, vgl. auch BORER (FN 3), Kommentar KG, Art. 5, Rz. 19.

⁴⁴ Diese Prüfung kann im Falle von *nackten* Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, welche einen der gesetzlichen Vermutungstatbestände erfüllen, praktisch entfallen, nicht unbedingt jedoch z.B. bei Preis- oder Gebietsabreden im Rahmen echter Kooperationsvereinbarungen.

⁴⁵ So etwa JENS LEHNE, Basler Kommentar (FN 3), Art. 1, Rz. 25; ähnlich der Bundesrat im Zusammenhang mit der im Herbst 2014 gescheiterten Vorlage für eine KG-Revision (Botschaft 2011, Art. 1, Rz. 25). In aller Kürze sei hierzu bemerkt, dass sich in der EU wie in der Schweiz eine Art Quasi-Verbote für harte Kartelle erst in der Rechtspraxis entwickelt haben; von Gesetzes wegen sind hier wie dort sämtliche Verbotstatbestände durch Rechtfertigungsgründe relativiert; vgl. auch vorne, Ziff. 3.

ressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab⁴⁶. Damit stellt das Bundesgericht klar, dass dem Erfordernis möglichst bestimmter und klarer abstrakter Normen im modernen Kartellrecht – wie teils auch im Kernstrafrecht – objektive Grenzen gesetzt sind⁴⁷. Dabei handelt es sich um ein Problem, mit dem alle Rechtsordnungen dieser Welt konfrontiert sind. Die Normen des KG sind auch nicht etwa weniger bestimmt als z.B. jene der EU, ja sind diesen unter dem Aspekt des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes in gewisser Hinsicht sogar überlegen⁴⁸.

Moderne Kartellgesetze sind dem Schutz «wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet. Es handelt sich – was das materielle Recht betrifft – um Grundsatzurteile, die von ihrer Natur her mit weiten Ermessensbegriffen auskommen müssen⁴⁹. Die Unausweichlichkeit solcher Begriffe zeigt sich darin, dass oftmals formal gleiche Sachverhalte je nach den konkreten Umständen unterschiedlich zu beurteilen sind, wenn in der Fallbeurteilung dem Gesetzeszweck Genüge getan werden soll. Versuche einer forcierten gesetzgeberischen Konkretisierung, die der Sache auch wirklich gerecht würde, führen unweigerlich zu einer für praktische Zwecke ungeniessbaren Kasuistik in den Erlassen⁵⁰. Anders gewendet: Die erwähnten Ermessensbegriffe lassen sich sinnvoll nur durch die An-

wendung der Gesetze auf praktische Einzelfälle konkretisieren, dies im Sinne einer schrittweisen inhaltlichen Klärung der Normen⁵¹. Modernes Kartellrecht besteht somit letztlich – nicht nur in den USA – vorwiegend aus «case law»⁵².

Wie kann unter solchen Umständen das Bestimmtheitsgebot doch noch gebührend berücksichtigt werden? Grundsätzlich gilt, dass dem aus dem Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* fließenden Gebot Genüge getan ist, wenn der Rechtsunterworfenen anhand des Wortlauts einer Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe deren Auslegung durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen seine strafrechtliche Verantwortung begründen⁵³. Dabei kann der vorstehend diskutierte, modernem Kartellrecht entsprechende Prüfansatz auch bezüglich Normbestimmtheit, gerade was Art. 5 KG angeht, einen wichtigen Beitrag leisten – einen Beitrag, der mit Blick auf eine effektive Rechtsanwendung als unverzichtbar erscheint. Dieser Ansatz entspricht einem Mittelweg zwischen der mit der falschen Qualifizierung des KG als Missbrauchsgesetz evozierten, ausgeprägt *wirkungsbasierten* Angehensweise des BVGer im Baubeschläge-Fall, einerseits, und einem überspannt *formbasierten* Ansatz, wie er früher zeitweise von den USA – teils auch von der EU – praktiziert wurde, andererseits. Diese letzteren beiden, im Wettbewerbsrecht weltweit führenden Rechtsordnungen sind denn auch schon seit geraumer Zeit mit gutem Erfolg bemüht, ehe- dem übermässig formbasierte Verbote durch eine Strukturierung ihrer gesetzlichen Tatbestände mit Hilfe von (positiven und negativen) Vermutungen zu überwinden; die EU mit Gruppenfreistellungsverordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EU-Kommission, die USA mit Hilfe von «structured rules of reason» der Gerichte und «Guidelines» der Verwaltungsbehörden⁵⁴.

Diese moderne Art der Umsetzung von Wettbewerbsrecht entspringt der Einsicht, dass in einer komplexen, durch Internationalisierung und neue Technologien ge-

⁴⁶ Vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20; BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58 ff.; BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339 ff., je mit Hinweisen.

⁴⁷ Im *Publigroupe*-Urteil (FN 35), E. 8.2.1, führt das Bundesgericht in diesem Kontext u.a. aus, dass «[t]echnische oder relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen, [...] als Bestandteile von Straftatbeständen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht noch die Bestimmtheitsanforderungen» von Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) erfüllen können.

⁴⁸ Während im EU-Recht grundsätzlich sämtliche von der Generalklausel des Art. 101 AEUV erfassten Tatbestände sanktioniert werden können, gilt dies im KG nur für die – relativ bestimmten – Vermutungstatbestände des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Diese Lösung wurde besonders mit Rücksicht auf das *Bestimmtheitsgebot* getroffen. Die Botschaft des Bundesrates 2001, 2022 ff. (2041) hält dazu fest, dass «[d]ie Begriffe der Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen [...] keine Unsicherheiten [bieten], die einer juristischen Klärung bedürften»; grundlegend zur Frage auch: ROGER ZACH/ADRIAN KUNZLER, 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 Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 737 ff.

⁴⁹ Zur Unvermeidbarkeit «offener Normen» im Kartellrecht: vgl. auch *Publigroupe*-Urteil des BGer, E. 8.2.3.

⁵⁰ Dazu auch BALDI/SCHRANER (FN 1), 501 ff. mit weiteren Hinweisen; BALDI (FN 20). Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik, AJP/PJA 2012, 1183 ff. (passim).

⁵¹ Vgl. *Publigroupe*-Urteil (FN 35), E. 8.2.1, wonach weder Art. 7 EMRK, noch Art. 15 UNO-Pakt II, noch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV ein entsprechendes Verbot beinhalten.

⁵² Vgl. zum deutschen Recht in ähnlichem Sinne: BGH, 12.7.2013, KVR 11/12, WuW/E DE-R 3967 Rn 19.

⁵³ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 18. April 2013 C-501/11. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 18. April 2013 in Sachen *Schindler Holding Ltd und andere gegen Europäische Kommission* (Rz 136 ff.). Mit Art. 49a Abs. 3 lit. a KG besteht in der Schweiz gar eine institutionalisierte Form, rechtlichen Rat (bei der WEKO) einzuholen und damit auch ein Korrektiv der Unbestimmtheit von Normtexten.

⁵⁴ Dazu auch MARINO BALDI, Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP/PJA 2014, 960 ff. (961).

prägten Wirtschaft unternehmerisch und rechtsstaatlich vertretbare kartellrechtliche Anordnungen weitgehend nur mit Hilfe von Vermutungstatbeständen (Beweisvermutungen zu hypothetischen Fallkonstellationen) möglich sind. Ohne entsprechende inhaltliche Aussagen ist das im Wettbewerbsrecht besonders spannungsgeladene Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit auf produktive Weise gar nicht aufzulösen. Dieser Einsicht folgt auch das schweizerische Gesetz, wenn es für Art. 5 KG die erwähnte strukturierte Prüfung (vorne, Ziff. 5) vorsieht. Als eine solcherart strukturierte und aufgrund von Fallpraxis nach Möglichkeit weiter zu strukturierende Norm erweist sich Art. 5 KG durchaus als praktikable bzw. justiziable Vorschrift, die (mit dem beschriebenen Verständnis des Bestimmtheitsgebotes) dem Zweck des Gesetzes zu dienen vermag, nämlich private Wettbewerbsabreden wirkungsvoll ins Recht zu fassen.

7. «People matter!»

Ausgehend von einem falsch verstandenen «Missbrauchsprinzip», operiert das BVGer im vorliegenden Fall mit einem praktisch rein *wirkungsbasierten* Prüfansatz. Dabei ignoriert es die Struktur der Gesetzesnorm (Art. 5 KG), die – wie üblich im heutigen Kartellrecht – form- und wirkungsbasierte Elemente kombiniert. Angesichts von kaum überraschenden Schwierigkeiten bei der Umsetzung seiner Absicht, «Missbräuche» rechtlich direkt ins Visier zu nehmen (direkte, unstrukturierte Missbrauchsbeurteilung ist nicht justiziabel), nimmt das Gericht Zuflucht zu überspannten, dem Strafrecht entnommenen Beweisanforderungen. Mit deren Hilfe gelangt es zur Feststellung, es sei der Vorinstanz nicht gelungen, *zweifelsfrei* eine Gesetzeswidrigkeit nachzuweisen, weshalb die strittigen Verfügungen aufzuheben seien. Das Verdikt als solches mag, wie erwähnt (vorne, Ziff. 2), richtig sein, ist aber jedenfalls in seiner Herleitung verfehlt.

Mit Bezug auf die eigenwillige Methodologie des Gerichts muss man diesem auch vorhalten, wichtige Parameter einer modernen (wirkungsvollen) Wettbewerbspolitik zu verkennen:

- Wettbewerbsbehörden sollten sich schon aus Effizienzgründen nicht mit Bagatellen befassen müssen, sollten m.a.W. die Prüfung *unerheblicher* Sachverhalte abweisen können. Dabei ist ihnen ein gewisses Ermessen zuzugestehen. Damit haben die Behörden jedoch keinen Freipass, Bagatellklauseln – die eine Art Aufgreifkriterium darstellen – mit Blick auf *diffuse Missbrauchsvorstellungen* zum Kernthema der materiellen Sachverhaltsprüfung umzufunktionieren.

Für diese Prüfung stellt das KG – im ausländischen Recht seit Langem bewährte – Effizienzkriterien und Beweisvermutungen zur Verfügung, deren *Sinn und Zweck* nicht einfach missachtet werden darf.

- Bei der eigentlichen Fallbeurteilung sollten sich die rechtsanwendenden Behörden – im Interesse von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit – nach Möglichkeit auf *Beweisvermutungen* stützen können. Solche anhand von Fallpraxis bereitzustellen bzw. fortzuentwickeln, ist im Hinblick auf eine gerechte, rechtssichere und effiziente Wettbewerbspolitik eine ebenso vordringliche wie vornehme (rechtsschöpferische) Aufgabe der Wettbewerbsbehörden (Verwaltung und Gerichte)⁵⁵. Auch versteht es sich schon wegen der auf dem Spiel stehenden Interessen (Rechtssicherheit, Gerechtigkeit, Effizienz), dass bestehende Vermutungen auch anzuwenden sind.

Die WEKO befindet sich seit einigen Jahren auf gutem Weg, diesen Grundsätzen nachzuleben. Vor allem ist sie auch bemüht, die gesetzlichen Vermutungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG im Rahmen ihrer Rechtsanwendung durch zunehmend differenzierte, fallweise widerlegbare Beweisvermutungen zu konkretisieren und so ihre Politik möglichst wirkungsvoll zu gestalten. Das Gaba-Urteil des BVGer ist geeignet, entsprechende Anstrengungen zu unterstützen. Die WEKO könnte nun aber in ihrem diesbezüglichen Bemühen durch die – hoffentlich eher beiläufig falschen als gewollt revisionistischen – Urteilsbegründungen des BVGer im Baubeschläge-Fall einen herben Rückschlag erleiden⁵⁶; dies zum Schaden der Rechtsunterworfenen, letztlich vor allem aber auch des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

Somit zeigt sich einmal mehr, wie entscheidend wichtig für ein wirkungsvolles Kartellgesetz die rechtsanwendenden Behörden sind⁵⁷. Eine Redensart im angelsächsischen Rechtsraum bringt es auf den Punkt: *Norms matter – but people matter even more!*

⁵⁵ Vgl. BALDI/SCHRANER (FN 1), 501 ff. (bes. 503 f.); BALDI (FN 20), 1183 ff.

⁵⁶ Auf die Frage, wie sich die widersprüchlichen Urteile in formeller Hinsicht zueinander verhalten (Entscheid in *Fünfer-Besetzung* im Gaba-Fall und in *Dreier-Besetzung* im Baubeschläge-Fall), ist hier nicht weiter einzugehen.

⁵⁷ In diesem Sinn bereits: BALDI (FN 20), 1087; BALDI/SCHRANER (FN 1), 511.