



## Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?

RAFFAEL GÜBELI\*

Zur Wahrung des wirksamen Wettbewerbs verbietet das Kartellgesetz Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen, die das Marktverhalten festlegen. Tauschen Konkurrenten Informationen über ihr zukünftiges Verhalten aus, stellt dies jedoch noch keine eigentliche Verhaltensfestlegung dar. Die Schweizer Wettbewerbskommission verfügte hingegen, dass bereits die Weitergabe marktrelevanter Informationen an sich eine Wettbewerbsabrede verkörpere. Nach der Ansicht des Autors wird mit dieser Auslegung die Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG in unzulässiger Weise ausgedehnt. Seiner Meinung nach ist nicht die Weitergabe von Marktinformationen tatbestandsmässig, sondern erst die so ermöglichte abgestimmte Verhaltensweise.

Pour maintenir une concurrence efficace, la loi sur les cartels interdit aux entreprises de passer des accords en matière de concurrence qui fixent leur comportement par rapport au marché. Le fait que des concurrents échangent des informations sur leurs comportements futurs ne constitue cependant pas une définition de pratique proprement dite. La Commission suisse de la concurrence a estimé en revanche que le transfert d'informations relatives au marché constituait déjà en soi un accord en matière de concurrence. Selon l'auteur, cette interprétation étend de façon indue la notion d'accord en matière de concurrence selon l'art. 4 al. 1 LCart. A son avis, ce n'est pas la transmission d'informations concernant le marché qui constitue une infraction, mais uniquement la pratique concertée ainsi rendue possible.

### Inhaltsübersicht

- I. Der Untersuchungsgegenstand
  - A. Einleitung
  - B. Fragestellung
- II. Der Informationsaustausch als «Vereinbarung»
  - A. Die «Vereinbarung» nach Art. 4 Abs. 1 KG
  - B. Kann ein vereinbarter Informationsaustausch eine Vereinbarung im Sinne des Gesetzes darstellen?
- III. Der Informationsaustausch als «abgestimmte Verhaltensweise»
  - A. Die «abgestimmte Verhaltensweise» nach Art. 4 Abs. 1 KG
  - B. Reicht die Erhöhung der Markttransparenz für die Annahme einer Wettbewerbsabrede?
- IV. Die bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung
  - A. Das «Bezwecken oder Bewirken» nach Art. 4 Abs. 1 KG
  - B. Reicht eine wettbewerbswidrige Absicht für die Annahme des Bezweckens?
- V. Die Sanktionierung eines Informationsaustauschs
- VI. Schlussfolgerung

## I. Der Untersuchungsgegenstand

### A. Einleitung

Das Schweizer Kartellrecht befasst sich zurzeit mit der Frage, unter welchen Umständen sich ein Austausch marktbezogener Informationen als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung qualifizieren lässt.<sup>1</sup> Zu denken ist an

beispielsweise Sachverhalte, in welchen die Konkurrenten einander ihre zukünftigen Angebotspreise offenlegen, ohne diese jedoch gemeinsam festzusetzen. Um überhaupt in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) zu fallen, muss ein Austausch zwischen Konkurrenten eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Es ist jedoch umstritten, ob bereits die *Weitergabe* eigener Marktinformationen oder erst eine anschließende *Verhaltenskoordination* eine Abrede verkörpert. Die Rechtsanwendung tendiert dazu, im Zweifelsfalle zuungunsten der Marktteilnehmer zu entscheiden.

Das am 28. Juni 2016 gefällte *Gaba/Elmex*-Urteil 2C\_180/2014 des Bundesgerichts zur Grundauffassung der kartellrechtlichen Erheblichkeitsprüfung sorgt für eine höhere Dringlichkeit dieser Problematik. Das Bundesgericht urteilte, dass Wettbewerbsabreden betreffend Kernbeschränkungen *grundsätzlich* als erheblich gelten, auch wenn die Vermutungen der Wettbewerbsbeseitigung nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG umgestossen werden können. Sie sind oberhalb einer (allerdings noch nicht definierten) Bagatellschwelle und bei mangelnder Rechtfertigung

\* RAFFAEL GÜBELI, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völker-, Europa- und öffentliches Recht an der Universität St. Gallen.

<sup>1</sup> RPW 2010/4, 717 ff., *Baubeschläge*; RPW 2012/3, 615 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen*; zurzeit führt das Sekretariat der WEKO gerade Ermittlungen durch, wie

z.B. gegen *Leasing-Anbieter im Automobilbereich* (Medieninformation vom 15.7.2014, Internet: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-53771.html> [Abruf 12.12.2016]); soeben abgeschlossen wurden die Untersuchungen gegen das LIBOR-Kartell (Medieninformation vom 21.12.2016, Internet: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-65050.html> [Abruf 30.12.2016]).

tigung unzulässig und können nach Art. 49a KG direkt sanktioniert werden.<sup>2</sup> Mit diesem Grundsatzentscheid setzte das Bundesgericht den «*Hüs und Hotts*»<sup>3</sup> des Bundesverwaltungsgerichts zwar ein Ende, verlagerte den Fokus der kartellrechtlichen Beurteilung aber zunehmend in Richtung der Definition der Wettbewerbsabrede. In der Vergangenheit hat die Wettbewerbskommission (WEKO) das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nicht immer mit der gleichen Sorgfalt geprüft, wofür sie in der Literatur bereits Kritik erntete.<sup>4</sup> Dies ist aus zwei Gründen bedauerlich. Erstens sind gemäss dem *Bestimmtheitsgebot* das strafbare Verhalten und deren angedrohte Sanktion so klar zu umschreiben, dass die Betroffenen ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.<sup>5</sup> Die Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG definiert das tatbestandsmässige Verhalten, während Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die Wettbewerbsparameter bestimmt (Preis, Menge und Absatzgebiet), für deren Koordinierung eine direkte Sanktionierung vorgesehen ist. Der Wortlaut der Normen ist, wie sich später zeigen wird, sehr abstrakt gehalten, weshalb bei der Rechtsanwendung zwingend nötig ist, dass der Begriff der Wettbewerbsabrede deutliche Konturen erhält.<sup>6</sup> Ansonsten herrscht eine zu grosse Unsicherheit unter den Marktteilnehmern, welche Kooperationsformen in welcher Ausgestaltung als Kartellabreden geahndet werden und welche zulässig sind. Zweitens handelt es sich beim Begriff der Wettbewerbsabrede um eine Voraussetzung der *Anwendung* des Kartellgesetzes. Ohne dass das Vorliegen einer solchen bejaht werden kann, sollte die materielle Prüfung einer Abrede – der Gesetzessystema-

tik wegen – nicht durchgeführt werden.<sup>7</sup> Der vorliegende Aufsatz möchte zur Auslegung des umstrittenen Begriffs der Wettbewerbsabrede einen Beitrag leisten und der Frage nachgehen, unter welchen Umständen ein *Austausch marktrelevanter Informationen* über das eigene Verhalten die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.<sup>8</sup>

## B. Fragestellung

Das Gesetz verbietet Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Stufen, die eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs entweder bezwecken oder bewirken. Es unterscheidet hierzu zwei Arten von Abreden: *Vereinbarungen* und *abgestimmte Verhaltensweisen*.<sup>9</sup> Im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Konkurrenten möchte Art. 4 Abs. 1 KG verhindern, dass die Wettbewerber, anstatt zu konkurrieren, ein identisches Marktverhalten an den Tag legen.<sup>10</sup> Der wirtschaftliche Geschäftsverkehr hat jedoch horizontale Kooperationsformen entwickelt, die sich nicht immer zweifelsfrei einer Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise im Sinne des Gesetzes zuteilen lassen. Zu dieser Kategorie der Zusammenarbeit gehören bspw. *Preisempfehlungen*, *Kalkulationshilfen* und auch *Informationsaustausche*, die in der Ökonomie als sog. «*kollusionsfördernde Massnahmen*» oder «*facilitating practices*» bezeichnet werden.<sup>11</sup> Es handelt sich um Hilfsmittel, die unter den Wettbewerbern eine Abstimmung erleichtern.<sup>12</sup> Anders als eine klassische Preisabsprache beinhaltet bspw. eine Kalkulationshilfe keine Vereinbarung über die zukünftige Preissetzung der Wettbewerber. Wird die darin enthaltene Preissetzungformel von den Konkurrenten hingegen

<sup>2</sup> Siehe die Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28.6.2016, Internet: [www.bger.ch/press-news-2c\\_180\\_2014-t.pdf](http://www.bger.ch/press-news-2c_180_2014-t.pdf) (Abruf 5.11.2016).

<sup>3</sup> Siehe dazu MARINO BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.; zur Gegenauffassung siehe RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff.

<sup>4</sup> Siehe beispielsweise GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859 ff. zur Kritik gegen die Subsumption einer vertikalen Preisempfehlung als Wettbewerbsabrede; oder MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, 2005 Basel, N 4.11 ff. zu horizontalen Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen.

<sup>5</sup> BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a–53 N 68, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010 (zit. BSK KG-Verfasser).

<sup>6</sup> Vgl. unten IV.

<sup>7</sup> Anders die Praxis der WEKO, welche die Frage, ob eine Abrede vorliegt, bereits offengelassen hat und auf eine Unterlassungsverfügung aufgrund der fehlenden Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG verzichtete (RPW 2014/1, 194, Rz 100, *Dermalogica*).

<sup>8</sup> Auf Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal der «Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen» wird verzichtet. Wie der Titel vorwegnimmt, beschränkt sich der Fokus dieses Beitrags auf horizontale Sachverhalte.

<sup>9</sup> Art. 4 Abs. 1 KG.

<sup>10</sup> Anstatt vieler siehe EuGH, C-194/14, Rn 29, *AC-Treuhand*; vgl. auch BGE 124 III 495 E. 2a.

<sup>11</sup> RICHARD WHISH, Information Agreements in: Pros and Cons of Information Sharing, Series of the Swedish Competition Authority, Kalmar 2006, 21; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (zit. Botschaft KG), 545; KLAUS NEFF/SARAH THEUERKAUF, Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 5–9, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010 (zit. BSK KG-Verfasser).

<sup>12</sup> SIGRID STROUX, US and EC Oligopoly Control, Den Haag 2004, 27.

gleichförmig verwendet, kann es u.U. dennoch zu einer Preiskoordination kommen.<sup>13</sup> Von diesen Abstimmungshilfen geriet der *Informationsaustausch* in der Vergangenheit am häufigsten in den Fokus der Wettbewerbsbehüter. Damit sind jegliche Szenarien gemeint, in welchem sich die Konkurrenten ihre künftigen Marktentscheidungen offenlegen oder zumindest Rückschlüsse darauf erlauben.<sup>14</sup> Der Austausch solcher Informationen kann in gewissen Marktstrukturen dazu führen, dass die Wettbewerber sich anhand der Informationen abgestimmt verhalten können.<sup>15</sup> Denn die Kenntnis der zukünftigen Marktentscheidungen der Konkurrenz könnte einen Anbieter u.U. veranlassen, seine eigenen Geschäftsentscheidungen denjenigen der Konkurrenz anzugleichen.<sup>16</sup> Dies gilt jedoch nur für sog. «selbständige» *Austausche*, bei denen der Informationsfluss die einzige Kooperationshandlung darstellt (A: «*Ich erhöhe den Preis ab sofort um 5%. Du kannst machen was du willst.*» – B schweigt). *Unselbständige Austauschformen* dienen hingegen der Umsetzung oder Überprüfung der Hauptkoordination. Dies ist bspw. bei einem Preiskartell der Fall, wenn die Teilnehmer durch den Austausch von Preislisten überprüfen können, ob die Absprache von allen eingehalten wird (A und B vereinbaren: «*Wir erhöhen unsere Preise um 5%. Zur gegenseitigen Kontrolle tauschen wir wöchentlich unsere Preislisten aus.*»).<sup>17</sup> Die Zulässigkeit eines unselbständigen Austauschs hängt von der *Hauptkoordination* ab, ohne dass der Informationsaustausch separat beurteilt würde.

Rechtlich stellt sich aber die Frage, unter welchen Umständen ein *selbständiger* Austausch entweder eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Zurzeit stehen in der Schweiz drei Rechtsauffassungen im Vordergrund, die allesamt von der Schweizer Wettbewerbsbehörde vertreten werden. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat einerseits im Fall *ASCOPA* entschieden, dass bereits ein *Konsens* unter den Unternehmen, sich gegenseitig strategisch sensible Informationen

auszutauschen, eine Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG sei (unten II.).<sup>18</sup> In *Schlachtschweine*, *Baubeschläge* und *ASTAG* weitete sie andererseits aus, dass jegliche Massnahmen, welche die gegenseitige Abstimmung des Geschäftsverhaltens *erleichtern*, bereits als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden können (unten III.).<sup>19</sup> Zuletzt hat die WEKO entschieden, dass bei Informationsaustauschen stärker auf die Motive der Unternehmen fokussiert werden müsse. *Beabsichtigen* Unternehmen, mittels eines Austauschs ihr Marktverhalten anzugleichen, sei eine Wettbewerbsabrede zu bejahen, ohne dass eine effektive Verhaltenskoordination abgewartet werden müsse (unten IV.).<sup>20</sup>

Der Autor erkennt in den drei Rechtsauffassungen Widersprüche, die er mit diesem Beitrag hervorheben möchte. Er kommt zum Schluss, dass ein Informationsaustausch, wie die übrigen kollusionsfördernden Massnahmen, lediglich vom Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise aufgegriffen werden kann (unten II.B.). Nach der hier vertretenen Meinung, spielt es für die Erfüllung des Art. 4 Abs. 1 KG *keine Rolle*, ob die Einführung eines Informationsaustauschs konsensual oder einseitig war. Ein selbständiger Austausch stellt in allen Fällen lediglich eine Abstimmungshilfe dar. Erst die *Verhaltenskoordination*, die kausal auf einen Informationsaustausch zurückzuführen ist, qualifiziert sich – ausschliesslich in Form einer abgestimmten Verhaltensweise – als Wettbewerbsabrede. Die Offenlegung sensibler Informationen verkörpert alleine *kein unmittelbar kartellrechtlich relevantes Verhalten* (oben III.B.). Daran ändert auch die Berücksichtigung der Motive eines Austauschs nichts, da die *Absichten* der Unternehmen für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise unmassgeblich sind (unten IV.B.). Nach der Erläuterung der Voraussetzungen, unter welchen ein Informationsaustausch eine Wettbewerbsabrede darstellt, folgt ein kurzer Kommentar zur materiellen Beurteilung nach Art. 5 KG (unten V.).

<sup>13</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 397.

<sup>14</sup> Vgl. bspw. RPW 2012/3, 615 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

<sup>15</sup> JÖRG KARENFORT, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – kompetitiv oder konspirativ?, WuW, 11/2008, 1154 ff., 1161 ff.; GERHARD PISCHEL/SEBASTIAN HAUSNER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – Zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklungen, EuZW 2013, 498 ff., 500 ff.; zur Praxis der WEKO siehe RPW 2015/4, 752 Rz 63, *Sika/Saint Gobain*; sog. «implizite Kollusion».

<sup>16</sup> OLIVER KAUFMANN, Informationsaustausch unter Wettbewerbern im Schweizer Kartellrecht, Zeitschrift für Vertriebsrecht (ZVertriebsR) 2/2014, 83 ff., 84.

<sup>17</sup> Zur Begrifflichkeit siehe ANDREAS D. BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Zürich 2012, 270 ff.

<sup>18</sup> RPW 2011/4, 585, Rz 396, *ASCOPA*.

<sup>19</sup> RPW 2004/3, 736, Rz 34, *Schlachtschweine*; RPW 2010/4, 737, Rz 178, *Baubeschläge*; RPW 2004/2, 333, Rz 12, *ASTAG*.

<sup>20</sup> RPW 2012/3, 640, Rz 235–236, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2010/4, 738 f., Rz 190–192; *Baubeschläge*; RPW 2006/4, 593, Rz 26, *VTR*.



## II. Der Informationsaustausch als «Vereinbarung»

### A. Die «Vereinbarung» nach Art. 4 Abs. 1 KG

Vorerst geht es um die Frage, ob ein gemeinsamer Beschluss, Informationen auszutauschen, als Vereinbarung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG gelten kann. Für eine *Vereinbarung* als Wettbewerbsabrede ist entscheidend, dass sich die Unternehmen einigen, sich in einer gewissen Weise zu verhalten (A: «*Lass uns unsere Preise um 5% erhöhen.*» – B: «*Einverstanden.*»<sup>21</sup> Welches rechtliche Kleid diese Einigungen im Einzelfall annehmen, ist für die Qualifikation irrelevant.<sup>22</sup> Der Inhalt der Abrede hat hingegen einerseits *Wettbewerbsparameter*<sup>23</sup> zu betreffen und andererseits die diesbezügliche *Autonomiefreiheit* der Unternehmen einzuschränken.<sup>24</sup> Andernfalls wäre es nicht möglich, im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken. In der Praxis wird die Einschränkung der Autonomiefreiheit als Verletzung des *Selbstbestimmungspostulats* umschrieben, welches besagt, dass jeder Marktteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, «[...] welche Politik [bei der Festlegung der Wettbewerbsparameter] er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt».<sup>25</sup> Eine Einigung zwischen Wettbewerbern, wie sie sich hinsichtlich bestimmter Konkurrenzfaktoren *zukünftig verhalten* (wie

bspw. bei einer Preisabsprache), verletzt ebendiese unternehmerische Autonomie.

### B. Kann ein vereinbarter Informationsaustausch eine Vereinbarung im Sinne des Gesetzes darstellen?

In der bereits erwähnten Entscheidung in Sachen *ASCOPA* kam die WEKO zum Ergebnis, dass der Beschluss der Unternehmensvereinigung Informationen auszutauschen, die Tatbestandsvariante der Vereinbarung erfülle. Gestützt auf eine grammatikalische Auslegung des Art. 4 Abs. 1 KG habe sich erwiesen, dass die Anbieter übereingekommen seien, eine Handlung vorzunehmen, die im Anschluss eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkte.<sup>26</sup> Entgegen den oben dargelegten Voraussetzungen bezog sich die Verabredung der Verbandsmitglieder jedoch lediglich auf die *Weitergabe* marktrelevanter Informationen und nicht auf die *zukünftige Festlegung von Wettbewerbsparametern*.<sup>27</sup> Ein kollusives Marktergebnis würde erst entstehen, wenn die Informationen den Konkurrenten erlauben würden, ihre Entscheidungen gegenseitig anzupassen und sich folglich *abgestimmt zu verhalten*.<sup>28</sup> Ob der Austausch auf einer Vereinbarung basiert oder spontan erfolgt, ist somit völlig einerlei. So beinhaltet bspw. eine Vereinbarung, eine Preisempfehlung zu erlassen, keinen unmittelbaren Verzicht auf die Preissetzungsautonomie.<sup>29</sup> Erst wenn die Adressaten der Empfehlung *Folge* leisten, wird der Sachverhalt als abgestimmte Verhaltensweise aufgreifbar.<sup>30</sup> Aus diesem Grund wäre in *ASCOPA*

<sup>21</sup> Anstatt vieler siehe DIRK SCHROEDER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 7 und 8/2009, 718 ff., 718.

<sup>22</sup> Siehe dazu RPW 2013/4, 559, Rz 170, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>23</sup> Als typische Parameter zählen Preis, Menge, Absatzgebiet, Qualität, etc., vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 63; WALTER A. STOFFEL, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Fünfter Band, Zweiter Teilband, Kartellrecht, Basel 2000, 60; RAPHAEL BRÜTSCH, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003, 162; zur Schweizer Praxis siehe anstatt vieler RPW 2011/2, 258, Rz 73, *Markt für Hörgeräte*.

<sup>24</sup> STOFFEL (FN 23), 58–59; BRÜTSCH (FN 23), 170; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Kartellgesetz (KG) (zit. BORER, Komm. KG), Art. 4 KG N 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Lieferung, Zürich 1997 (zit. Verfasser, in: Homburger et al.), Art. 4 KG N 22; siehe auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 350.

<sup>25</sup> EuGH, C-74/14, Rn 27, *Euras*; siehe auch EuGH, C-286/13 P, Rn 119, *Dole*; zur Schweizer Rechtsprechung siehe BVGer, B-8399/2010, 24.9.2014, E. 5.3.1.1.20-21; RPW 2012/3, 639, Rz 234, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2008/4, 553 Rz 64, *Tarifverträge Zusatzversicherungen Luzern*; BGE 129 II 18 E. 5.1.

<sup>26</sup> RPW 2011/4, 585 f., Rz 385 und 393, *ASCOPA*.

<sup>27</sup> RPW 2011/4, 536, Rz 25 ff., *ASCOPA*.

<sup>28</sup> Siehe BLATTMANN (FN 17), 286–288; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 387.

<sup>29</sup> BSK KG-NEFF/THEUERKAUF (FN 5), Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 9.

<sup>30</sup> Botschaft KG 95 (FN 11), 545; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Pierre Tercier/Christian Bovet/Vincent Martenet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2013 (CR LCart-Verfasser), Art. 4 Abs. 1 N 47; anders RPW 2003/2, 282, Rz 41, *Fahrschule Graubünden*: Die WEKO hatte hier nur auf eine abgestimmte Verhaltensweise geprüft, weil sie den Verbandsmitgliedern keinen Konsens zum Erlass der Preisempfehlung nachweisen konnte. Die WEKO verweist zudem auf die ähnlich gelagerte Entscheidung in Sachen *AFEC*, in welcher Sie eine Vereinbarung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG bejahte, weil die Verbandsmitglieder dem Versand von Preisempfehlungen zugestimmt hatten (RPW 2000/2, 172, Rz 29, *AFEC*). Während die Subsumption der WEKO in *Fahrschule Graubünden* aus denselben Gründen wie bei *ASCOPA* abzulehnen ist, muss der WEKO in *AFEC* m.E. zugestimmt werden. Die WEKO übersah nämlich, dass sich die Fälle in einem entscheidenden Punkt unterscheiden. Die Verbandsmitglieder in *AFEC* verpflichten sich gemäss den Statuten, den Empfehlungen des Verbands zu folgen. Kommen die Mit-

das Augenmerk ausschliesslich auf diesen Tatbestand zu richten gewesen. Denn eine Übereinkunft zwischen Konkurrenten, Informationen auszutauschen, kann nach hier vertretener Auffassung nicht als Vereinbarung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden.<sup>31</sup>

### III. Der Informationsaustausch als «abgestimmte Verhaltensweise»

#### A. Die «abgestimmte Verhaltensweise» nach Art. 4 Abs. 1 KG

Mit der Variante der abgestimmten Verhaltensweise wurde ein Auffangbecken geschaffen, das die ökonomische Feststellung berücksichtigt, dass die Anbieter ihre Autonomiefreiheit auch ohne explizite Vereinbarung einschränken können.<sup>32</sup> Die Unternehmen *stimmen* sich hier *ab*, sich auf dem Markt in einer koordinierten Weise zu *verhalten*, um sich nicht einem abnützenden Wettbewerb stellen zu müssen. Die rechtliche Definition sieht in einer abgestimmten Verhaltensweise eine *Form der Koordination* zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages gediehen ist, jedoch mit Wissen und Willen die *praktische Zusammenarbeit* an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.<sup>33</sup>

Der Unterschied zur Tatbestandsvariante der Vereinbarung liegt in der *Absicht* der Unternehmen, das gemeinsame zukünftige Marktverhalten *direkt* festzulegen.<sup>34</sup> Dieser Bindungswille ist bei der abgestimmten Verhaltensweise nicht vorhanden bzw. wird durch ein Parallelverhalten er-

setzt, das auf einer *marktfremden* Abstimmung basiert.<sup>35</sup> Als marktfremde Abstimmung gilt jede «*Fühlungnahme*», die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen.<sup>36</sup> Um alle kollusionsfördernden Massnahmen zu erfassen, lässt sich diese verbotene Fühlungnahme m.E. als *Rückgriff auf jegliche künstlich erzeugte Abstimmungsgrundlage* übersetzen. Denn ein Gleichverhalten, das ohne Zutun der Wettbewerber durch exogene Marktfaktoren erzwungen wird, soll als «*erlaubtes Parallelverhalten*» bzw. intelligente Reaktion keine Wettbewerbsabrede sein.<sup>37</sup> Zusammengefasst sind die Voraussetzungen dieser Art von Wettbewerbsabrede folglich eine gegenseitige Abstimmung, ein entsprechendes Marktverhalten, ein ursächlicher Kausalzusammenhang und schliesslich eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.<sup>38</sup> Diese werden in der Folge erläutert.

Kollusionsfördernde Massnahmen wie der Informationsaustausch stellen die *marktfremde Fühlungnahme* dar, die dem beteiligten Unternehmen angelastet wird. Sie dienen der Identifikation des gemeinsamen (potenziellen) Verhaltens und ermöglichen erst eine tatbestandsmässige *Abstimmung*.<sup>39</sup> Die Botschaft zum Kartellgesetz 1995 nennt die *Preiseempfehlung* als Beispiel für eine solche Abstimmungshilfe.<sup>40</sup> Diese kann den Akteuren als *künstlicher Referenzpunkt* dienen, um ein suprakompetitives Preisniveau am Markt durchzusetzen.<sup>41</sup> Entsprechend ist beim Austausch strategischer Informationen entscheidend, ob diese entweder *direkt* den zukünftigen Einsatz von Wettbewerbsparametern betreffen oder zumindest

gliedert im Anschluss überein, Preisempfehlungen zu erlassen, im Wissen dass sie sich statutarisch zu deren Befolgung verpflichtet haben, handelt es sich um eine Festlegung des zukünftigen Marktverhaltens im Sinne der *Vereinbarung* (RPW 2000/2, 168, Rz 3, vgl. auch Rz 8, *AFEC*; a.M. REINERT [FN 4], N 4.59).

<sup>31</sup> SCHROEDER (FN 21), 718; BLATTMANN (FN 17), 278; wohl auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 391 und 392.

<sup>32</sup> Implizit SCHMIDHAUSER, in: Homburger et. al. (FN 24), Art. 4 KG N 44–46; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, Wien 2015, 86.

<sup>33</sup> Zur Rechtsprechung: EuGH, 89/85, Slg. 1993, I-1599, Rn 63, *Ahlström*; EuGH, C-40/73, Slg. 1975, 1668 ff., Rn 4, 6 und 173, *Suiker Unie*; EuGH, C-52/69, Slg. 1972, 830, Rn 26, *Geigy*; BGE 129 II 18 E.6.3; BGE 124 III 495 E. 2a; anstatt vieler RPW 2012/3, 639, Rz 234, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; zur Literatur: DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Bern 2014, 129; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 101; BORER, Komm. KG (FN 24), Art. 4 N 13; WALTER FRENZ, Handbuch Europarecht, Europäisches Kartellrecht, Band 2, 2. A., Berlin/Heidelberg 2015, N 793 ff.

<sup>34</sup> Vgl. ZÄCH (FN 24), N 346–348.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH, C-48/69, Slg. 1972, 619, Rn 115–119, *ICI*: «Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erfüllen daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sondern können sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der beteiligten zutage tretenden Koordinierung ergeben.»

<sup>36</sup> EuGH, C-286/13 P, Rn 120, *Dole*; EuGH, C-8/08, Rn 33, *T-Mobile Netherlands*; EuGH, C-40/73, Slg. 1975, 1965, Rn 173/174, *Suiker Unie*; EuGH, C-172/80, Slg. 1981, 2031, Rn 14, *Züchner*.

<sup>37</sup> BGE 129 II 18 E.6.3; RPW 2012/3, 639, Rz 234, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; PETER ULMER, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 107 (1972), 11; BORER, Komm. KG (FN 24), Art. 4 N 12–13; illustrativ für ein erlaubtes Parallelverhalten siehe das Tankstellenbeispiel in GERWIN VAN GERWEN/ÉDURNE NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, Common Market Law Review, C.M.L.Rev. 31 (1994), 575 ff., 595.

<sup>38</sup> RPW 2011/2, 258, Rz 74, *Markt für Hörgeräte*; RPW 2012/3, 639, Rz 234–235, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2010/4, 737, Rz 177–178, *Baubeschläge*.

<sup>39</sup> BLATTMANN (FN 17), 283–284.

<sup>40</sup> Botschaft KG 95 (FN 11), 545.

<sup>41</sup> STROUX, 30 (FN 12); BLATTMANN (FN 17), 152.

*Rückschlüsse* darauf erlauben.<sup>42</sup> Weiss ein Konkurrent nach Erhalt der Informationen nicht, wie sich sein Gegenüber verhalten wird, kann keine Abstimmung erfolgen.<sup>43</sup>

Lehre und Rechtsprechung verlangen weiter ein Mindestmass an Verhaltenskoordination bzw. eine bewusste *praktische Zusammenarbeit*. Eine solche liegt erst vor, wenn tatsächlich ein der *Abstimmung entsprechendes Marktverhalten* feststellbar ist, das bei einer Verbandsempfehlung durch deren Befolgung verkörpert wird.<sup>44</sup> Analog zur Empfehlung verhält es sich beim Austausch sensibler Informationen. Erklärt ein Anbieter seinem Konkurrenten, dass er ab sofort seine Preise erhöhe, entsteht eine abgestimmte Verhaltensweise dann, wenn der Gegenspieler aufgrund der erhaltenen Information ebenfalls mitzieht. Ohne dass der Informationsempfänger ein dem Konkurrenten angeglichenes Marktverhalten wählt, kann nicht von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden.<sup>45</sup> Ansonsten würde ein Unternehmen allein aufgrund des Erhaltens einer Konkurrenzinformation zum Mittäter an einer abgestimmten Verhaltensweise, ohne dass dieses eine praktische Zusammenarbeit an der Stelle des Wettbewerbs gewählt hätte. Entscheidet sich nämlich ein Wettbewerber trotz der erhaltenen Information, seine Mitstreiter zu unterbieten, liegt keine Kollusion, sondern *funktionierender Wettbewerb* vor.<sup>46</sup> Erst in Form eines gleichförmigen Verhaltens, materialisiert sich

das Zusammenwirken in einer *bewussten* und *gewollten* Art und Weise.

Als letztes Erfordernis musste das Gleichverhalten der Anbieter *aufgrund* der empfangenen Informationen gewählt werden.<sup>47</sup> Damit eine Abstimmung ursächlich ist, darf sich die entsprechende Verhaltensweise nicht auf *exogene Faktoren* zurückführen lassen; sprich es ist eine Abgrenzung zum *erlaubten* Parallelverhalten nötig.<sup>48</sup> Eine Verhaltenskoordination verstösst somit erst gegen die Wettbewerbsordnung, wenn sie einer wettbewerbswidrigen *Fühlungnahme* zuzuschreiben ist. In *Schlachtschweine* stellte das Sekretariat – trotz des noch anzusprechenden *obiter dictum*<sup>49</sup> – bei den Anbietern ein einheitliches Preisniveau fest.<sup>50</sup> Die Ermittlungen ergaben, dass zwischen den Unternehmen verschiedene Kontaktaufnahmen wie Telefonkonferenzen, direkte Gespräche an den Schweinebörsen sowie die Publikation von Preislisten stattgefunden hatten.<sup>51</sup> Die WEKO untersuchte folglich, ob diese Informationsaustausche für die Verhaltensangleichung *ursächlich* waren und bejahte dies aufgrund einer Parteiaussage, dass ein einheitliches Preisniveau ohne gegenseitige Kontakte – sprich unter natürlichen Marktbedingungen – unmöglich gewesen wäre.<sup>52</sup> Weil der Nachweis der Kausalität nicht in allen Fällen entsprechend leicht fällt, führte die europäische Praxis eine *Kausalitätsvermutung* ein. Der EuGH vermutet, dass «[...] die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen.»<sup>53</sup> Unter Vorbehalt eines Gegenbeweises wird folglich angenommen, dass ein zur Konkurrenz identisches Marktverhalten vermutungsweise nicht autonom gewählt wurde, wenn im *Vorfeld* ein ausreichend identifizierender Informationsaustausch stattgefunden hat.<sup>54</sup>

<sup>42</sup> BLATTMANN (FN 17), 286 ff.

<sup>43</sup> Für Anforderungen an den Informationsinhalt und deren Ausgestaltung wird auf die ausführliche Literatur verwiesen; siehe KAUFMANN (FN 16), 85 ff.; SCHROEDER (FN 21), 723 ff.; PISCHEL/HAUSNER (FN 15), 500 ff.; KARENFORT (FN 15), 1163 ff.; zur Praxis der WEKO siehe RPW 2007/1, 134, Rz 37, *Bekanntmachung Versicherung*; RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*; RPW 2011/4, 584 Rz 391, *ASCOPA*; RPW 2007/3, 368, Rz 30 ff., *Konsumkredit*.

<sup>44</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 392; Botschaft KG 95 (FN 11), 545; RPW 2003, 723, Rz 15, *Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrerverbandes*; RPW 2001, 516, Rz 23, *SUMRA*.

<sup>45</sup> EuGH, C-74/14, Rn 41, *Eturas*; EuGH, C-40/73, Slg. 1975, 1964, Rn 167–174 und 179–180, *Suiker Unie*; Man beachte die Formulierung «*Gleichverhalten*» in BGE 129 II 18 E.6.3. und RPW 2012/3, 639, Rz 234; RPW 2010/4, 737, Rz 177, *Baubeschläge*; zur Schweizer Literatur siehe REINERT (FN 4), N 4.8; BLATTMANN (FN 17), 305; BSK KG-NEFF/THEUERKAUF (FN 5), Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 9; zur Gegenauffassung, dass kein Parallelverhalten vorausgesetzt ist siehe m.w.H. BRÜTSCH (FN 23), 183 f.; CARSTEN WITTER, Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht, in: Hans-Bernd Schäfer/Peter Behrens/Manfred Holler/Claus Ott/Rainer Walz (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Wiesbaden 1999, 209, Fn 599.

<sup>46</sup> In diesem Sinne BSK KG-NEFF/THEUERKAUF (FN 5), Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 5 m.w.H.; CR LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (FN 30), Art. 4 Abs. 1 N 46.

<sup>47</sup> Ausführlich hierzu BLATTMANN (FN 17), 305 ff.; explizit auch BGE 129 II 18 E. 6.3. m.w.H.

<sup>48</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 393; RPW 2002, 81 f., Rz 16 und 83 f.; *Benzinmarkt*.

<sup>49</sup> Siehe sogleich unten III.B.

<sup>50</sup> Wobei innerhalb der Bandbreite geringe Preisunterschiede bestanden, RPW 2004/3, 736, Rz 33, *Schlachtschweine*.

<sup>51</sup> RPW 2004/3, 732, Rz 22 ff., *Schlachtschweine*.

<sup>52</sup> RPW 2004/3, 739, Rz 41, *Schlachtschweine*.

<sup>53</sup> EuGH, C-49/92 P, Slg. 1999, I-4203, Rn 121, *ANIC Partecipazioni*; EuGH, C-199/92 P, Slg. 1999, I-4386, Rn 162, *Hüls*; EuGH, C-8/08, Rn 51, *T-Mobile Netherlands*; EuGH, C-286/13 P, Rn 127, *Dole*.

<sup>54</sup> Vgl. BLATTMANN (FN 17), 311 und 315; ANDREAS MÖHLENKAMP, Der Informationsaustausch nach den Horizontalleitlinien 2011, Schwerpunkte des Kartellrechts 2009/2010, Referate des 37. und 38. FIW-Seminars, Heft 236, 109 ff., 114–115; a.M. BRÜTSCH (FN 23), 183 f.



## B. Reicht die Erhöhung der Markttransparenz für die Annahme einer Wettbewerbsabrede?

Im selben Entscheid bezüglich des Marktes für *Schlachtschweine*, in welchem die WEKO das Parallelverhalten als notwendiges Tatbestandsmerkmal hervorhob, relativierte sie ihre diesbezüglichen Erwägungen wieder. In einem obiter dictum hielt die Kommission fest, dass ohnehin bereits ein *transparenzerhöhendes Verhalten* als *selbständige Wettbewerbsabrede* qualifiziert werden könne, falls es den Konkurrenten erlaube, ihr Marktverhalten implizit abzustimmen.<sup>55</sup> Im Fall *Baubeschläge* bestätigte die WEKO diese Auffassung, obwohl sie auch hier ein gleichförmiges Verhalten in den Preisankündigungen feststellen konnte.<sup>56</sup> Unter der Berücksichtigung der oben erläuterten Tatbestandsmerkmale kann eine entsprechende Subsumption unter Art. 4 Abs. 1 KG m.E. nicht richtig sein. Erstens wäre es verfehlt, den *Informationsaustausch selbst als Verstoss* zu bezeichnen, weil er lediglich als Hilfsmittel zum eigentlichen Vergehen – der Verhaltensangleichung – dient. Bei horizontalen Kooperationen setzt eine Wettbewerbsbeschränkung voraus, dass sich die Konkurrenten, anstatt sich gegenseitig zu unterbieten, parallel verhalten und somit auf ihre Entscheidungautonomie verzichten.<sup>57</sup> Der Versand oder Erhalt sensibler Informationen kann im Grunde nie Inhalt einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG sein, weil diese durch ein Marktverhalten bedingt sein muss.<sup>58</sup> Zweitens übersieht die WEKO die *Verhaltensweise* als notwendiges Tatbestandsmerkmal. Denn gelte ein Informationsaustausch bereits als Wettbewerbsabrede, sobald er das gegenseitige Anpassen des Geschäftsverhaltens bloss *erleichtert*, wäre ein der Abstimmung entsprechendes Verhalten noch gar nicht eingetreten. Einzig beim Tatbestand der *Vereinbarung* muss die Umsetzung der abgemachten Strategie nicht abgewartet werden.<sup>59</sup> Das bewusste und gewollte Zusammenwirken einer abgestimmten Verhaltensweise kommt hingegen erst zum Ausdruck, wenn sich die Abstimmung durch ein Parallelverhalten mate-

rialisiert.<sup>60</sup> Eine Austauschhandlung an sich erleichtert den Unternehmen höchstens die Abstimmung, die ohne Gleichverhalten und bezweckter bzw. bewirkter Wettbewerbsbeschränkung noch nicht geahndet werden kann. In einem Informationsaustausch alleine kann kein eigenständiger Verstoss gegen das Kartellrecht gesehen werden.<sup>61</sup>

In einer jüngeren Entscheidung hatte die WEKO einen Informationsaustausch über *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* zu beurteilen.<sup>62</sup> Der Kommission gelang u.a. die Feststellung, dass anlässlich einer Partie Golf zwei Mitarbeiter der Konkurrenzunternehmen Informationen über die Höhe und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen austauschten, die anschliessend in etwa gleichförmig umgesetzt wurden.<sup>63</sup> Bei der Prüfung einer abgestimmten Verhaltensweise unterliess sie jedoch jegliche Bezugnahme auf das entdeckte Parallelverhalten. Zwar wiederholte die WEKO *nicht* die erwähnten *obiter dicta*, kam dafür mittels einer alternativen Argumentation zum selben Ergebnis: Durch den so detaillierten Austausch zukünftiger Preisinformation *beabsichtigten* die Konkurrenten sich bei ihren Marktentscheidungen gegenseitig zu beeinflussen, was eine wettbewerbskonforme Preissetzung ausschliesse und somit *per se* eine abgestimmte Verhaltensweise darstelle.<sup>64</sup> Den obigen Ausführungen entsprechend verlangt der Auffangtatbestand jedoch eine zum Informationsaustausch kausale Verhaltenskoordination. Eine *versuchte* abgestimmte Verhaltensweise ist trotz wettbewerbswidriger Motive von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfasst.<sup>65</sup>

In der Literatur wurde diese Diskussion nach der subjektiven Absicht der Parteien hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der *Wettbewerbsbeschränkung* weitergeführt. Gemäss dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 KG muss eine Wettbewerbsbeschränkung nicht nachgewiesen werden, wenn die Unternehmen diese zumindest bezweck-

<sup>55</sup> RPW 2004/3, 736, Rz 34, *Schlachtschweine*.

<sup>56</sup> RPW 2010/4, 737, Rz 118 und 178, *Baubeschläge*; ebenso bereits in RPW 2004/2, 333, Rz 12, *ASTAG*; vgl. auch RPW 2014/2, 376, Rz 24 ff., *Meldesystem Baumeisterverbände*.

<sup>57</sup> BGE 129 II E. 5.1; Anstatt vieler siehe BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 51.

<sup>58</sup> Siehe BGE 129 II 18 E. 5.1; Wohl auch BSK KG-NEFF/THEUERKAUF (FN 5), Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 5 und 9.

<sup>59</sup> BORER, KG Komm. (FN 24), Art. 4 N 4; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 66.

<sup>60</sup> REINERT (FN 4), N 4.8 und 4.15; BGE 129 II 18 E. 6.3; EuGH, 89/85, Slg. 1993, I-1599, Rn 63, *Ahlström*.

<sup>61</sup> So auch BORER, KG Komm. (FN 24), Art. 4 N 11, der in der Abgabe einer Empfehlung für sich allein genommen noch kein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten sieht. Als kollisionsfördernde Massnahme kann diese Rechtsauffassung analog auf Informationsaustausche übertragen werden.

<sup>62</sup> RPW 2012/3, 615 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

<sup>63</sup> RPW 2012/3, 622 ff., Rz 62 ff. und 185 ff. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

<sup>64</sup> RPW 2012/3, 640, Rz 235–236, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

<sup>65</sup> FRENZ (FN 33), N 803 m.w.H.; BLATTMANN (FN 17), 305 ff.; wohl auch BSK KG-NEFF/THEUERKAUF (FN 5), Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 9.

ten.<sup>66</sup> Da ein verpöntes Parallelverhalten quasi als Auswirkung eines Informationsaustauschs betrachtet werden könne, sehen es einige Autoren als naheliegend, dass bei Austausch, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, auch das *Parallelverhalten* nicht mehr nachgewiesen werden müsse.<sup>67</sup> Diese in der Einleitung als drittes angekündigte Fragestellung wird im Anschluss behandelt.

#### IV. Die bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

##### A. Das «Bezwecken oder Bewirken» nach Art. 4 Abs. 1 KG

Eine Abrede hat gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken. Diese alternativen Tatbestandsmerkmale gewährleisten, dass zwischen der Abrede und der Wettbewerbsbeschränkung eine *Kausalität* besteht.<sup>68</sup> Ist die Behinderung des Wettbewerbs durch andere Umstände als die Abrede ausgelöst worden, soll sie den Unternehmen nicht angelastet werden.<sup>69</sup> Ihre Alternativität unterstreicht ferner, dass bei Abreden, deren Zweck auf die Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet ist, ihre Auswirkungen nicht mehr geprüft werden müssen.<sup>70</sup> Das Abstellen auf die grammatikalische Auslegung der «*bezweckten*» Wettbewerbsbeschränkung alleine ist jedoch irreführend und sorgt für Missverständnisse.<sup>71</sup> Anders als der Wortlaut vermuten lässt, sind die *subjektiven Absichten* der Unternehmen bei der Beurteilung *nicht entscheidend*.<sup>72</sup> Bezweckte Beschränkungen sind dadurch gekennzeichnet, dass die *Inhalte* der Abreden aller *ökonomischen Erfahrung* nach objektiv geeignet sind, eine Behinderung des Wettbewerbs herbei-

zuführen.<sup>73</sup> Diese Annahme gilt überwiegend bei *Kernbeschränkungen*.<sup>74</sup> In seinen letzten Entscheidungen hat der EuGH bestätigt, dass Vereinbarungen über den Einsatz gewisser Wettbewerbsmittel (wie Preise, Mengen oder Absatzgebiete) hinreichend geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, ohne dass eine Prüfung ihrer Wirkungen nötig wäre.<sup>75</sup> Dadurch wird deutlich, dass es bei der Überprüfung des wettbewerbswidrigen Zwecks um die Frage geht, welche *Wettbewerbsparameter* in der Abrede *koordiniert* werden und nicht, was die Unternehmen mit ihren Handlungen beabsichtigen.<sup>76</sup>

In Fällen *bewirkter* Beschränkungen müssen die rechtsanwendenden Behörden *im Einzelfall den Nachweis erbringen*, dass sich die Verhaltenskoordination im Effekt höchst wahrscheinlich negativ auf den Wettbewerb auswirkt.<sup>77</sup> Bspw. werden bei branchenweiten Produktstandardisierungen in der Regel Vereinheitlichungen von weniger zentralen Parametern angestrebt (z.B. Einheitsgrössen). Weil eine Koordination solcher Parameter nicht aller Erfahrung nach ausreichend geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern, müssten deren Auswirkungen nachgewiesen werden.<sup>78</sup> Wettbewerbswidrige Absich-

<sup>66</sup> Anstatt vieler siehe CR LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (FN 30), Art. 4 Abs. 1 N 78.

<sup>67</sup> M.w.H. BRÜTSCH (FN 23), 183 f.; SCHROEDER (FN 21), 720; WITTER (FN 45), 209, Fn 599; so auch EDELMANN (FN 32), 75, für den ein Austausch von Geschäftsgeheimnissen für sich alleine eine Wettbewerbsabrede darstellen kann; a.M. BLATTMANN (FN 17), 284 und 316 ff., der trotz eines allfälligen Bezweckens auf eine Verhaltenskoordination besteht.

<sup>68</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 68.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 1999/4, 614, Rz 10, *Climate Suisse*; RPW 2002/1, 81, Rz 16; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 67.

<sup>70</sup> Anstatt vieler siehe ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz*, Bern 2007 (zit. Verfasser, SHK KG), Art. 4 N 24.

<sup>71</sup> Hierzu gleich mehr unten IV.B.

<sup>72</sup> Anstatt vieler siehe BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 71; wobei lediglich eine *Berücksichtigung* der Absicht nicht verwehrt ist (EuGH, C-286/13 P, Rn 118, *Dole*).

<sup>73</sup> Anstatt vieler RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER, *EU-Kartellrecht*, 3. A., München 2014, Art. 101 AEUV N 78; im Ansatz auch KÖCHLI/REICH, SHK KG (FN 70), Art. 4 N 24; vgl. RPW 2010/1, 71, Rz 87, *Gaba*.

<sup>74</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011, Nr. C 011/01, Rn 18 ff. und insb. 27; In der Literatur wird das Abstellen auf den Zweck deshalb als «*Gefährdungstatbestand*» bezeichnet (anstatt vieler FRENZ [FN 33], N 1009–1011); siehe EuGH, C-286/13 P, Rn 115, *Dole*; EuGH, C-67/13 P, Rn 51, *Cartes Bancaires*.

<sup>75</sup> EuGH, C-286/13 P, Rn 115, *Dole*; m.w.H. siehe auch EuGH, C-67/13 P, Rn 51, *Cartes Bancaires*.

<sup>76</sup> Dies schliesst die traditionelle Bezeichnung des Bezweckens als *Gefährdungstatbestand* nicht aus, weil die effektiven Auswirkungen einer Verhaltenskoordination trotzdem vermutet werden (BSK KG-NYDEGGER/NADIG [FN 5], Art. 4 Abs. 1 N 72); siehe auch EuGH, C-286/13 P, Rn 116, *Dole*, m.w.H.; siehe auch Kommission (FN 69), *Horizontalleitlinien*, N 72; MEINRAD DREHER/JENS HOFFMANN, *Kartellrechtsverstöße durch Informationsaustausch?*, WuW 12/2011, 1181 ff., 1190; abzulehnen ist dabei die Auffassung der WEKO, die das Bezwecken und das Bewirken wörtlich ausleger RPW 2006/4, 593, Rz 26, *VTR*; zu relativieren ist ferner CR LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (FN 30), Art. 4 Abs. 1 N 80, die sagen, das *Ziel* der Abrede, Wettbewerbsparameter zu beeinflussen, stelle das Bezwecken dar. Was für die Vereinbarung stimmt, kann sich nicht auf die abgestimmte Verhaltensweise übertragen lassen, weil dort die Wettbewerbsparameter in Form eines Parallelverhaltens erfolgreich beeinflusst sein müssen.

<sup>77</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 74–75; STOFFEL (FN 23), 61.

<sup>78</sup> Siehe BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 73; weshalb bei weniger bedeutenden Parametern die Auswirkungen



ten sind folglich weder unter dem Titel des Bezweckens noch des Bewirkens vorausgesetzt. Dennoch verwirrt das höchste Unionsgericht mit seiner Rechtsprechung, die auf den ersten Blick andeutet, dass beim Austausch sensibler Informationen die *Motive* der Unternehmen trotzdem massgeblich sein sollen.

## B. Reicht eine wettbewerbswidrige Absicht für die Annahme des Bezweckens?

Laut dem Urteil des EuGH in Sachen *T-Mobile Netherlands* ist davon auszugehen, «[...] dass ein Informationsaustausch, der geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmaßes und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt».<sup>79</sup> Einige Autoren wollen diese Erwägung so verstehen, dass beim Austausch sensibler Informationen neu auch *wettbewerbswidrige Absichten* das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllen können.<sup>80</sup> Ungeklärt ist jedoch die Frage, wie sich diese Auffassung mit der oben wiedergegebenen traditionellen Auslegung des Bezweckens in Einklang bringen lässt. Denn auf den ersten Blick liest sich diese Erwägung so, dass bereits die *Eignung* des Informationsaustauschs, Unsicherheiten zu beseitigen, ausreicht, um als Wettbewerbsabrede qualifiziert zu werden. Lässt sich nämlich ein Zweck im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG feststellen, müssen die Auswirkungen der Abrede bekanntlich nicht mehr nachgewiesen werden. Da ein Informationsaustausch u.U. bewirkt, dass die Konkurrenten ihr Marktverhalten einander angleichen, wird die obige Rechtsprechung überwiegend so verstanden, dass ein Austausch mit wettbewerbswidrigen Absichten bereits als Wettbewerbsabrede qualifiziert, *ohne* dass ein *gleichförmiges Verhalten* vorliegen muss.<sup>81</sup> Diese Schlussfolgerung ist klar abzulehnen. Erstens widerspricht sie der

ständigen Rechtsprechung, dass unter dem Titel des wettbewerbswidrigen Zwecks das Gefährdungspotenzial der *Verhaltenskoordination* und nicht dasjenige vorgängiger Abstimmungshilfen zu prüfen wäre.<sup>82</sup> Genügte für die Bejahung des Bezweckens alleine die Einschätzung, ob der Austausch geeignet wäre, eine Abstimmung zu erreichen, würde zweitens die Voraussetzung des Parallelverhaltens (bei der abgestimmten Verhaltensweise) gar *ignoriert*. Drittens wäre es *systemwidrig*, für Informationsaustausche eine unterschiedliche Auslegung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung anzuführen als für die übrigen Kooperationsformen wie bspw. die Preisempfehlung. Schliesslich sind die Verhaltensweise und das Bewirken strikt zu trennende Tatbestandsmerkmale, zumal die Auswirkung die *Folge* des Verhaltens und nicht das Verhalten selbst betrifft.<sup>83</sup> Der Autor vertritt die Auffassung, dass die Rechtsprechung *konform* zur traditionellen Auslegung des Bezweckens verstanden werden sollte.<sup>84</sup> Die subjektiven Absichten der Parteien sind nicht massgeblich für das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Zwecks im Sinne des Gesetzes<sup>85</sup> und ersetzen weiter nicht die der Abstimmung entsprechende Verhaltensweise.<sup>86</sup> Ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, muss auch beim Informationsaustausch aufgrund der *koordinierten Wettbewerbsparameter* beurteilt werden.

Hierzu ein kurzes *Beispiel*: Ein Schachspiel-Hersteller übermittelt seinem Konkurrenten, dass er ab sofort anstatt qualitativ hochwertigen Holzfiguren solche aus Kunststoff produzieren werde. Zieht der Konkurrent mit, weil er davon ausgeht, durch die kollusiv verbilligten Produktionskosten eine grössere Gewinnmarge abzuschöpfen, verhalten sich die Anbieter abgestimmt. Nach der bestrit-

auf den Wettbewerb überprüft werden müssen, ob sie eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bewirken (BLATTMANN [FN 17], 319).

<sup>79</sup> EuGH, C-8/08, Rn 41, *T-Mobile Netherlands*; EuGH, C-286/13 P, Rn 122, *Dole*; siehe auch EuG, T-6/89, Slg. 1991 II, 1623 ff., Rn 200 f., *Enichem Anic SPA*.

<sup>80</sup> SCHROEDER (FN 21), 719–720; DREHER/HOFFMANN (FN 76), 1189; KARENFORT (FN 15), 1155–1156; PISCHEL/HAUSNER (FN 15), 498–499; siehe auch Kommission, Horizontalleitlinien (FN 69), N 73; siehe auch EDELMANN (FN 32), 101 ff.; früher schon BRÜTSCH (FN 23), 183; Auch die WEKO folgt in ihrer Praxis einer sehr wörtlichen Auslegung der bewirkten und bezweckten Wettbewerbsbeschränkung (siehe RPW 2006/4, 593, Rz 26, *VTR*; RPW 2010/4, 738, Rz 190–192, *Baubeschläge*).

<sup>81</sup> Siehe die Hinweise in FN 80.

<sup>82</sup> BLATTMANN (FN 17), 184 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 70–72; für ein illustratives Beispiel in der Rechtsprechung siehe EuGH, C-67/13 P, Rn 47 ff., *Cartes Bancaires*.

<sup>83</sup> BLATTMANN (FN 17), 315; dass die WEKO die Tatbestandsmerkmale der Verhaltensweise und des Bewirkens nicht auseinander hält, zeigt sie in RPW 2014/1, 193, Rz 87, *Dermalogica*.

<sup>84</sup> Dafür spricht nicht zuletzt die Entscheidung des EuGH in Sachen *Dole*, als der Gerichtshof sowohl die ständige Rechtsprechung, sowie die Erwägung aus *T-Mobile Netherlands* berücksichtigte (EuGH, C-8/08, Rn 27 ff., *T-Mobile Netherlands*; EuGH, C-286/13 P, Rn 118 ff., *Dole*).

<sup>85</sup> EuGH, C-8/08, Rn 27, *T-Mobile Netherlands*; EuGH, C-286/13 P, Rn 115–118, *Dole*; BLATTMANN (FN 17), 316–318, berücksichtigt hingegen neben der Vereinheitlichung wesentlicher Wettbewerbsparameter trotzdem, ob der *Austausch* objektiv geeignet war Unsicherheiten bezüglich des zukünftigen Verhaltens zu beseitigen. M.E. ist diese Überprüfung überflüssig, zumal eine gegenseitige Abstimmung einen geeigneten Austausch voraussetzt. Analog zur traditionellen Auslegung des Bezweckens muss die *Verhaltenskoordination* und nicht der Austausch selbst objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu behindern.

<sup>86</sup> Siehe oben III.B.

tenen Gegenauffassung ist vorliegend ein Bezwecken zu bejahen, da aufgrund der eindeutigen Kommunikation seines Vorhabens der erklärende Anbieter die Unsicherheiten über sein künftiges Marktverhalten beseitigt hat. In der hier vertretenen Meinung wird jedoch angenommen, dass eine Koordination bezüglich des Parameters «Produktqualität» im Markt für Schachspiele nicht aller Erfahrung nach objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Ansonsten würde eine Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen obsolet, könnte auch die Kollusion von unbedeutenden Wettbewerbsparametern als Bezwecken qualifiziert werden.<sup>87</sup>

In der Literatur und Praxis bereitet diese Frage der Auslegung des Bezweckens gerade bei abgestimmten Verhaltensweisen grosse Mühe, da sich der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 KG widerspreche.<sup>88</sup> Einerseits reicht ein wettbewerbswidriger Zweck aus, ohne dass die Auswirkungen einer Abrede geprüft werden müssen. Andererseits verlangt der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ein *gleichförmiges Verhalten* als Resultat einer Abstimmung, was wörtlich als eine solche Wirkung interpretiert werden könnte. Um diesen Konflikt zu lösen, wurde in der Vergangenheit diskutiert, ob das Bezwecken doch eine gewisse Auswirkung zeitigen müsse, oder ob es Sonderfälle wie bspw. die unverbindliche Preisempfehlungen gebe, die ausnahmsweise eine Befolgung als Auswirkung voraussetzen.<sup>89</sup> Nach der hier vertretenen Meinung ist keine der beiden Erklärungsversuche zielführend, weil eine systematische, funktionale und wortgetreue Auslegung des Art. 4 Abs. 1 KG möglich ist, ohne Ausnahmetatbestände bilden zu müssen: Die Norm schreibt vor, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken muss. Da es sich beim Informationsaustausch und der Preisempfehlung lediglich um Abstimmungshilfen und noch nicht um «ausgewachsene» abgestimmte Verhaltensweisen handelt, sind kollusionsfördernde Massnahmen weder vom Bezwecken noch vom Bewirken direkt angesprochen.<sup>90</sup> Es ist folglich gleichgültig, mit welchen Motiven Kalkulationshilfen, Empfehlungen oder Informationsaustausche beschlossen bzw. durchgeführt werden. Dass ein gleichförmiges Marktverhalten bereits vorliegt, setzt der Tatbestand der abge-

stimmten Verhaltensweise voraus, bevor geprüft wird, ob das Parallelverhalten der Konkurrenten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.<sup>91</sup> Aus demselben Grund gilt als gefestigt, dass eine bloss versuchte abgestimmte Verhaltensweise nicht als Abrede gilt, auch wenn sie mit voller Absicht angestrebt wurde.<sup>92</sup>

Die Ursache für diese Verwirrungen hinsichtlich der Auslegung des Bezweckens liegt m.E. in der fehlenden Berücksichtigung, dass Art. 4 Abs. 1 KG zwei strikt zu trennende Abredeformen enthält. Die Vereinbarung beschreibt lediglich den formellen Vorgang einer Willensübereinstimmung, ohne dass von einer Vollstreckung die Rede wäre, während der Wortlaut der abgestimmten Verhaltensweise bereits eine Umsetzung der Abstimmung in Form eines Marktverhaltens verlangt. Diesem fundamentalen Unterschied muss folglich Rechnung getragen werden, indem das Bezwecken auf eine *beidseitig vertragliche Weise* ausgelegt wird. Entsprechend ist in der Lehre und der Praxis beim wettbewerbswidrigen Zweck seit jeher von einem objektiven Zweckbegriff auszugehen, der untersucht, ob die Art der Verhaltenskoordination aller ökonomischen Erfahrung nach objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>93</sup> Wie ist nun die oben zitierte Erwägung des EuGH zu verstehen? Für das Zitat aus *T-Mobile Netherlands* bedeutet dies, dass das höchste Unionsgericht den «wettbewerbswidrigen Zweck» nicht als Bezwecken im Sinne des Tatbestandsmerkmals verstanden haben wollte. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Kontext der Erwägung, die an jener Stelle quasi die *unzulässige bzw. wettbewerbswidrige Fühlungnahme* in Form eines Informationsaustauschs behandelt. Der Gerichtshof hält lediglich fest, dass nicht jedes Parallelverhalten *per se* als abgestimmte Verhaltensweise gelte. Fand im Vorfeld ein jedoch entsprechend ausgestalteter Austausch statt, könne das Parallelverhalten keinem Zufall entsprechen, weil die Unternehmen gerade *beabsichtigen*, dass sie sich gleichförmig verhalten.<sup>94</sup> In diesem Sinne muss der Gerichtshof m.E. so verstanden werden, dass wettbewerbswidrige Absichten dahingehend mitbestimmend sein können, ob ein Informationsaustausch eine tat-

<sup>87</sup> Anstatt vieler BSK KG-NYDEGGER/NADIG (FN 5), Art. 4 Abs. 1 N 73–74; EuGH, C-67/13 P, Rn 51, *Cartes Bancaires*.

<sup>88</sup> Siehe zusammenfassend PHILIP ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Diss., Zürich/St. Gallen 2016, 206 f. m.w.H.

<sup>89</sup> ESTERMANN (FN 88), 207 und 210 m.w.H.; siehe auch BRÜTSCH (FN 23), 164.

<sup>90</sup> Anders die WEKO in RPW 2014/1, 193, Rz 87, *Dermalogica*.

<sup>91</sup> Siehe oben III.A.

<sup>92</sup> FRENZ (FN 33), N 803; für weitere Hinweise siehe FN 65.

<sup>93</sup> BORER, Komm. KG (FN 24), Art. 4 N 4; Vgl. BLATTMANN (FN 17), 315; EuGH, C-286/13 P, Rn 122, *Dole*; EuGH, C-67/13 P, Rn 51, *Cartes Bancaires*; siehe mit diesem Hintergrund auch EuGH, C-8/08, Rn 28 und 35, *T-Mobile Netherlands*.

<sup>94</sup> Dies zeigt sich darin, dass die Rn 41, die vom «wettbewerbswidrigen Zweck» spricht, die gleichen Voraussetzungen an den Informationsaustausch stellt wie in Rn 35, wo vom Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln die Rede ist (EuGH, C-8/08, Rn 35 und 41, *T-Mobile Netherlands*).

*bestandsmässige Abstimmung* ermöglicht.<sup>95</sup> Wenn bspw. ein Anbieter seinem Konkurrenten erklärt, dass er seinen Preis ab sofort um 10% erhöhe, ist wohl kaum abzustreiten, dass er das Entstehen eines kollusiven Marktergebnisses nicht zumindest in Kauf nimmt. Somit kann auf das Vorliegen einer unzulässigen Fühlungnahme geschlossen werden, wenn der Austausch in einer Weise ausgestaltet wurde, die keine Zweifel über die zukünftigen Absichten der Unternehmen offenlässt. Von einem Bezwecken im Sinne des Gesetzes ist hingegen erst auszugehen, wenn die spezifische Ausgestaltung des Informationsaustauschs zu einer kausalen *Verhaltenskoordination* hinsichtlich wesentlicher *Wettbewerbsparameter* geführt hat und diese aller Erfahrung nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.

In den vorangehenden Abschnitten dieses Beitrags wurde dargelegt, unter welchen Umständen ein Austausch zwischen Konkurrenten eine abgestimmte Verhaltensweise erzeugt und welche Rechtsauffassungen der Lehre und Praxis diesbezüglich im Konflikt stehen. Nach der Definition des Informationsaustauschs als Wettbewerbsabrede stellt sich die praktisch wichtige Frage der materiellen Erheblichkeit nach Art. 5 KG. Je nach Parameter, die durch den Austausch angeglichen wurden, muss u.U. nach Art. 5 Abs. 3 KG i.V.m. 49a Abs. 1 KG mit einer Sanktion gerechnet werden. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

## V. Die Sanktionierung eines Informationsaustauschs

Eine Abrede gilt erst als unzulässig, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch effizienzsteigernde Gründe nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Art. 5 Abs. 3 KG kennt für bestimmte horizontale Abreden eine besondere Beweiserleichterung. Betrifft die Verhaltenskoordination die direkte oder indirekte Festlegung der Preise (Bst. a), die abgesetzte Produktionsmenge (Bst. b) oder die Aufteilung des Absatzgebiets (Bst. c), wird *vermutet*, dass die Abrede den wirksamen Wettbewerb nicht bloss erheblich beeinträchtigt, sondern *beseitigt*. Weil diese Art von Wettbewerbsabreden zum einen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG unter Sanktionsandrohung stehen und zum anderen einer Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht zugänglich sind, ist die Unterscheidung zwischen einem Informationsaustausch nach Art. 5 Abs. 1 KG und einem nach Art. 5 Abs. 3 KG sehr folgenreich.

ZÄCH/KÜNZLER heben mit Verweis auf Informationsvereinbarungen die Wichtigkeit dieser Abgrenzung hervor. Sie bezweifeln, ob bspw. aus einer horizontalen Abrede über den Austausch der praktizierten Preise, welche die beteiligten Unternehmen in die Lage versetzt, die Preise anzupassen, auf eine *Preisabrede* i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG geschlossen werden könne. Naheliegender sei, sofern die Rechtfertigung misslingt, von einer erheblichen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen, da die angepassten Preise auch Folge der durch den Informationsaustausch geschaffenen Markttransparenz sein könnten.<sup>96</sup> Nach der Ansicht des Autors bereitet die Abgrenzung der Fälle nach Art. 5 Abs. 1 KG und jener nach Art. 5 Abs. 3 KG im vorliegenden Zusammenhang jedoch kaum Schwierigkeiten. Denn wie in Abschnitt II. argumentiert wurde, stellt die *Vereinbarung*, Informationen auszutauschen, gar *keine Wettbewerbsabrede* dar, nur weil sie eine Preisangleichung u.U. *ermöglicht*. Erst wenn die Beteiligten im Anschluss an den Austausch *tatsächlich* ihr Marktverhalten einander angleichen, entsteht eine Abrede in Form der abgestimmten Verhaltensweise. Die Einordnung dieser Art von Verhaltenskoordination in erhebliche und wettbewerbsbeseitigende Abreden, kann anhand der betroffenen *Wettbewerbsparameter* getroffen werden, zumal – wie oben dargelegt wurde – die abgestimmte Verhaltensweise ein Parallelverhalten zwingend voraussetzt.<sup>97</sup> Wie die überwiegend befolgte Preisempfehlung führt auch ein Austausch praktizierter Preislisten zu einer Abrede nach 5 Abs. 3 Bst. a KG, wenn die Unternehmen die *Preise* direkt oder indirekt unter einander anpassen.<sup>98</sup> Als *erhebliche* Informationsaustausche kommen folglich diejenigen in Betracht, die zu einer Verhaltenskoordination *weniger bedeutender Wettbewerbsparameter* führen, die einerseits nicht in Art. 5 Abs. 3 KG aufgeführt sind und andererseits nach dem üblichen Prüfungsschema als qualitativ und quantitativ erheblich qualifiziert werden.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Siehe oben III.A.

<sup>96</sup> ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Stefan Bechtold/Joachim Jickeli/Mathias Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, FS zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 740; vgl. RPW 2011/4, 588, Rz 428, *ASCOPA*.

<sup>97</sup> Siehe oben III.A.

<sup>98</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 387 und 392; so etwa in RPW 2004/3, 740, Rz 43–44, *Schlachtschweine*; RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, wobei die Diskussion in Rz 259–260, ob die Preiserhöhung kausal zum Informationsaustausch war, richtigerweise unter Art. 4 Abs. 1 KG hätte geprüft werden müssen.

<sup>99</sup> BGE 129 II 18 E.5.2.1; RPW 2011/4, 590, Rz 437, *ASCOPA*; BVGer B-8399/2010, 23.9.2014, E.6.1.3; wobei seit BGer, 2C\_180/2014, 28.6.2016, die quantitative Erheblichkeit nur noch bei einer von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht erfassten austauschbasierten Abrede zu prüfen ist. Die schriftliche Begründung ist jedoch



Folglich unterscheiden sich die Fälle erheblicher Informationsaustausche von den Wettbewerbsbeseitigenden «*lediglich*» anhand der koordinierten Parameter, weshalb die Qualifikation als Wettbewerbsabrede die kontroversere Frage scheint. Ohne die Preisangleichung aufgrund eines Austauschs von Preislisten liegt weder eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG noch nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor, weil die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt sind.<sup>100</sup> Kommt es doch zu einer Preiskoordination, kann der bisherigen Vorgehensweise bei der Umstossung der Vermutung gefolgt werden.<sup>101</sup> Für eine allfällige Prüfung der ökonomischen Effizienzerwägungen nach Art. 5 Abs. 2 KG ist besonders auf die diesbezügliche Spezialliteratur zu verweisen.<sup>102</sup>

## VI. Schlussfolgerung

Im Anschluss an die *Gaba/Elmex*-Entscheidung des Bundesgerichts wird eine klar abschätzbare Subsumption einer Wettbewerbsabrede dringend nötig sein. Obwohl in der Literatur und der Praxis Einigkeit bezüglich der Umschreibung der Tatbestandsmerkmale herrscht, werden diese auf Informationsaustausche widersprüchlich angewendet. Die WEKO legt Art. 4 Abs. 1 KG in solchen Fällen so aus, dass auch ein *Gefährdungspotenzial* eines Austauschs ausreicht, ohne dass eine Einigung über zukünftige Geschäftsentscheidungen<sup>103</sup> oder ein abgestimmtes Marktverhalten<sup>104</sup> zwingend vorausgesetzt sei. Nach der hier vertretenen Meinung gilt ein Informationsaustausch lediglich als *Indiz* für eine abgestimmte Verhaltensweise. Dass er selbst als eine eigenständige Wettbewerbsabrede qualifiziert wird, ist ausgeschlossen, zumal es sich lediglich um ein *Hilfsmittel* handelt, die eigentliche Abrede zu erreichen.<sup>105</sup> Ein der Abstimmung entsprechendes Gleichverhalten ist ein notwendiges Kriterium. Ob die Parteien mit dem Austausch wettbewerbswidrige Absichten hegen, oder der Austausch auf einer Verein-

barung oder einem Verbandsbeschluss basiert, hat darauf keinen Einfluss.<sup>106</sup>

Die rechtliche Frage, wann ein Informationsaustausch Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, ist von der Wettbewerbspolitik zu isolieren. Gerade in der Literatur beschäftigen sich viele Autoren mit der Frage, in welcher Ausgestaltung ein Informationsaustausch für den Wettbewerb schädlich ist.<sup>107</sup> Die Ökonomie weist häufig auf die *Ambivalenz* eines Informationsaustauschs hin, weshalb bei allen Austauschen oder Informationssystemen eine genaue Analyse der Marktumstände erforderlich sei.<sup>108</sup> Lässt sich anhand des Inhalts und der Art des Informationsaustauschs (zentrale Parameter, Detaillierungsgrad der Informationen, Zeitpunkt des Austauschs, Häufigkeit, etc.) erkennen, dass der Austausch mit grösster Wahrscheinlichkeit eine Kollusion erzeugen wird, scheint eine Schädigungsprognose aus wettbewerbspolitischer Sicht adäquat genug zu sein, einen Informationsaustausch *vor Eintritt* des wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens untersagen zu können. Bei den Tatbeständen der Wettbewerbsabrede handelt es sich jedoch um die Prüfung der *Momentaufnahme*, ob eine Einigung des zukünftigen Geschäftsverhaltens zustande gekommen *ist* oder ob die Unternehmen sich der Abstimmung entsprechend verhalten *haben*. Ohne dass sich die Marktentscheidungen der Beteiligten in einem bewussten und gewollten Gleichverhalten manifestiert haben, kann trotz Informationsaustausch keine Wettbewerbsabrede vorliegen. Die WEKO scheint dem Austausch zwischen Konkurrenten jedoch misstrauisch gegenüber zu stehen und konstruiert die Wettbewerbsabrede alleine aus den wettbewerbswidrigen Absichten der Unternehmen und der Eignung des Austauschs, Verhaltensangleichungen zu ermöglichen.<sup>109</sup> Es scheint, als hätte sich die WEKO damit eine «*Hintertür*» zur Kontrolle solcher Abstimmungshilfen schaffen wollen, in welchen ein gleichförmiges Verhalten wahrscheinlich ist, ohne aber tatsächlich eingetreten zu sein. In den genannten Fällen

noch ausstehend; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 148 und 151; vgl. auch ESTERMANN (FN 88), 330–332.

<sup>100</sup> Aufgrund des fehlenden gleichförmigen Verhaltens, siehe oben Kap. III; unter Vorbehalt, dass die Preisliste auch nicht zu einer Koordination *anderer* Wettbewerbsparameter führt.

<sup>101</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 5), Art. 5 N 445 ff.

<sup>102</sup> Ausführlich dazu FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb – Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen legitimen Informationsbedürfnissen und Geheimwettbewerb, Tübingen 2004; EDELMANN (FN 32), 143 ff.; BLATTMANN (FN 17), 323 ff.

<sup>103</sup> RPW 2011/4, 585, Rz 399–401, *ASCOPA*; siehe oben II.

<sup>104</sup> Siehe oben III.

<sup>105</sup> Siehe STROUX (FN 12), 27; BLATTMANN (FN 17), 278 f.

<sup>106</sup> Siehe oben IV.

<sup>107</sup> KAUFMANN (FN 16), 85 ff.; BLATTMANN (FN 17), 288 ff.

<sup>108</sup> Anstatt vieler FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Information Exchange in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KsZW 01.2011, Sonderbeitrag, 87 ff., 88.

<sup>109</sup> In *ASCOPA* konstruierte die WEKO aus dem Sachverhalt eine *Vereinbarung*, sodass die Umsetzung der Abrede – und somit auch das Parallelverhalten – nicht mehr abgewartet werden müsse (siehe oben II.B.). In *Schlachtschweine, Baubeschläge* und *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* wurde hingegen bloss auf das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise geprüft, wobei die Erhöhung der Transparenz bzw. die Absicht zur Verhaltenskoordination ausreichte, um den Tatbestand zu erfüllen, sodass nicht einmal mehr ein Nachweis der *Verhaltensweise* zwingend sei (siehe oben III.B.).

gelang ihr zwar punktuell der Nachweis von gleichförmigen Marktverhalten.<sup>110</sup> Dennoch hat die Kommission in der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG nie darauf Bezug genommen. M.E. bestätigt dies, dass die WEKO beim Informationsaustausch das Parallelverhalten nicht als Voraussetzung der abgestimmten Verhaltensweise anerkennen will, sondern es lediglich als *Marktauswirkung* unter Art. 5 KG berücksichtigt, wo ihr Ermessenspielraum grösser ist.<sup>111</sup> Dass sie als Hüterin des Wettbewerbs in der Rechtsanwendung eine eigene wettbewerbspolitische Agenda verfolgt, ist kaum überraschend. Dennoch handelt es sich nach der hier vertretenen Meinung um eine unzulässige Ausdehnung der Tatbestände *sine lege* nach dem Prinzip «*im Zweifelsfall gegen die Angeklagten*». Es ist der Legislative vorbehalten, der WEKO eine Möglichkeit zu eröffnen, Abstimmungshilfen wie der Informationsaustausch vorgängig auf ihre potenzielle Schädlichkeit hin zu überprüfen. Ohne den Nachweis einer nachträglichen und kausalen Verhaltenskoordination, sind der WEKO m.E. aber die Hände gebunden.

Inwiefern sich die hier vorgestellte Rechtsauffassung gegen diejenige der Kommission behaupten kann, wird sich in mittelbarer Zukunft zeigen. Beim Bundesgericht ist der Fall *Baubeschläge* hängig, in welchem das Gericht die Gelegenheit erhält, sich zum umstrittenen *obiter dictum* zu äussern.<sup>112</sup> Ebenfalls einen grossen Beitrag zur Rechtsentwicklung könnte das Bundesverwaltungsgericht leisten, indem es in *ASCOPA* festhalten würde, dass der Sachverhalt einzig im Lichte der abgestimmten Verhaltensweise zu beurteilen sei. Es bleibt abzuwarten, welchen Weg die Gerichte einschlagen werden.

<sup>110</sup> Die WEKO nahm in der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG nie Bezug auf tatsächliche Verhaltensangleichungen, obwohl ihr punktuell der Nachweis von Parallelverhalten gelang (RPW 2010/4, 731, Rz 118, *Baubeschläge*; RPW 2012/3, 634, Rz 185 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*).

<sup>111</sup> Für eine rechtsgenügende Praxis wäre es jedoch dringend nötig, dass das gleichförmige Marktverhalten als Voraussetzung unter Art. 4 Abs. 1 KG behandelt wird. Ansonsten wird in der Schweiz nie geklärt, in welchem Ausmass die Verhaltensweise der Abstimmung entsprechen muss (ungefähr oder identisch) oder ob die unionsgerichtliche Kausalitätsvermutung auch in unserer Rechtsordnung Geltung findet.

<sup>112</sup> Was das Bundesverwaltungsgericht bedauerlicherweise versäumt hat; siehe dazu MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff., 271.