



Kommentar zu: Urteil [B-5685/2012](#) vom 17. Dezember 2015
Sachgebiet: Kartellrecht
Gericht: Bundesverwaltungsgericht
Spruchkörper: Abteilung II
dRSK-Rechtsgebiet: Kartellrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Bundesverwaltungsgericht hebt die Verfügung der WEKO in Sachen Altimum SA («Bergsportartikel») auf

Autor / Autorin

Gion Giger

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Reto Jacobs

walderwys

Mit Urteil B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 hebt das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) die Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 20. August 2012 in Sachen «Altimum SA» auf. Das BVGer schreibt damit ein weiteres Kapitel in der laufenden Erheblichkeitsdiskussion. Im Unterschied zu «BMW» (Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-3332/2012 vom 13. November 2015) schlägt das Pendel wieder in die gegenteilige Richtung aus, da das BVGer bei der Erheblichkeitsprüfung auf die konkreten Auswirkungen der Wettbewerbsabrede im Markt abstellt.

1. Die Verfügung der WEKO

[1] Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 20. August 2012 (Verfahren 22-0399, verfügbar unter <http://www.weko.admin.ch/>), Rubrik «Letzte Entscheide») zum Schluss gelangt, dass zwischen der Roger Guenat SA und ihren Händlern zwischen 2006 und 2010 Wettbewerbsabreden über Mindestverkaufspreise bestanden. Die Roger Guenat SA tritt heute unter der Firma «Altimum SA» auf (nachfolgend deshalb «Altimum»). Altimum war zu diesem Zeitpunkt Importeurin verschiedener Bergsportartikel, darunter Generalimporteurin für bestimmte Marken, wie z.B. Petzl.

[2] Gemäss WEKO hätten sich die Händler gegenüber Altimum verpflichtet, sich an die offizielle Preisliste von Altimum zu halten. Dabei hätten sie lediglich die Möglichkeit gehabt, ihren Kunden einen Rabatt von maximal 10% zu gewähren. Damit habe eine Wettbewerbsabrede über Mindestpreise bestanden. Altimum habe diese Preisvorgabe mit Hilfe der Drohung durchgesetzt, dass ein Händler nicht oder nicht mehr beliefert werde, wenn er sich nicht an die Preisvorgaben halte.

[3] Die WEKO stellte fest, dass Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Kartellgesetz (KG; [SR 251](#)) in Form von Vereinbarungen zwischen Altimum und den Händlern – und nicht in Form von abgestimmten Verhaltensweisen – vorlagen. Sie qualifizierte diese Wettbewerbsabreden als Preisbindung zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 [KG](#). Weiter kam sie zum Schluss, dass die Vermutung von Art. 5. Abs. 4 [KG](#) zwar in allen relevanten Märkten, mit Ausnahme des Marktes für Stirnlampen, widerlegt werden könne. Aber auch für diese Märkte bejahte die WEKO eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 [KG](#). Im Ergebnis verhängte sie gegen Altimum eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 [KG](#) in der Höhe von CHF 470'000.

[4] Altimum argumentiert, dass es sich bei den kommunizierten Preisen nur um unverbindliche Preisempfehlungen handle. Altimum bestreitet somit, dass überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 [KG](#) über die Wiederverkaufspreise vorlag (Erw. 4.5).

2. Das Urteil des BVGer

2.1 Zur Frage der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Ab. 1 KG: Vereinbarungen zwischen Altimum und den Händlern

[5] Die WEKO hatte exemplarisch für vier Händler dargelegt, dass Altimum Druck auf sie ausgeübt hatte. Das BVGer untersucht die Korrespondenz mit allen vier Händlern und kommt zum Schluss, dass für drei Händler nicht nachgewiesen sei, dass sie sich an die Vorgaben von Altimum hielten. Für diese drei Händler verneint es das Gericht, dass Wettbewerbsabreden in Form von Vereinbarungen mit diesen Händlern bestanden (Erw. 4.6).

[6] Hingegen bejaht das BVGer, dass Vereinbarungen zwischen Altimum und denjenigen Händlern bestanden, die sich bei Altimum über die Preispolitik anderer Händler beschwert hatten. Nach Auffassung des BVGer kann aus diesem Verhalten abgeleitet werden, dass zwischen diesen (denunzierenden) Händlern und Altimum eine Vereinbarung bestand und diese Händler sich daran hielten.

[7] Gestützt auf Erwägungen gelangt das BVGer zum Ergebnis, dass eine Wettbewerbsabrede über Mindestverkaufspreise in Form einer Vereinbarung zwischen Altimum und 39 Händlern bestand, wobei es sich bei 35 um regional tätige Händler handelt (Erw. 4.7).

Kommentar

[8] Tatsächlich hatte sich die WEKO den Nachweis einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 [KG](#) zu einfach gemacht. Sie war für alle Händler davon ausgegangen, dass sich diese dazu verpflichteten, die Preise der offiziellen Preisliste einzuhalten (Verfügung Rz 116). Im Wesentlichen leitete sie dies daraus ab, dass Altimum über einen Katalog von Anforderungen verfügte, die alle Händler erfüllen mussten, und dass eines dieser Kriterien eine «politique de prix raisonnable et responsable» verlangte. Zusätzlich verwies die WEKO auf Beispiele von Korrespondenz zwischen Altimum und einzelnen Händlern, welche die Vereinbarungen belegen würden.

[9] Der Umstand, dass sich alle Händler damit einverstanden erklärten, eine «politique de prix raisonnable et responsable» zu verfolgen, genügt angesichts der Vorgaben des Untersuchungsgrundsatzes und der Beweislastregeln (und nicht zuletzt wegen der Vorgaben von Art. 6 [EMRK](#); vgl. Erw. 4.5.2 bis 4.5.4) nicht, um auf eine Preisabrede zu schliessen. Es ist deshalb zu begrüssen, dass das BVGer der Argumentation der WEKO nicht folgt und für jeden einzelnen Händler im Detail prüft, ob mit ihm tatsächlich eine Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Eine Preisabrede setzt Konsens zwischen den Parteien und damit die Zustimmung des einzelnen Händlers voraus, sich an die Preisvorgaben zu halten. Nur in einem Fall konnte die konkludente Zustimmung nachgewiesen werden, weil offenbar erstellt ist, dass sich der betreffende Händler an die Preisvorgaben hielt. In den Fällen, in denen die Zustimmung der Händler nicht nachgewiesen werden konnte, verneint das BVGer eine Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung zu Recht.

[10] Allerdings dürfen die Ausführungen des BVGer nicht missverstanden werden. Es kann aus dem vorliegenden Urteil kaum der Schluss gezogen werden, dass für den Nachweis einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 [KG](#) wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zwingend notwendig sind. Eine solche Auffassung stünde im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 [KG](#) («bezwecken oder bewirken»).

2.2 Zur Frage der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG: abgestimmte Verhaltensweise von Altimum und den Händlern

[11] Für unverbindliche Preisempfehlungen hält das BVGer fest, dass sie nur dann eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen und damit als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 [KG](#) zu qualifizieren sind, wenn zwei Elemente kumulativ gegeben sind:

- Der Hersteller übt Druck auf die Händler aus oder setzt Anreize, damit diese die Preisempfehlungen umsetzen.
- Die Händler befolgen die Preisempfehlungen tatsächlich zu einem grossen Teil («dans une large mesure»; Erw. 4.2.5).

[12] Das BVGer gelangt bei seiner Beurteilung zum Schluss, dass sich die erste Voraussetzung wegen der grossen Anzahl Händler praktisch nicht umsetzen liess und deshalb keine «réels effets contraignants» gegenüber der Gesamtheit der Händler erzeugen konnte. Ferner habe die WEKO auch die Erfüllung der zweiten Voraussetzung nicht nachgewiesen: Lediglich für 17 Händler (also für rund einen Sechstel der gesamthaft 333 Händler) erachtet es das BVGer als erwiesen, dass sie die Preisempfehlungen von Altimum im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise befolgt haben. Darunter ist kein *Key Account* von Altimum. Zusammen mit den 39 Händlern (darunter nur ein einziger bedeutender Händler oder *Key Account*), bei denen das BVGer eine Vereinbarung über Mindestpreise bejaht, ergebe dies eine Gesamtzahl von 56 Händlern, die die Preisvorgaben effektiv umgesetzt hätten. Dies genügt nach Auffassung des BVGer nicht, um eine abgestimmte Verhaltensweise nachzuweisen. Insbesondere würden es die Beweislastregeln nicht zulassen, aus der untersuchten Korrespondenz bzw. aus dem Anforderungskatalog, den Altimum (unilateral) für die Zulassung ihrer Händler formuliert hatte, den Schluss zu ziehen, dass sich schlechthin die «quasi totalité» der Händler an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt hätte (vgl. zum Ganzen insb. Erw. 4.8.4).

Kommentar

[13] Für eine abgestimmte Verhaltensweise sind zwei kumulative Voraussetzungen erforderlich: Druck oder Anreize seitens des Herstellers und ein hoher Befolgungsgrad unter den Händlern. Jedes Element allein kann nicht genügen. Zudem ist zwischen den beiden Elementen ein Kausalzusammenhang notwendig: Die Befolgung durch einen Händler muss durch den Druck oder die Anreize des Herstellers verursacht sein. Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt nämlich den inneren übereinstimmenden Willen der beteiligten Unternehmen voraus, die Preisempfehlungen als Mindest- oder Festpreise zu verstehen und umzusetzen. Im Unterschied zur Vereinbarung genügt hier zwar ein innerer Konsens, ohne dass ein ausdrücklicher Willensaustausch zwischen den Unternehmen notwendig wäre. Ein innerer

Konsens muss aber zwingend vorhanden sein (vgl. zum Ganzen z.B. Gion Giger, Vertikale Wettbewerbsabreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, S. 864 m.w.H.).

[14] Die Befolgung allein ist gemäss BVGer kein hinreichender Beweis für eine abgestimmte Verhaltensweise. Damit dürfte sich das BVGer implizit gegen die Praxis der WEKO stellen, die stark auf den Befolgungsgrad fokussiert und das erste Element (Ausüben von Druck oder Setzen von Anreizen) weitgehend vernachlässigt. So hat die WEKO z.B. in der Untersuchung in Sachen Kosmetikprodukte (Dermalogica; RPW 2014/1, S. 184 ff.) zwar ausgeführt, dass neben dem Befolgungsgrad zusätzliche Elemente nachgewiesen werden müssten, um von der Befolgung auf eine abgestimmte Verhaltensweise schliessen zu können. Gleichzeitig hält die WEKO aber fest, dass die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen nicht die einzigen Elemente seien, die dafür in Frage kämen. Alternativ genüge für eine abgestimmte Verhaltensweise auch, dass die Empfehlungen im Interesse der Empfänger abgegeben würden (Verfügung Rz 96). Da aber unverbindliche Preisempfehlungen in aller Regel im Interesse der Händler bzw. der Kunden sind, würde die Auffassung der WEKO dazu führen, dass faktisch allein der Befolgungsgrad darüber entscheiden würde, wann unverbindliche Preisempfehlungen eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen. Mit dem vorliegenden Urteil des BVGer dürfte diese Sichtweise nicht mehr haltbar sein.

[15] Im nachfolgenden Teil des Urteils geht das BVGer lediglich noch von Wettbewerbsabreden zwischen Altimum und den 39 Händlern aus. Aufgrund der Urteilsbegründung erschliesst sich dem Leser aber nicht ganz, warum das BVGer für die genannten 17 Händler eine Wettbewerbsabrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise offenbar ablehnt, obwohl es gleichzeitig der Auffassung ist, dass diese die Preisvorgaben befolgt hätten. Ein Grund dafür könnte sein, dass das BVGer die erste Voraussetzung (Ausüben von Druck oder Setzen von Anreizen) resp. den Kausalzusammenhang zwischen den beiden Voraussetzungen in diesen Fällen als nicht bewiesen erachtet.

2.3 Zur Frage der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

[16] Anders als die WEKO gelangt das BVGer zum Schluss, dass die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 [KG](#) in allen relevanten Märkten und somit auch im Markt für Stirnlampe widerlegt werden kann (Erw. 5). Somit ist in allen relevanten Märkten die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 [KG](#) zu beurteilen.

[17] Das BVGer betont, dass es für den vorliegenden Fall, in welchem ein Hersteller einen Mindestpreis vorgibt, nicht von der bundesgerichtlichen Praxis i.S. Sammelrevers abweichen wolle ([BGE 129 II 18](#)). Darin habe das Bundesgericht festgehalten, dass sowohl qualitative wie quantitative Kriterien bei der Beurteilung der Erheblichkeit massgebend seien (Erw. 5.2.1). Es stellt sich damit gegen den Ansatz des BVGer im Entscheid Gaba/Gebro, wonach bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 [KG](#) «[...] a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen [sei], unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.» (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [B-506/2010](#) vom 19. Dezember 2013, Erw. 11.1.8 – Gaba/Gebro; ähnlich auch im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [B-3332/2012](#) vom 13. November 2015, Erw. 9.1 – BMW). Das BVGer hält fest, dass man aus der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 [KG](#), wonach eine entsprechende Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitige, «a maiore ad minus» die Vermutung ableiten könne, dass eine solche Wettbewerbsabrede auch in quantitativer Hinsicht erheblich sei. Auch diese Vermutung sei aber widerlegbar. Deshalb könne auch bei einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 [KG](#) nachgewiesen werden, dass sie den Wettbewerb nicht in erheblicher Weise beeinträchtige (Erw. 6.3.4).

[18] Eine starke Marktstellung des Herstellers, der die Preisempfehlungen publiziert, ist nach Auffassung des BVGer notwendig, aber nicht ausreichend, um eine quantitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken. Zur Analyse der Erheblichkeit gehöre auch eine Beurteilung des Befolgungsgrads seitens der Händler und die Marktanteile dieser Händler. Nur für 39 Händler von total 333 sei vorliegend erwiesen, dass sie die Preisvorgaben von Altimum befolgt hätten. Dies entspräche lediglich 12% der Händler. Zudem habe nur ein *Key Account* (von 21) die Preisvorgaben umgesetzt. Gemäss BVGer ist deshalb nicht von einer erheblichen Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs auszugehen (Erw. 6.4.4). Zum gleichen Ergebnis gelangt das BVGer hinsichtlich des Inter-brand-Wettbewerbs. Zwar verfügte Altimum im Untersuchungszeitraum namentlich im Bereich der Stirnlampen über einen hohen Marktanteil (im Bereich von [70-80%] und [60-70%]). Für die Beurteilung der Erheblichkeit dürften aber nur die Marktanteile berücksichtigt werden, die auf die wenigen Händler entfielen, die sich an die Wettbewerbsabrede hielten (Erw. 6.4.5).

Kommentar

[19] Diese Ausführungen des BVGer verdienen Zustimmung. Damit folgt das vorliegende Urteil der vom BVGer bereits im Entscheid «Fensterbeschläge» bestätigten Sichtweise (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [B-8399/2010](#) vom 23. September 2014, Erw. 6.1.3 – Siegenia-Aubi; hierzu etwa Daniel Zimmerli, [Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge»](#), in: dRSK, publiziert am 10. April 2015). Fraglich ist hingegen, ob das BVGer mit dem vorliegenden Entscheid und den Urteilen i.S. Gaba/Gebro und BMW, welche Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 [KG](#) betrafen, unterschiedliche Erheblichkeitstests für Preisbindung zweiter Hand und für Gebietsschutz etablieren möchte (vgl. Erw. 6.3.4). Eine quantitative Beurteilung wäre demnach nur bei Preisbindung zweiter Hand vorzunehmen. Eine solche Differenzierung wäre aber verfehlt. Unterschiedliche «Erheblichkeits-Massstäbe» sind im [KG](#) nicht vorgesehen. Zudem ist es auch nicht möglich, abstrakt zu beurteilen, ob

eine Preisbindung zweiter Hand oder ein absoluter Gebietsschutz die schädlichere Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Gerade bei vertikalen Wettbewerbsabreden ist vielmehr davon auszugehen, dass sie immer nur dann problematisch für den Wettbewerb sind, wenn mindestens auf einer der beiden Marktstufen ein gewisser Grad an Marktmacht vorhanden ist.

[20] Bemerkenswert ist schliesslich, dass das BVGer bei der Beurteilung der quantitativen Erheblichkeit der strittigen Abrede einen wichtigen methodischen Schritt macht, den es im «BMW»-Urteil zu Unrecht unterliess: Es untersucht, welcher Marktanteil auf die Händler entfällt, die sich nachweislich an der Abrede beteiligten (Erw. 6.4.4 f.). Denn der Marktanteil einer Marke im relevanten Markt zeigt lediglich das *Potential* einer Abrede, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Relevant für die Beurteilung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist jedoch nur der Marktanteil der Händler, die ihr Wettbewerbsverhalten tatsächlich nach der Abrede gerichtet hatten (vgl. hierzu Daniel Zimmerli, [Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «BMW»](#), in: dRSK, publiziert am 11. Januar 2016).

Zitiervorschlag: Gion Giger, Bundesverwaltungsgericht hebt die Verfügung der WEKO in Sachen Altimum SA («Bergsportartikel») auf, in: dRSK, publiziert am 2. Februar 2016

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch