



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Swiss Competition Commission COMCO

# **Auslegung von KG 4 I und 5 III/IV nach dem Gaba-Urteil**

**Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht, 9. Juni 2017,  
Universität Bern**

Prof. Dr. Patrik Ducrey Stv. Direktor, Sekretariat WEKO  
[patrik.ducrey@weko.admin.ch](mailto:patrik.ducrey@weko.admin.ch)



# Inhaltsübersicht

- Zentrales Fazit vorweg: Rechtssicherheit
- Künftiger Fokus in Untersuchungsverfahren
  - Abredetatbestand in KG 4 I
  - Rechtfertigung gemäss KG 5 II
- Frage der Bagatellschwelle?
- Anpassung Vertikalbekanntmachung
- Anmerkungen zum Aufsatz Baldi in AJP 2017, 613 ff.



# GABA-Urteil: Rechtssicherheit

- GABA-Urteil schafft Rechtssicherheit in Bezug auf
  - Auslegung von KG 5 IV
  - Analyse der Erheblichkeit bei Abreden gemäss KG 5 III und IV (grundsätzlich erheblich ohne Wirkungsprüfung)
  - Keine quantitative Bagatellschwelle bei KG 5 III und IV
  - Sanktionierbarkeit der Kernbeschränkungen
- Fazit für Unternehmen:  
**Hände weg von Kernbeschränkungen**  
(Rechtfertigung vorbehalten)!



# Künftiger Fokus bei Abreden (1)

- Primär: Abredetatbestand KG 4 I
  - Liegt eine Vereinbarung oder bloss abgestimmtes Verhalten vor (bezwecken oder bewirken)?
  - Fällt eine Abrede unter einen der Tatbestände in KG 5 III oder IV?
  - Nicht jede Abrede mit Preiselementen ist eine Preisabrede nach KG 5 III oder IV und damit ohne Wirkungsprüfung erheblich (z.B. WEKO i.S. ASCOPA – Informationsaustausch über Preise; WEKO i.S. Hotelbuchungsplattformen – Preisparitätsklauseln)
  - Dazu auch EuGH i.S. Cartes Bancaires



# EuGH i.S. Cartes Bancaires

- Anwälte machen geltend, EuGH verlange, dass auch bei «harten Kartellen» (i.S.v. KG 5 III und IV) die Wirkung geprüft werden müsse
- EuGH i.S. Cartes Bancaires präzisiert, wann «bezweckte» Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, bei der eine Analyse der Wirkungen entfällt
- Klar bei Kernbeschränkungen (wie KG 5 III/IV)
- Darüber hinaus nur, wenn «... *eine solche Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.*» Keine uferlose Ausweitung des Begriffs!



# Künftiger Fokus bei Abreden (2)

- Sekundär: Rechtfertigung nach KG 5 II
  - Bei Abreden des Typs KG 5 III kaum möglich (allenfalls Ausnahme nach KG 8)
  - Bei Abreden des Typs KG 5 IV denkbar (siehe mögliche Rechtfertigungsgründe in Ziff. 16 IV VertBek)
  - Aber: Unternehmen müssen geltend machen können, welchen Rechtfertigungsgrund sie mit der Abrede verwirklichen wollen (@Baldi: Dies ist nicht Aufgabe der WEKO, trotz Untersuchungsmaxime)
  - Kaum mehr gerechtfertigte Abreden des Typs KG 5 III und IV als bisher zu erwarten (zu anderen Abreden gibt es bisher ebenfalls wenig Praxis)



# Bagatellschwelle

- Gemäss BGer (und Botschaft 95) ist Erheblichkeit eine Bagatellklausel
- Abreden nach KG 5 III/IV «grundsätzlich» erheblich – kein Raum für Bagatellen?
- Aber Aufgreifermessen i.S. der Opportunität
- Bei andere Abreden ist quantitatives Kriterium zu prüfen (auch Umsetzung und Auswirkungen) – Raum für Bagatellen
  - Vertikalabreden: 15% MA (Ziff. 13 VertBek)
  - Horizontalabreden 10% MA (Ziff. 3 I a KMUBek)
  - Kleinstunternehmen (Ziff. 5 KMUBek)



# Vertikalbekanntmachung

- Anpassung ist von WEKO bereits vorgenommen worden (v.a. Ziff. 12 VertBek)
- Publikation der angepassten VertBek voraussichtlich 2. Hälfte Juni 2017
- Zusätzlich sind Erläuterungen zur VertBek vorgesehen, welche die bisherige Praxis der WEKO und Gerichte zusammenfassen zu folgenden Themen:
  - Sanktionierbare Abreden nach KG 5 IV
  - Selektive Vertriebssysteme
  - Online-Handel





# Anmerkungen zu Aufsatz Baldi

- Potentielle Beeinträchtigung genügt bei Abreden nach KG 5 III/IV, bei anderen nicht
- Bekanntmachung zu horizontalen Kooperationsabreden:
  - Kaum Praxis der WEKO (teilweise nicht rechtskräftig)
  - Analoge Anwendung der EU-Leitlinien
- EVR-Verhandlungen: Wenn Abrede nach KG 5 III/IV nachgewiesen, genügen potentielle Auswirkungen (keine Wirkungsanalyse bei Vermutungswiderlegung)
- Fallbeispiel betrifft «Baubeschläge» – vor BGer