



## Abstract – Das GABA-Urteil des Bundesgerichts

Prof. Dr. Patrik Ducrey, Stv. Direktor im Sekretariat der WEKO<sup>1</sup>

15. Debating Competition Dinner; Zürich, 4. Mai 2017

### Drei Anmerkungen zum Urteil aus Sicht eines Behördenmitglieds

#### 1 Zum Auswirkungsprinzip

Gemäss Bundesgericht stellt Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klar, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken *können*, unter das KG fallen; die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig (E.3.7).

Damit fällt grundsätzlich jeder Sachverhalt, der sich wettbewerbsbeschränkend in der Schweiz auswirkt, in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Auch wenn gemäss Bundesgericht die Intensität der Auswirkungen keine Rolle spielen und bei der Frage der Unterstellung unter das KG gar nicht geprüft werden dürfen, heisst dies noch nicht, dass bei jeder geringsten Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung die Eröffnung eines Verfahrens durch die Wettbewerbsbehörde zu erwarten ist.

Beim Entscheid zur Eröffnung eines Verfahrens hat die Behörde ein gewisses Ermessen und sie kann beispielsweise aus Opportunitätsgründen oder aus Ressourcenüberlegungen darauf verzichten. Nicht zu vergessen ist auch, dass die Behörde aufgrund des Territorialitätsprinzips keine Ermittlungshandlungen im Ausland vornehmen und bei der Durchsetzung von Entscheiden gegen im Ausland domizilierte Unternehmen auf Schwierigkeiten stossen kann.

#### 2 Zur Erheblichkeit

Gemäss Bundesgericht ist die Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen und sie soll die Verwaltung bei ihrer Arbeit entlasten. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG steht die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist gar nicht zulässig (E.5.1).

Beim materiellen Gehalt der Erheblichkeit hält das Bundesgericht fest, dass bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ihre qualitative Schädlichkeit genügt. Um in der Regel die Erheblichkeitsschwelle zu erreichen (E.5.2). Dabei genügt es, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können; die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede und deren Umsetzung sind nicht weiter zu prüfen (E.5.4).

Die in der mündlichen Urteilsberatung diskutierte Schwelle für Bagatellfälle, auch bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, wird im Urteil nicht weiter diskutiert.

Aus behördlicher Sicht ist zu erwarten, dass das Sekretariat der WEKO das GABA-Urteil strikt umsetzt. Wenn eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG nachgewiesen werden kann,

---

<sup>1</sup> Der Autor äussert seine persönliche Meinung; die Behörde ist daran nicht gebunden.

wird das Sekretariat die Widerlegung der Vermutung nur noch eingehend prüfen, wenn die Beseitigung des Wettbewerbs im Raume steht. Bei der Erheblichkeit wird es auf das qualitative Kriterium abstellen und keine quantitative Analyse der Umsetzung und Auswirkungen der Abrede vornehmen. Dies auch nicht in Bezug auf eine mögliche Bagatellschwelle.

Es ist davon auszugehen, dass die Frage, ob trotz einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG Raum für unter der Erheblichkeitsschwelle liegende Bagatellen bleibt, in konkreten Einzelfällen bei der Entscheidung, ob ein Verfahren einzuleiten ist oder nicht, zu beantworten sein wird.

### **3 Zur Sanktionierung**

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass unzulässige Abreden des Typs von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu sanktionieren sind, unabhängig davon, ob sie den Wettbewerb beseitigen oder „nur“ erheblich beeinträchtigen (E.9.4). Es hat auch ausgeführt, dass die Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sei. Eine erhebliche Beeinträchtigung sei milder zu bestrafen als eine Beseitigung des Wettbewerbs (E.9.7).

Damit ist zu erwarten, dass die Wettbewerbsbehörde die Vorgaben des Bundesgerichts bei der Sanktionsbemessung umsetzen wird, wie sie es bisher getan hat (z.B. auch mit Pauschalsanktionen).