

Blaise Carron / Patrick L. Krauskopf

## **Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung**

---

Les décisions récentes du Tribunal administratif fédéral contiennent des interprétations divergentes du concept de « notabilité » figurant à l'art. 5 LCart. La notabilité « per se » est proche du droit européen et ignore l'examen des effets sur le marché. Au contraire, une approche « plus économique » s'appuie sur la Constitution fédérale et l'art. 1 LCart. Elle exige de tenir compte non seulement du paramètre concurrentiel concerné (« notabilité qualitative ») mais aussi des effets concrets sur le marché (« notabilité quantitative »). Les auteurs sont d'avis que, du moins de lege lata, on ne peut pas renoncer à l'examen des effets concurrentiels.

---

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit de la concurrence; Droit des cartels

Proposition de citation: Blaise Carron / Patrick L. Krauskopf, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, in : Jusletter 30 mai 2016

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. Eine Auslegung des Begriffs «Erheblichkeit» (Art. 5 KG)
  - A. Vorausgesetzte qualitative und quantitative Erheblichkeit
  - B. Die qualitative Erheblichkeit
  - C. Die quantitative Erheblichkeit
- IV. Schlussfolgerungen

### I. Einleitung

Einleitung<sup>1</sup>

[Rz 1] Nach Art. 5 Abs. 1 Kartellgesetz (KG) sind nur solche Wettbewerbsabreden zu beanstanden, die mindestens eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirken. Das Gesetz selbst enthält keine Hinweise zur Auslegung dessen, was eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung kennzeichnet.

[Rz 2] Die Frage nach der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs «Erheblichkeit» im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 KG beschäftigt Rechtsprechung und Lehre seit Erlass des Kartellgesetzes. Methodologisch können qualitative und quantitative Elemente der Wettbewerbsbeeinträchtigung unterschieden werden. Dies ändert indes nichts daran, dass es nur eine Erheblichkeit gibt – diese aber zwei Elemente beinhaltet, einerseits ein qualitatives und andererseits ein quantitatives Element.

[Rz 3] Das Kartellrecht ermöglicht Eingriffe in das Grundrecht der Vertrags- und Handlungsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BV) von Unternehmen. Folglich muss für ein Unternehmen hinreichend bestimmbar sein, wann und wie sein Verhalten durch die Wettbewerbsbehörde geprüft wird. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hat zugenommen, seitdem die Wettbewerbsbehörde nach Massgabe von Art. 49a KG den Unternehmen Bussgelder auferlegen kann.

[Rz 4] Die Autoren halten dafür, dass ein Verbot nach Art. 5 KG in jedem Fall entsprechende Marktwirkungen voraussetzt. Ein Teilkartellverbot, d.h. ein Abstellen auf eine blosse «qualitative Erheblichkeit», sei dem Schweizer Kartellgesetz nämlich *de lege lata* fremd.

### II. Ausgangslage

[Rz 5] **Zwei gegensätzliche Auffassungen zur Erheblichkeit.** Die derzeitige Diskussion lässt sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

- a. **Erheblichkeit nach Gegenstand («Significance by Object»).** Das Konzept einer qualitativen *per se*-Erheblichkeit – welche sich am EU-Wettbewerbsrecht orientiert – hält dafür, dass allein aufgrund des betroffenen Wettbewerbsparameters eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

---

<sup>1</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 (Gaba International AG gegen WEKO) und B-463/2010 (Gebro Pharma GmbH); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2015 (Bayerische Motoren Werke AG gegen WEKO); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 (Altimum SA gegen WEKO).

trächtigung vorliegt. Auf einen Nachweis von tatsächlichen oder auch nur drohenden Marktwirkungen verzichtet diese Auffassung.

- b. **Erheblichkeit nach Gegenstand und Marktwirkung («Significance by Effects»)**. Die andere Auffassung mit dem sog. «more-economic»-Approach geht davon aus, dass Art. 5 Abs. 1 KG verlangt, dass eine Wettbewerbsabrede nur dann unzulässig ist (unter Vorbehalt ökonomischer Rechtfertigungsgründe), wenn nicht nur der betroffene Wettbewerbsparameter eine gewisse Bedeutung aufweist (sog. «Qualitative Erheblichkeit»), sondern die Wettbewerbsabrede spürbare volkswirtschaftliche Wirkungen auf dem Markt zeitigt oder zeitigen wird (sog. «Quantitative Erheblichkeit»).

[Rz 6] **Unschlüssiges Bundesverwaltungsgericht**. Die Praxis hatte sich vom Bundesverwaltungsgericht eine Klärung dieser Frage erhofft. Eine Analyse der jüngsten Urteile der St. Galler Richter lässt aber keine abschliessende Schlussfolgerung zu.

- a. **Ausschliesslich qualitative Erheblichkeit**. Einzelne Entscheide scheinen die Anforderungen an die Erheblichkeit insoweit zu lockern, als das Gericht in Richtung des Konzepts einer per se-Erheblichkeit tendiert. Eine Erheblichkeit wird somit aufgrund einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung ohne Analyse der quantitativen Auswirkungen angenommen.<sup>2</sup> Im Einzelnen:

- **Gaba/Gebro-Urteil**. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) statuierte in diesem Urteil, dass die Erheblichkeit grundsätzlich durch die Analyse qualitativer und quantitativer Kriterien zu analysieren sei.<sup>3</sup> Dennoch genüge in casu der Nachweis der qualitativ schwerwiegenden Erheblichkeit, um die Erheblichkeit im Allgemeinen zu bejahen.<sup>4</sup> Das BVGer führte dazu aus: «Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien».<sup>5</sup> Das Gericht betonte, dass dies auch der Rechtslage in der EU entspräche und im Sinne des Gesetzeszwecks wäre. So fügte es zum Schluss bei: «Gerade weil das Schweizer Kartellrecht bei Vertikalabreden eine Einzelfallprüfung vorsieht, ist es nicht zu beanstanden, dass Passivverkaufsverbote von ihrem Gegenstand her als qualitativ erheblich beurteilt werden, besteht doch immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz».<sup>6</sup>
- **BMW-Urteil**. Im BMW-Fall führt das BVGer nach einem «Argumentum a maiore ad minus»<sup>7</sup> folgendes aus: «Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, ist die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich im Sinne der Praxis der Vorinstanz sowohl anhand qualitativer und als auch quantitativer Elemente zu ermitteln. Demnach erfolgt die Abwägung der beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Diese Praxis erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo, wie im vorliegenden

---

<sup>2</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.8 und 11.2.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2013 E. 9.1.4 und 9.1.5.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.8.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.8 und 11.3.4.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.8.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.8.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2013 E. 9.1.4.

Fall, besonders problematische Abreden wie Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen sind. [...]. Wenn das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung statuiert, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus davon auszugehen, dass sie sich auch erheblich auf den Wettbewerb auswirken».<sup>8</sup>

a. **Zwingend qualitative und quantitative Erheblichkeit.** In anderen Entscheiden scheint sich das BVGer aber vom Konzept der per se-Erheblichkeit zu entfernen.<sup>9</sup> Danach ist für den Nachweis der Erheblichkeit eine Prüfung der qualitativen und quantitativen Aspekte durch die untersuchende Behörde erforderlich:

- **Baubeschläge-Urteil.** In Bezug auf eine horizontale Preisabsprache sagt das Gericht, dass es in der Schweiz keine per se-Erheblichkeit gibt. In der Schweiz ist das Kartellgesetz als Missbrauchsgesetzgebung anzusehen.<sup>10</sup> Das BVGer führte dazu aus: «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 Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt».<sup>11</sup> «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 durch die Vorinstanz zu untersuchen sind».<sup>12</sup>
- **Altimum-Urteil.** In Bezug auf eine vertikale Preisbindung verweist das BVGer auf den Sammelrevers-Entscheid des Bundesgerichts,<sup>13</sup> wonach eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nur dann vorliegen könne, wenn ein relevanter Wettbewerbsparameter (qualitativ) betroffen ist und die Beteiligten über einen erheblichen Marktanteil verfügen (quantitativ).<sup>14</sup> Dabei komme es auf eine einzelfallweise Beurteilung der beiden (qualitativen und quantitativen) Kriterien an. Da das Gesetz vermutet, dass eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb beseitigt, könne a majore ad minus auch vermutet werden, dass eine solche Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Das BVGer betont aber, dass es nur zu einer Vermutung der Erheblichkeit kommen könne und nicht zu einer per se-Erheblichkeit. Deshalb könne nicht nur die (ausdrücklich im Gesetz vorgesehene) Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs, sondern auch die (durch Auslegung bestimmte) Vermutung der Erheblichkeit widerlegt werden.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2013 E. 9.1.4.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3.

<sup>13</sup> BGE 129 II 18 E. 5.2.1. f. Der Verweis befindet sich im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4: «Toutefois, comme la présomption de suppression de la concurrence, prévue expressément par la loi, est réfragable, celle que l'on déduit, par interprétation légale, pour la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, des al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, doit néces-

### III. Eine Auslegung des Begriffs «Erheblichkeit» (Art. 5 KG)

#### A. Vorausgesetzte qualitative und quantitative Erheblichkeit

[Rz 7] **Verfassung und Gesetz.** Art. 96 Abs. 1 BV beauftragt den Bund zum Erlass von «Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen sowie anderen Wettbewerbsbeschränkungen». Art. 1 KG nimmt den Inhalt aus Art. 96 Abs. 1 BV wörtlich auf.

- a. **Schädliche Auswirkungen.** Aus der Auslegung des Begriffspaars «schädliche Auswirkungen» ergeht, dass sowohl der Verfasser als auch der Gesetzgeber eine Missbrauchsgesetzgebung vorgesehen haben.<sup>16</sup> Diese Auffassung wird durch den Botschaftstext aus dem Jahr 1995 untermauert.<sup>17</sup>
- b. **Ablehnung Teilkartellverbot.** Die 2014 gescheiterte KG-Revision, mit welcher ein Teilkartellverbot hätte eingeführt werden sollen, zeigt, dass das Konzept der Missbrauchsgesetzgebung nach wie vor gelten soll. Der Auffassung, wonach die Formulierung der Verfassung nicht mehr zeitgemäss und daher weniger stark zu gewichten sei,<sup>18</sup> wird damit der Wind aus den Segeln genommen. Dieser bewusste, demokratisch und rechtsstaatlich legitimierte Entscheid ist zu respektieren. Der Versuch, das Teilkartellverbot auf andere Weise in die Schweizerische Kartellgesetzgebung einzuführen, ist vor diesem Hintergrund eher fragwürdig und wirft in Bezug auf die Rechtssicherheit Fragen auf.

[Rz 8] **Missbrauchsgesetzgebung.** Bei diesem Gesetzgebungssystem werden Abreden nicht grundsätzlich verboten. Es ermöglicht aber ein Einschreiten der Behörden, wenn (aktuelle oder potentielle) schädliche Auswirkungen konkret nachweisbar sind.<sup>19</sup>

- a. **Gradmesser: Volkswirtschaft.** Nach Massgabe des Kartellgesetzes von 1962 stufte das Bundesgericht eine Wettbewerbsbeschränkung dann als erheblich ein, wenn diese von der betroffenen Partei aufgrund ihrer qualitativen Intensität als Beschränkung empfunden wurde. Der Individualschutz stand im Vordergrund, mithin die Beeinflussung der Handlungsfähigkeit der Partei.<sup>20</sup> Demgegenüber vollzog das Kartellgesetz von 1995 einen Paradigmenwechsel. Zentral wurde der Schutz des Wettbewerbs als Institution.<sup>21</sup>
- b. **Schädlichkeits-Analyse.** Hinreichend schädlich und somit unzulässig ist eine Wettbewerbsabrede nach dem neuen Kartellgesetz nur dann, wenn sie den Wettbewerb beseitigt oder er-

---

sairement l'être également. Il s'ensuit qu'il doit être possible non seulement de démontrer que la concurrence n'a pas été supprimée mais encore qu'elle n'a pas été affectée de manière notable».

<sup>16</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4; vgl. auch AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE/REINERT MANI, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Loi sur les cartels, 2. Aufl., Genf/Basel 2013, N 19 und 119 f. zu Art. 5; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz Marc/Reinert Mani, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, N 33 und 88 zu Art. 5; KAUFMANN OLIVER, Relative Marktmacht, Konzept, Praxis und Rechtsentwicklung im Schweizer Kartellrecht, Diss., Zürich 2014, S. 17, N 39.

<sup>17</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, S. 555.

<sup>18</sup> HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015, N 13 ff.

<sup>19</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 38 zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 119 f. zu Art. 5. (Fn. 16).

<sup>20</sup> BGE 129 II 18 E. 5.2.1.

<sup>21</sup> BALDI MARINO/BORER JÜRIG, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, S. 343 ff.; HOFFET FRANZ, in: Homburger Eric et al., Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 66 zu Art. 5.

heblich beeinträchtigt. In derselben Abfolge wird das Vorliegen von Schädlichkeit auch schematisch geprüft.<sup>22</sup>

- **Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.** Dieser wird bei Horizontalabreden (Unternehmen gleicher Marktstufe) nach Art. 5 Abs. 3 KG bei Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden vermutet.<sup>23</sup> Bei Vertikalabreden (Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen) liegt die Vermutung sodann nach Art. 5 Abs. 4 KG bei der Festlegung von Mindest- oder Festpreisen sowie absolutem Gebietsschutz vor.<sup>24</sup> Können die betroffenen Unternehmen einen bestehenden Restwettbewerb nachweisen, so wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>25</sup>
- **Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.** Die Praxis der Wettbewerbsbehörden zeigt, dass die Vermutung in der Regel durch den Nachweis von ausreichendem Aussen- oder Innenwettbewerb widerlegt werden kann.<sup>26</sup> Diesfalls kommt ein Verbot nur dann in Betracht, wenn eine Einzelfallanalyse zeigt, dass die fragliche Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt.

[Rz 9] **Rechtsprechung.** Aufgrund des Verfassungsauftrages sowie des Kartellgesetzes, welche auf dem Prinzip der Missbrauchsgesetzgebung fussen, erging mit BGE 129 II 18 ein Leitentscheid des Bundesgerichts. Das Bundesgericht verlangt eine Einzelfallanalyse, in der sowohl die qualitativen als auch die quantitativen Eigenschaften der «Erheblichkeit» zu prüfen sind.<sup>27</sup> Das BVGer hielt dieses Prinzip auch im Baubeschläge-Urteil und im Altimum-Urteil wörtlich fest.<sup>28</sup>

## B. Die qualitative Erheblichkeit

[Rz 10] Soweit es um die erste Komponente der Erheblichkeit geht, lassen sich aufgrund der Gesetzssystematik zwei Fallgruppen unterscheiden:

[Rz 11] **Gesetzliche qualitative Erheblichkeit.** Der Gesetzgeber hat die Vermutungstatbestände aus Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht grundlos in das Gesetz aufgenommen.<sup>29</sup> Sie erleichtern der Wettbewerbsbehörde den Nachweis, dass der betroffene Wettbewerbsparameter das qualitativ vorausgesetzte volkswirtschaftliche Schädlichkeitspotential aufweist.

---

<sup>22</sup> BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, AJP 2015, S. 1529 ff., S. 1532.

<sup>23</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 362 ff. und 369 zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 371 ff. und 375 zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>24</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 475 ff. zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 526 ff. und 545 ff. zu Art. 5 (Fn. 16),

<sup>25</sup> BGE 129 II 18 E. 8.1; KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 476 und 574 ff. zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 483 ff. und 645 ff. zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>26</sup> Für horizontale Abreden, vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6; RPW 2015/2, S. 177, N 105; RPW 2013/2, S. 194, N 257. Für vertikale Abreden, vgl. BGE 129 II 18 E. 6.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 10.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, 5.4.2.

<sup>27</sup> BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, N 20 ff. zu Art. 5; JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, in: SJZ 111/2015, S. 229, S. 232.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.1.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.4.

<sup>29</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 88 zu Art. 5 (Fn. 16).

- a. **Keine per se-Regeln.** Dass aus diesen Vermutungstatbeständen indes kein per se-Verbot (unter Vorbehalt der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG) angenommen werden kann, zeigt sich darin, dass eine Widerlegung der Vermutung just mit einer quantitativen Komponente erfolgt, nämlich dem Nachweis von Aussen- und Innenwettbewerb für horizontale Abreden und von Intra- und Interbrandwettbewerb für vertikale Abreden.<sup>30</sup>
- b. **Wertung des Gesetzgebers.** Aus Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergibt sich eine Wertung des Gesetzgebers, wonach die dort erwähnten Wettbewerbsparameter einen besonderen Status geniessen. Soweit es darum geht zu beurteilen, ob das qualitative Element der Erheblichkeit erfüllt ist, so können die Wettbewerbsbehörde sowie die Rechtsmittelinstanzen aufgrund dieser Wertung grundsätzlich ohne weitere Abklärungen darauf schliessen, dass deren Beschränkung die vorausgesetzte qualitative Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung erfüllen. Es handelt sich nämlich in qualitativer Hinsicht um elementare und zentrale Wettbewerbsparameter.<sup>31</sup>

[Rz 12] **Einzelfallweise qualitative Erheblichkeit.** Neben den Vermutungstatbeständen aus Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gibt es nach Art. 5 Abs. 1 KG auch andere Absprachen, welche den Grad der qualitativen Erheblichkeit erreichen können. Die Untersuchung, ob im konkreten Fall qualitative Erheblichkeit vorliegt, erfolgt durch eine Einzelfallanalyse.<sup>32</sup> Dabei muss namentlich dargelegt werden, dass die beanstandete Abrede die kausale Ursache für die Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs ist.<sup>33</sup>

## C. Die quantitative Erheblichkeit

[Rz 13] Kann der qualitative Aspekt der Erheblichkeit belegt werden, muss im nächsten Schritt das quantitative Element der Erheblichkeit nachgewiesen werden. Eine Abrede gilt grundsätzlich als quantitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG, wenn die quantitativen Schwellenwerte erreicht und überschritten sind. Erst mit diesem Beweis kommt es – unter Vorbehalt von Art. 5 Abs. 2 KG – zur Rechtsfolge der Unzulässigkeit.

[Rz 14] **Abstrakte Kriterien.** Eine Störung der Wettbewerbsfunktion setzt nach der Auffassung des Bundesgerichts voraus, dass das Unternehmen zudem über einen bestimmten Grad an Marktanteilen verfügt.<sup>34</sup> Das Kriterium des Marktanteiles ist hinsichtlich der quantitativen Erheblichkeit das primäre Beweismittel.<sup>35</sup>

- a. **Marktanteile.** Entscheidend ist, wie umfassend der Markt von einer Wettbewerbsabrede tangiert ist.<sup>36</sup> Je mehr Marktanteile die an der Abrede beteiligten Unternehmen haben, desto grösser ist die Wirkung auf den Markt und damit auch die Wahrscheinlichkeit, dass eine

---

<sup>30</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 485 ff. (horizontale Abreden) und 510 ff. (vertikale Abreden) zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>31</sup> HAGER PATRICIA M./MURER ANGELIKA S., Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, Recht 2015 S. 197.

<sup>32</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 54 ff. zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 135 ff. zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>33</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 56 ff. zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 228 zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>34</sup> BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. (Fn. 2).

<sup>35</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, N 157 zu Art. 5 (Fn. 16); AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 137, 159 ff. und 191 ff. zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>36</sup> Vgl. dazu RPW 2000/3, S. 362, N 98.

quantitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Deshalb ist konsequenterweise auch die Marktabgrenzung für die Bestimmung der Marktanteile und der Auswirkungen auf den Markt von zentraler Bedeutung zur Beurteilung der quantitativen Erheblichkeit<sup>37</sup>.

- b. **Andere Kriterien.** Die Marktpenetranz einer Wettbewerbsabrede richtet sich aber nicht nur nach den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen, sondern auch nach der Anzahl und Bedeutung der an der Abrede beteiligten Unternehmen (z.B. Umsatz).<sup>38</sup>

[Rz 15] **Konkrete Kriterien.** Das Bundesgericht entschied in Sachen Sammelrevers, dass die Erfüllung des quantitativen Kriteriums eindeutig erfüllt war, da die an der Abrede beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 90% aufwiesen.<sup>39</sup> Zur Beurteilung der quantitativen Erheblichkeit im Rahmen der Marktanteile können zudem die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996 sowie das jüngste Urteil des BVGer in Sachen Altimum herangezogen werden. Es sind zwei Schwellen zu erkennen:

- a. **1. Schwelle: Keine Erheblichkeit bei Marktanteil < 20% (horizontale Abreden) bzw. < 30% (vertikale Abreden).** (i) Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU müssen Unternehmen namentlich dann keine Angaben zu den sachlichen und räumlichen Märkten machen, wenn die vom Zusammenschlussverfahren betroffenen Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Anteil von 20% oder weniger erreichen.<sup>40</sup> In solchen Fällen, wenn also ein Wettbewerber von einem anderen insgesamt akquiriert wird, geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass der Zusammenschluss für den Wettbewerb unbedenklich ist.<sup>41</sup> Bei einer horizontalen Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen mit insgesamt weniger als 20% Marktanteil ist folglich auch davon auszugehen, dass die volkswirtschaftlichen Wirkungen nicht grösser sein können als bei einem Zusammenschluss derselben Unternehmen. Die Schwelle der quantitativen Erheblichkeit dürfte folglich bei horizontalen Abreden über 20% Marktanteil liegen. (ii) Das Schädlichkeitspotential von sog. vertical restraints ist in der Regel kleiner als bei horizontalen Kartellen. Wenig überraschend ist, dass das Bundesverwaltungsgericht in quantitativer Hinsicht – nach Erkenntnissen der ökonomischen Lehre – die Schwelle der Erheblichkeit grundsätzlich bei 30% Marktanteil setzt.<sup>42</sup>
- b. **2. Schwelle: Erheblichkeit bei Marktanteil > 80%.** Die bisherige Rechtsprechung lässt die Schlussfolgerung zu, dass grundsätzlich die Schwelle der quantitativen Erheblichkeit bei kumulierten Marktanteilen der beteiligten Unternehmen ab 80% Marktanteil erfüllt ist. Das Bundesgericht hat folgerichtig ausgeführt, dass der Wettbewerb bei einem Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen von rund 90% erheblich beeinträchtigt ist.<sup>43</sup>
- c. **Fragliche Erheblichkeit bei Marktanteilen zwischen 20 und 80%.** Die nicht aufeinander abgestimmten Entscheide der Wettbewerbskommission sowie die eher spärliche Rechtspre-

---

<sup>37</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 137 zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>38</sup> BORER, Wettbewerbsrecht, N 23 zu Art. 5 (Fn. 27).

<sup>39</sup> BGE 129 II 18 E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.3.2.

<sup>40</sup> BORER JÜRIG/KOSTKA JUHANI, in: Amstutz Marc/Reinert Mani, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, N 23 f. zu Art. 32; BOVET CHRISTIAN/MERKT BENOIT, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Loi sur les cartels, 2. Aufl., Genf/Basel 2013, N 34 zu Art. 32; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 207 zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>41</sup> Vgl. z.B. RPW 2015/3, S. 483, N 112; RPW 2014/4, S. 763, N 51.

<sup>42</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.4.3, gestützt auf AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 207 zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>43</sup> Vgl. BGE 129 II 18 E. 5.2.2: «Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% [...] ist deshalb davon auszugehen, dass der Wettbewerb hier erheblich beeinträchtigt ist».

chung der Gerichte erlauben keine weiteren verlässlichen Schlussfolgerungen.<sup>44</sup> In diesem Zusammenhang besteht für Unternehmen zurzeit (noch) im Hinblick auf die konkreten Schwellen eine beträchtliche Rechtsunsicherheit.<sup>45</sup> Demgegenüber scheint es relativ klar zu sein, dass eine Abrede ein gewisses Mass an Auswirkung bzw. quantitativer Erheblichkeit erreichen muss, um insgesamt als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung eingestuft zu werden.

#### IV. Schlussfolgerungen

[Rz 16] **Erste Schlussfolgerung «Missbrauchsgesetzgebung».** Das Schweizer Kartellrecht fusst auf einer Missbrauchsgesetzgebung. Dies ergibt sich aus der Bundesverfassung und dem Kartellgesetz. Die Praxis der Wettbewerbsbehörde sollte nicht verkennen, dass der Gesetzgeber 2014 bei seiner Weigerung, überhaupt auf die Revision des Kartellgesetzes einzutreten, seine Opposition gegen ein Teilkartellverbot («Verbot by Object») deutlich gemacht hat. Dies wäre Voraussetzung gewesen, um Abstand vom geltenden «Verbot by Effects» zu nehmen.

[Rz 17] **Zweite Schlussfolgerung «Quantitative und qualitative Erheblichkeit».** Das Verbot einer Wettbewerbsabrede setzt eine schädliche volkswirtschaftliche Wirkung auf dem in Frage stehenden Markt voraus. Ein «schädliche Auswirkung» liegt mithin vor, wenn die zu untersuchende Wettbewerbsabrede sowohl qualitativ («Bedeutung des Wettbewerbsparameters») sowie quantitativ («Marktpenetranz der Wettbewerbsabrede») zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt.

[Rz 18] **Bundesgerichtliche Klärung.** Unternehmen, aber auch Behörden und Gerichte erwarten vom Bundesgericht Klärung der Frage nach den Beurteilungskriterien der Erheblichkeit.

- a. **Unternehmenssicht.** Unternehmen müssen wissen, wann ein Verhalten zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Sie haben das Recht zu wissen, wann ihnen eine Geldbusse droht. Es ist daher im Interesse unserer Marktwirtschaft und der Rechtssicherheit, dass die Frage nach den Beurteilungskriterien der Erheblichkeit so bald wie möglich höchst-richterlich geklärt wird.
- b. **Behördensicht.** Nicht weniger komfortabel ist die Lage der Wettbewerbsbehörde. Politik und Öffentlichkeit erwarten von ihr ein schnelles und dezidiertes Vorgehen gegen Kartelle. Die jüngsten Entscheide der Wettbewerbskommission enthalten jeweils Alternativ-Begründungen.<sup>46</sup> Zunächst wird als Hauptbegründung auf eine per se-Erheblichkeit geschlossen, sobald wichtige Wettbewerbsparameter betroffen sind, und dann wird eine Alternativ-Begründung nachgeschoben, bei welcher zudem auch noch das quantitative Element der Erheblichkeit geprüft wird. Darunter leidet die Effizienz der Behörde.

---

<sup>44</sup> Für eine Übersicht der Praxis der Wettbewerbsbehörde, vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, N 166 ff. (horizontale Abreden) und 204 ff. (vertikale Abreden) zu Art. 5 (Fn. 16).

<sup>45</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 6.4. und 6.5.

<sup>46</sup> RPW 2015/2, S. 232, N 237 ff.; RPW 2013/2, S. 194, N 258 ff. Vgl. dazu auch Verfügung der WEKO vom 29. Juni 2015 (in Sachen Saiteninstrumente und Zubehör); Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 (in Sachen Onlinebuchungsplattformen für Hotels).

Prof. Dr. BLAISE CARRON, LL.M. (Harvard), ist ordentlicher Professor an der Universität Neuchâtel (UniNE) und Counsel in der Kartellrechtskanzlei AGON Partners.

Prof. Dr. PATRICK L. KRAUSKOPF, LL.M. (Harvard), ist Chairman der Kartellrechtskanzlei AGON Partners und Leiter des Zentrums für Wettbewerbsrecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW).