



Kommentar zu: Urteil: [2C_101/2016](#) vom 18. Mai 2018 publiziert als [BGE 144 II 246](#)
Sachgebiet: Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Kartellrecht

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

Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung

Bundesgericht hebt die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Altimum SA («Bergsportartikel») auf

Autor / Autorin

Gion Giger

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Reto Jacobs

walderwyss

Mit Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 (BGE 144 II 246) hebt das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auf (B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015). Nach Auffassung des Bundesgerichts hat Altimum SA gegen das Kartellrecht verstossen, indem das Unternehmen den Händlern Mindestverkaufspreise für den Verkauf von Bergsportartikeln vorgegeben hat, die sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht rechtfertigen lassen. Eine Sanktion verhängt das Bundesgericht aber aus prozessualen Gründen nicht.

Vorgeschichte: die Verfügung der WEKO und das Urteil des BVGer

[1] Die WEKO gelangte in ihrer Verfügung vom 20. August 2012 (RPW 2016/2, S. 384 ff.) zum Schluss, dass zwischen der Altimum SA (nachfolgend «Altimum»; vormals Roger Guenat SA) und ihren Händlern zwischen 2006 und 2010 Wettbewerbsabreden über Mindestverkaufspreise bestanden hatten. Altimum war zu diesem Zeitpunkt Importeurin verschiedener Bergsportartikel, darunter Generalimporteurin für bestimmte Marken, wie z.B. Petzl.

[2] Gemäss WEKO verpflichteten sich die Händler gegenüber Altimum, 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 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. Deshalb verhängte sie gegen Altimum eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 470'000.

[4] Anders als die WEKO gelangte das BVGer zum Ergebnis, dass eine Wettbewerbsabrede über Mindestverkaufspreise in Form einer Vereinbarung lediglich zwischen Altimum und 39 (von gesamthaft 333) Händlern nachgewiesen sei (Erw. 4.7). Das BVGer prüfte deshalb, ob die restlichen Händler die Preisempfehlungen von Altimum im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise befolgt hätten, was es lediglich für 17 weitere Händler bejahte (Erw. 4.8.4).

[5] Ein Unterschied zur Verfügung der WEKO ergab sich auch insoweit, als die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG nach Auffassung des BVGer in allen relevanten Märkten und somit auch im Markt für Stirnlampen widerlegt werden konnte (Erw. 5). Somit war in allen relevanten Märkten die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen. Das BVGer hielt dazu 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).

[6] Eine starke Marktstellung des Herstellers/Importeurs war 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 wenige Händler sei vorliegend erwiesen, dass sie die Preisvorgaben von Altimum befolgt hätten. Deshalb sei 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. 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). Deshalb hob das BVGer die Verfügung der WEKO mangels Erheblichkeit auf.

Das Urteil des BGer

[7] Anders als das BVGer kommt das BGer im Urteil [2C_101/2016](#) vom 18. Mai 2018 (BGE [144 II 246](#)) zum Schluss, dass eine Preisabsprache bestand, die grundsätzlich für alle Händler von Altimum galt (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine schriftliche Abrede zwischen Altimum und den Händlern gab es zwar nicht. Altimum kommunizierte aber Preisempfehlungen und das BGer schliesst im Wesentlichen gestützt auf einzelne E-Mails von Altimum an die Händler, dass diese für die Händler nicht unverbindlich waren. Nach Auffassung des BGer lagen verbindliche einseitige Erklärungen von Altimum vor, welche die Händler implizit akzeptierten, um Wiederverkäufer von Produkten von Altimum zu werden. Deshalb bestand gestützt auf die Vereinbarung mit allen Händlern eine einheitliche Preispolitik («politique générale des prix») von Altimum (Erw. 6.5). Nicht erforderlich sei es, dass die WEKO für jede einzelne Händlerbeziehung nachweise, dass die Preisvorgaben vom entsprechenden Händler befolgt wurden. Dies ergebe sich bereits aus Art. 4 Abs. 1 KG, wonach es genüge, wenn eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke. Angesichts dieses Ergebnisses sei es nicht erforderlich, eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Altimum und den Händlern zu prüfen (Erw. 6.6).

[8] Das BGer subsumiert, dass eine Wettbewerbsabrede über Mindestverkaufspreise eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellt. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG könne vorliegend tatsächlich widerlegt werden: Es liege keine Beseitigung des Wettbewerbs vor, weil die Händler Rabatte von bis zu 10% gewähren konnten, womit ein gewisser Spielraum in Form einer Preisschere bestand (Erw. 7.3). Daraus schliesst das BGer auf funktionierenden Innenwettbewerb.

[9] In Anwendung der Gaba-Rechtsprechung des BGer (BGE [143 II 297](#), Erw. 5) bejaht das Bundesgericht, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt. Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sind gemäss Gaba-Rechtsprechung unzulässig, sofern kein Bagatellfall vorliegt und sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG). In den Fällen der besonders schädlichen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergäbe sich die Erheblichkeit somit bereits aus ihrem Gegenstand (qualitatives Element), ohne dass die Auswirkungen der Abrede (quantitatives Element) untersucht werden müssten (Erw. 10.1). Und nichts spreche vorliegend für einen Bagatellfall (Erw. 10.3).

[10] Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz lehnt das BGer ab, nachdem es zunächst die dafür kumulativ notwendigen Voraussetzungen zusammenfasst: Erstens müsse zumindest einer der in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG vorgesehenen Effizienzgründe vorliegen. Diese seien abschliessend, aber bewusst offen formuliert, damit möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigt werden könnten. Zweitens dürfe die Abrede den beteiligten Unternehmen nicht ermöglichen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Drittens müsse die Abrede verhältnismässig, somit also notwendig sein, um die vorgebrachten Effizienzgründe zu erreichen.

[11] Altimum brachte zur Rechtfertigung zwei Argumente vor: Die Mindestpreisvorgabe diene der Verbesserung der Qualität der Produkte und dazu, der «Trittbrettfahrer-Problematik» zu begegnen. In Bezug auf das erste Argument hält das BGer fest, dass Altimum nicht erläutern konnte, wie die Mindestpreisvorgabe die Qualität der Produkte verbessern könne. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt zwar auch für die Rechtfertigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen der Untersuchungsgrundsatz (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 [VwVG](#)). Nach Auffassung des BGer folgt aber aus der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG), dass es Altimum oblag, diesen Zusammenhang zu erläutern. Da Altimum dies trotz mehrmaliger Nachfrage unterlies, habe Altimum die entsprechenden Konsequenzen zu tragen (Erw. 13.4.2).

[12] Das Argument der «Trittbrettfahrer-Problematik» anerkennt das BGer. Diese entsteht, wenn Kunden Beratungsleistungen bei einem Händler beziehen und das Produkt danach bei einem anderen Händler erwerben, der einen günstigeren Preis anbietet. Der zweite Händler ist typischerweise ein Online-Händler, der keine Beratung bietet und deshalb über vergleichsweise tiefe Vertriebskosten verfügt. Er wird damit zum Trittbrettfahrer und Profiteur der Beratungsleistungen des ersten Händlers. Nach Auffassung des BGer kann die «Trittbrettfahrer-Problematik» nur bei Produkten auftreten, bei denen Beratungsleistungen objektiv erforderlich sind. Dies ist bei Produkten der Fall, die eine gewisse Komplexität oder einen gewissen Wert aufweisen oder die Vorkenntnisse erfordern, so dass Beratungsleistungen ein wichtiges Verkaufsargument darstellen (Erw. 13.4.4). Bei den Stirnlampen erachtet das BGer diese Voraussetzungen als nicht gegeben, bei den anderen Produkten von Altimum lässt es die Frage offen (Erw. 13.4.5), weil die Rechtfertigung ohnehin an der Notwendigkeit scheitert.

[13] Das BGer schliesst sich der Lehrmeinung an, dass Preisabreden in der Regel das Erfordernis der Notwendigkeit nicht erfüllen würden, weil Alternativen bestünden, die für den Wettbewerb weniger schädlich seien (Erw. 13.5.1). Vorliegend hätte der Trittbrettfahrer-Problematik nach Auffassung des BGer durch ein selektives Vertriebssystem oder durch vertragliche Vorgaben für die Beratungsleistungen der Händler begegnet werden können (Erw. 13.5.2). Wiederum wäre es an Altimum gewesen zu begründen, warum diese Alternativen vorliegend nicht geeignet sein sollen, um die Trittbrettfahrer-Problematik zu lösen. Entsprechende Gründe wurden von Altimum aber nicht vorgebracht (Erw. 13.5.3).

[14] Zusammenfassend liegt somit nach Auffassung des BGer eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung in Form einer vertikalen Mindestpreisvorgabe vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht gerechtfertigt werden kann. Nur dank eines prozessualen Fehlers der Beschwerdeführerin entgeht Altimum einer Sanktion nach Art. 49a KG.

Würdigung

[15] Es erstaunt nicht, dass das BGer seiner eigenen Gaba-Rechtsprechung folgt und das Urteil des BVGer, das noch vor dem Gaba-Entscheid erging, in Bezug auf die Erheblichkeit korrigiert. Bemerkenswert sind vielmehr zwei andere Elemente des Urteils:

[16] Erstens setzt das BGer deutlich tiefere Anforderungen an den Nachweis einer Abrede, als es das BVGer tat. Es stützt dabei die Sichtweise der WEKO. So genügt es, wenn ein Hersteller eine Preisliste publiziert und wenn gleichzeitig an einzelne Händler gerichtete E-Mails aufgefunden werden, aus denen sich der verbindliche Charakter dieser Endkundenpreise ergibt, um auf Preisabreden zwischen dem Hersteller und seinen Händlern zu schliessen. Der Nachweis, dass alle Händler sich an die Preislisten gehalten haben, ist nicht notwendig.

[17] Zweitens dürfte durch dieses Urteil auf den Boden der Realität zurückgeholt werden, wer nach «Gaba» grosse Hoffnungen in die Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 2 KG setzte. Zwar hat sich das BGer eingehend mit der Frage der Rechtfertigung auseinandergesetzt, was positiv ist. Das Urteil zeigt aber auch, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung so hoch sind, dass es kaum gelingen wird, die Wettbewerbsbehörden von der Notwendigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu überzeugen.

[18] Zwar will das BGer möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigen, was sachgerecht ist. Allerdings kann nur diejenige Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt werden, die für das Erreichen des entsprechenden Effizienzgrundes notwendig ist. Könnte der Effizienzgrund auch durch eine Abrede erreicht werden, die den Wettbewerb weniger stark einschränkt (milderes Mittel), so fehlt es an der Notwendigkeit. Die Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG bewirkt faktisch nahezu eine Umkehr der Beweislast: Kann der Hersteller die Behörde nicht überzeugen, dass kein milderes Mittel verfügbar ist, gelingt die Rechtfertigung nicht. Dies läuft faktisch auf den Nachweis einer negativen Tatsache hinaus, der fast nicht gelingen kann.

[19] Hinzu kommt die Schwierigkeit, dass sich die Wirksamkeit unterschiedlicher Massnahmen kaum messen und vergleichen lässt. Und selbst wenn dies gelänge, dürften verschiedene Massnahmen in aller Regel auch unterschiedlich wirksam sein. Was gilt also, wenn zwar eine für den Wettbewerb weniger einschränkende Alternative besteht, diese aber möglicherweise die «Trittbrettfahrer-Problematik» nicht gleich gut bekämpft (z.B. weil verschiedene Händler eine vertragliche Verpflichtung zur Schulung der Mitarbeiter und zur Beratung der Kundschaft unterschiedlich konsequent umsetzen)? Was gilt, wenn die Alternative mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, z.B. weil deren Umsetzung kontrolliert werden muss (wie z.B. die Einhaltung der genannten vertraglichen Verpflichtungen)? Ist sie dennoch gleichwertig? Bei einer Preisbindung zweiter Hand dürften die Bemühungen um eine Rechtfertigung allerdings ohnehin meist zum Scheitern verurteilt sein, weil das BGer hier eine Rechtfertigung gemäss Urteilstext kaum für möglich hält. Immerhin wurde während der öffentlichen Urteilsberatung aber auch ausgeführt, dass eine Rechtfertigung von Mindestpreisvorgaben in anderen Fällen möglich sein könne (z.B. bei der Neueinführung von Produkten; vgl. dazu die Zusammenfassung bei ANDREA GRABER CARDINAUX, [Neueste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht](#), in: Jusletter 15. Oktober 2018, Rz 18).

[20] Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung bleiben somit viele Fragen offen und harren einer Klärung durch die Wettbewerbsbehörden. Es ist zu hoffen, dass dies baldmöglichst geschieht, damit die Rechtssicherheit für Unternehmen verbessert wird. Vorübergehend wird man sich damit behelfen müssen, rechtsvergleichend die Grundsätze des EU-Kartellrechts hinzuziehen. Dabei ist aber ein wichtiger Unterschied zu beachten: Anders als in Art. 101 Abs. 3 [AEUV](#) stellt es keine explizite Voraussetzung von Art. 5 Abs. 2 KG dar, dass ein Teil der Effizienzgewinne die Verbraucher erreichen muss. Deshalb sollte in der Schweiz richtigerweise der Gesamtwohlfahrtsstandard (im Unterschied zum Konsumentenwohlfahrtsstandard) die massgebliche Messlatte bilden (wofür m.E. auch die Ausführungen in BGE 143 II 298, Erw. 7.1 sprechen; vgl. zum Ganzen z.B. ANDREA GRABER CARDINAUX, a.a.O., Rz 20 m.w.H.).

[21] Zusammenfassend baut das BGer im Bereich der Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die «Schnellstrasse Kartellrecht» weiter aus:

- Die Anforderungen an den Nachweis einer Abrede setzt das BGer tief an.
- Die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG ergibt sich in diesen Fällen direkt aus dem besonderen Schädigungspotential dieser Abreden.
- Die Anforderungen an eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen sehr hoch.

[22] Damit bleibt in vergleichbaren Fällen aus Sicht der Unternehmen nur wenig Raum zur Verteidigung.

Dr. iur. GION GIGER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss

Zitiervorschlag: Gion Giger, Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung, in: dRSK, publiziert am 19. November 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

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