

Unterschiede in der Qualifikation von horizontalen und vertikalen abgestimmten Verhaltensweisen in der Praxis

RAFFAEL GÜBELI*

Die Kartellbehörden verweisen in der Anwendung des Art. 4 Abs. 1 KG auf unverbindliche vertikale Preisempfehlungen auf die Praxis zur horizontalen Verhaltenskoordination. Anstatt auf die Erfüllung der Kriterien der Abstimmung, des Parallelverhaltens und des Kausalzusammenhangs zu prüfen, hat sich in der Lehre und Praxis ein sog. Befolgung-Plus-Ansatz durchgesetzt. Kürzlich hat das BVGer Urteile zu beiden Fallgruppen gefällt, deren Begründungen Zweifel an der Anwendung unterschiedlicher Kriterien aufkommen lassen. Der Autor versucht aufzuzeigen, dass die Legaldefinition der abgestimmten Verhaltensweise Tatbestandsmerkmale enthält, die sich in gleichförmiger Weise auf beide Fallgruppen anwenden lassen.

Les autorités anti-trust renvoient à la jurisprudence sur la coordination horizontale de comportements dans l'application de l'art. 4 al. 1 LCart aux recommandations de prix verticales facultatives. À la place de l'examen portant sur la réalisation des critères de la concertation, du comportement parallèle et du rapport de causalité, une approche dite «respect plus» s'est imposée dans la doctrine et la juris-

prudence. Le TAF a récemment rendu dans les deux groupes de cas des arrêts dont les motivations jettent un doute sur l'application de critères différents. L'auteur tente de démontrer que la définition légale de la pratique concertée contient des éléments constitutifs qui peuvent s'appliquer de manière uniforme aux deux groupes de cas.

- I. Einleitung
- II. Die abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG
 1. Im Allgemeinen
 2. Zwischen Konkurrenten: am Beispiel des Informationsaustauschs
 3. Zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen: am Beispiel von UVP
 4. Abweichungen in der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG
- III. Implikationen des Urteils in Sachen Türbeschläge auf das Bezwecken im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen des BVGer
 3. Anmerkung zur Abstimmung und zur Kausalitätsvermutung
 4. Anmerkungen zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung
- IV. Neudefinition von Bezwecken und Bewirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG
 1. Auslegungsvorschlag anhand der Praxis der Unionsgerichte
 2. Auswirkungen auf UVP als abgestimmte Verhaltensweisen

Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

Der oft genannte Bundesgerichtsentscheid vom 28. Juni 2016 in Sachen «Gaba/Elmex» hat zur Folge, dass die Definition der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG einen grösseren Stellenwert einnimmt als zuvor, weil Abreden bereits aufgrund einer rein qualitativen Erheblichkeit unter Art. 5 Abs. 1 KG fallen können¹. Am 19. Dezember 2017 beurteilte das BVGer in Sachen «Hors-Listen Medikamente», unter welchen Voraussetzungen eine unverbindliche Preisempfehlung (UVP) eine vertikale abgestimmte Verhaltensweise verkörpert². Das Gericht rief die ständige Praxis in Erinnerung, dass die Kriterien der Praxis zu horizontalen abgestimmten Verhaltensweisen massgeblich seien³. Ein Vergleich der Praxis zu den beiden Fallgruppen zeigt jedoch, dass sich ihre Aufgreifkriterien teilweise widersprechen. Nach der ständigen Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission (Weko) zum

¹ BGE 143 II 297; vgl. R. GÜBELI, AJP 2017, 50 ff., 50; N. BIRKHÄUSER/A. STANCHIERI, Das Urteil des BGer in Sachen «Gaba», in: Jusletter 11. September 2017, 15.

² BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, «Pfizer» (angefochten vor BGer); gleichentags ergingen parallel zum vorliegend referenzierten Entscheid weitere Entscheide betreffend die Hersteller «Eli Lilly (Suisse) SA» (Urteil B-843/2015) und «Bayer (Schweiz) AG» (Urteil B-844/2015), diese werden nachfolgend nicht vertieft; vgl. die Urteilsbesprechung zum Urteil B-846/2015 von P. ESTERMANN, AJP 4/2018, in Erscheinung.

³ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

* M.A. HSG in Law, Anwaltssubstitut, Zürich. Mit bestem Dank an PHILIPP ESTERMANN, Dr. iur., M.A. HSG in Law & Economics, Rechtsanwalt, Zürich, für seine wertvollen Anregungen.

Informationsaustausch zwischen Konkurrenten muss für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG ein *Parallelverhalten* nicht nachgewiesen werden, weil ein transparenzförderndes Verhalten zwischen Konkurrenten bereits eine Wettbewerbsabrede *bezwecke*⁴. Bezüglich *vertikaler Preisempfehlungen* herrscht in Literatur und Praxis hingegen Einigkeit, dass für UVP die gleichen Kriterien gelten sollen, wie für horizontale Verhaltensabstimmungen, diese jedoch erst als Wettbewerbsabreden aufgefasst werden, wenn sie sich wie Preisbindungen *auswirken*⁵. Eine solche liegt erst vor, wenn die UVP unter Ausübung von *Druck* oder Gewährung von *Anreizen* überwiegend *befolgt* wurde⁶. Wettbewerbswidrige Absichten alleine werden grundsätzlich nicht als ausreichend angesehen⁷.

Gemäss der Rechtsprechung des BGer gilt Art. 4 Abs. 1 KG als Legaldefi-

nition, deren Begriffe einheitlich angewendet werden müssen⁸. Zudem übt die Klarstellung der Erheblichkeit als Bagatellklausel Druck auf die Behörden aus, mit klaren Abgrenzungen zu bestimmen, welche Verhaltensweisen den Unternehmen vorgeworfen werden können. Der vorliegende Beitrag versucht deshalb, mittels teleologischer Auslegung des Tatbestands der Wettbewerbsabrede in Form einer *abgestimmten Verhaltensweise* die einzelnen Kriterien so zu umschreiben, dass sie einheitlich sowohl für horizontale als auch vertikale Verhaltensabstimmungen anwendbar sind. Einen wesentlichen Beitrag dazu hat das BVGer in einem kürzlich ergangenen Urteil in Sachen *Türbeschlüsse* geleistet, indem es den Grundstein für eine Neuauslegung der *bezweckten und der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung* i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG legte⁹.

II. Die abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG

1. Im Allgemeinen

Laut der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) gilt als abgestimmte Verhaltensweise «[...] [jede] Form der Koordinierung zwischen Unternehmen [...], die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt [...] [und] daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung [erfüllt], sondern [...] sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung [ergibt]»¹⁰. Es handelt sich gegenüber

dem Tatbestand der Vereinbarung um einen *Auffangtatbestand*, für den Fall dass den Unternehmen kein Konsens über den künftigen Einsatz von Wettbewerbsparametern nachgewiesen werden kann.

Die Abstimmung beschreibt einen *Prozess*, den die Unternehmen durchlaufen, um ein gemeinsames Marktverhalten zu definieren. Sie erfasst jede Art und Weise des Zusammenwirkens zwischen Unternehmen, die noch nicht zur Bildung eines gemeinsamen Willens über ihr künftiges Marktverhalten geführt hat¹¹. Die Abstimmung hat sich sodann in einem *koordinierten Marktverhalten*, dem sog. Parallelverhalten, zu manifestieren¹². Die Qualifikation als Wettbewerbsabrede hängt dabei nicht vom gleichförmigen Marktverhalten ab, sondern von der *Art* der Abstimmung. Erst wenn das Parallelverhalten in *Verletzung des unternehmerischen Selbstbestimmungspostulats* entstanden ist, liegt eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. Gemäss dem Selbstbestimmungspostulat ist Wettbewerb vom ökonomischen Grundgedanken geleitet, dass jeder Unternehmer autonom zu bestimmen hat, welche Bedingungen er seiner Kundschaft gewähren will¹³. Stimmen sich Konkurrenten in einer Weise ab, die dem Grundsatz des selbstbestimmten Marktverhaltens widerspricht, liegt eine Abstimmung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor,

EuGH vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529, N 26, «T-Mobile Netherlands»; EuG vom 14. März 2013, T-588/08, N 56, «Dole/Kommission»; BGE 129 II 18 ff. E. 6.3.

¹¹ RPW 2014, 627, E. 6.3.1.2, «Paul Koch AG»; gemäss der Praxis der Weko müssen die Unternehmen «bewusst und gewollt mit Bezug auf gewisse Wettbewerbsparameter zusammenwirken» (RPW 2011, 366, N 18, «Festool»; RPW 2017, 78, N 60 f., «Swisscom».

¹² T. LETTL, Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, WuW 2017, 422 ff., 425; GÜBELI (Fn. 1), 55; BVGer vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

¹³ EuGH, 28. Mai 1998, Rs. C-7/95, Slg. 1998, I-3111, N 86, «John Deere».

⁴ RPW 2012, 639, N 234, «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen»; RPW 2010, 737, N 177, «Baubeschlüsse»; RPW 2004, 737, N 34, «Schlachtschweine».

⁵ RPW 2011, 367, N 28, «Festool»; RPW 2013, 288, N 40, «Harley-Davidson»; RPW 2010, 663, N 121, «Hors-Liste Medikamente»; anders hingegen in RPW 2016, 736, N 91, «Musik Olar», wobei die Weko zwischen Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise keine Abgrenzung gezogen hat.

⁶ P. ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Zürich 2016, 216 ff.; RPW 2011, 367, N 28, «Festool»; M. REINERT, Vertikale Preisempfehlung im Schweizer Kartellrecht – Eine Kritik des Entscheids Preisempfehlungen für Hors-Liste-Medikamente, in: M. Amstutz/I. Hochreutener/W. Stoffel (Hg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, 21 ff., 24.

⁷ Siehe Ziff. 15 der Vertikalbekenntmachung (Stand 22. Mai 2017; nachfolgend Vert-BM), das sich ausschliesslich auf die Auswirkungen von UVP bezieht; vgl. auch RPW 2013, 291, N 62 f. und 69, «Harley-Davidson», wo die Weko mit dem Bewirken auch das Bezwecken verneinte, ohne aber die Kriterien des Bezweckens anzuwenden; anders jedoch in RPW 2016, 736, N 91, «Musik Olar», wobei die Auswirkungen unter dem Titel von Art. 5 Abs. 4 KG geprüft wurden.

⁸ BGE 143 II 297 ff. E. 5.4.2.

⁹ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, «Türbeschlüsse»; siehe hinten III.

¹⁰ EuGH vom 14. Juli 1972, verb. Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, N 64 f., «ICI/Kommission»;

die das höchste Unionsgericht als «*Fühlungnahme*» bezeichnet¹⁴. Ist das gleichförmige Marktverhalten jedoch auf die Marktstruktur zurückzuführen (hohe Markttransparenz, symmetrische Anbieter, oligopolistische Marktverhältnisse), soll die Verhaltensabstimmung als «*erlaubtes Parallelverhalten*» nicht von der Wettbewerbsabrede erfasst werden¹⁵. Folglich verbietet der EuGH «[...] *jed[e] unmittelbar[e] oder mittelbar[e] Fühlungnahme zwischen Unternehmen [...], die bezweckt oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die [...] nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen*»¹⁶.

Ferner muss der Nachweis erbracht werden, dass das Parallelverhalten kausal zur Abstimmung erfolgte. In der unionsrechtlichen Praxis bedienen sich die Gerichte jedoch einer *Kausalitätsvermutung*, wenn eine wettbewerbswidrige Fühlungnahme vorliegt¹⁷. Anbieter, die sich nachweislich an einer wettbewerbswidrigen Abstimmung beteiligten und sich anschliessend parallel verhalten, müssen den Beweis des Gegenteils erbringen, dass ihre Verhaltenskoordination auf natürliche Weise aufgrund der Marktsituation entstand. Misslingt der Beweis, gilt die Abstimmung als kausal¹⁸.

Wird das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise nach den

obigen Kriterien bejaht, müssen diese eine Wettbewerbsbeschränkung entweder *bezwecken* oder *bewirken*. Eine Wettbewerbswidrigkeit wird im genannten Verzicht gesehen, das Marktverhalten selbständig zu wählen, sodass das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingeschränkt wird¹⁹. Die alternativen Tatbestandsmerkmale des Bezweckens und Bewirkens stellen derweil sicher, dass zwischen der abgestimmten Verhaltensweise und der Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang besteht. Eine Wettbewerbsbeschränkung wird entgegen dem Wortlaut bezweckt, wenn die Abrede *objektiv geeignet* ist, den Wettbewerb hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters auszuschalten²⁰. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn eine tatsächliche Beeinflussung auf dem relevanten Markt mindestens wahrscheinlich ist²¹.

2. Zwischen Konkurrenten: am Beispiel des Informationsaustauschs

Ein Informationsaustausch ermöglicht eine Abstimmung i.S.d. Kartellgesetzes, wenn er Rückschlüsse auf das individuelle und künftige Marktverhalten bezüglich eines Wettbewerbsparameters zulässt²². Je häufiger, detaillierter, disaggregierter und aktueller die ausgetauschten Informationen sind, desto leichter fällt die gegenseitige Abstimmung, ohne dass eine Vereinbarung nötig wäre²³. Ein Informationsaus-

tausch, der die Unsicherheiten über das künftige Marktverhalten beseitigt, verkörpert grundsätzlich auch eine wettbewerbswidrige Fühlungnahme, weil der Austausch eine *künstliche Markttransparenz* erzeugt, die nicht den natürlichen Bedingungen entspricht²⁴.

In der Schweizer Literatur und Praxis ist umstritten, ob das *Parallelverhalten* ein zwingendes Tatbestandsmerkmal darstellt. Die Befürworter dieser Auffassung begründen dies einerseits damit, dass mangels Einigung über das gemeinsame künftige Marktverhalten das bewusste und gewollte Zusammenwirken einzig durch ein der Abstimmung entsprechendes Verhalten zum Ausdruck gebracht werden könne. Andererseits sei ein Parallelverhalten gemäss dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 KG begriffsnotwendig²⁵. Die Gegner stellen sich jedoch auf den Standpunkt, dass bereits eine Abrede, die eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich *bezwecke*, vom Kartellgesetz aufgegriffen werde. Weil Unternehmen, die ihren Konkurrenten Geschäftsgeheimnisse offenlegen, eine Verminderung des Wettbewerbs im Sinn hätten, müssten die Auswirkungen der Abrede – und somit auch das Parallelverhalten – nicht abgewartet werden²⁶. Die Weko tendiert zur zweiten Auffassung. Sie anerkennt das Gleichverhalten zwar als Tatbe-

¹⁴ Anstatt vieler siehe EuGH, 14. Juli 1981, Rs. C-172/80, Slg. 1981 2021, N 14, «Züchner/Baeyerische Vereinsbank».

¹⁵ BGE 129 II 18 ff. E. 6.3; BVGer vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.2, «SFS unimarket AG».

¹⁶ Anstatt vieler siehe EuGH, 14. Juli 1981, Rs. C-172/80, Slg. 1981 2021, N 14, «Züchner/Baeyerische Vereinsbank», Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁷ RPW 2010, 737, N 177, «Baubeschläge»; A. BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Zürich 2012, 311 f.; zur europäischen Praxis siehe EuGH vom 31. März 1993, Rs. C-89/85, Slg. 1993 I-1307, N 126, «Ahlström Osakeyhtiö ua/Kommission».

¹⁸ Vgl. EuGH vom 31. März 1993, Rs. C-89/85, Slg. 1993 I-1307, N 126, «Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission».

¹⁹ M.w.H. siehe RPW 2016, 735, N 88, «Saiteninstrumente».

²⁰ M.w.H. siehe RPW 2016, 735, N 90, «Saiteninstrumente».

²¹ RPW 2013, 288, N 40, «Harley-Davidson»; RPW 2010, 663, N 121, «Hors-Liste Medikamente».

²² BVGer vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

²³ Die bedeutendsten Kriterien sind Aggregationsniveau, Aktualität der Informationen, Frequenz bzw. Organisation des Austausches,

Homogenität der Produkte sowie Marktkonzentration; vgl. O. KAUFMANN, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern im Schweizer Kartellrecht, ZVertriebsR, 2014, 83 ff., 85 ff.; BLATTMANN (Fn. 17), 289 ff.

²⁴ EuGH vom 19. März 2015, Rs. C-286/13 P, N 120, «Dole/Kommission».

²⁵ BLATTMANN (Fn. 17), 305; R. PAHLEN/O. VAHRENHOLT, «Signalling» und das Kartellverbot – öffentliche Verlautbarungen im Fokus der Kartellbehörden, ZWeR 2014, 442 ff., 451; m.w.H. GÜBELI (Fn. 1), 55 f.; so auch schon der Bundesrat, BBl 1995 I 545.

²⁶ H. SCHRÖTER/P. VOET VAN VORMIZEELE, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2014, AEUV N 61 101; R. BRÜTSCH, Das Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003, 183.

standsmerkmal²⁷, verzichtet jedoch auf dessen Nachweis, wenn die Unternehmen mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken²⁸. In welchem Ausmass ein Informationsaustausch den Wettbewerb effektiv ausschaltet, wird ihrer Ansicht nach unter Art. 5 KG beurteilt. Das BVGer stellte jedoch klar, dass das Parallelverhalten trotz wettbewerbswidrigen Zwecks zwingend nachgewiesen werden muss²⁹.

3. Zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen: am Beispiel von UVP

Eine *echte* UVP ist ein einseitiger, rechtlich und faktisch unverbindlicher Preisvorschlag eines Herstellers an seine Wiederverkäufer. Von *unechten* UVP ist die Rede, wenn die Unverbindlichkeit bloss vorgeschoben ist und es sich in Wahrheit um eine Preisbindung handelt³⁰. In überwiegender Lehre und Praxis herrscht ein Konsens, dass es sich bei echten UVP um eine *einseitige Massnahme* seitens des Herstellers handelt, die nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt³¹. Welche zusätzlichen Verhaltensweisen und Begleitumstände vorliegen müssen, um den Beteiligten einer UVP eine Wettbewerbsabrede vorwerfen zu können, ist in Literatur und Praxis seit jeher umstritten³². Im Folgenden wird deut-

lich, dass die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 KG bei UVP trotz Ansage nur bezüglich des Bezweckens und Bewirkens gleichförmig angewandt werden.

In der Praxis der Weko und des BVGer zu UVP ist der Tatbestand der Vereinbarung grundsätzlich erfüllt, wenn die Wiederverkäufer dem Erlass von Preisempfehlungen *zustimmen*³³. Dies kann in der Praxis bspw. der Fall sein, wenn der Hersteller im Rahmen eines Vertriebsvertrags Preisempfehlungen formuliert³⁴ oder wenn die Preisempfehlung auf Initiative der Händler erlassen wurde oder ausschliesslich in deren Interesse liegt³⁵. Indem die Parteien den Vertrag unterzeichneten, wirkten sie bewusst und gewollt zusammen³⁶. Die Befolgung der vereinbarten Preisempfehlung muss nicht abgewartet werden³⁷.

Ohne Zustimmung der Wiederverkäufer zum Erlass von Preisempfehlungen wird die UVP nur vom Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise erfasst, wozu auf die Lehre und Rechtsprechung zu *horizontalen* Preisempfehlungen zurückgegriffen wird³⁸.

Einerseits wird vorausgesetzt, dass die Empfehlung tatsächlich *befolgt* wird. Andererseits berücksichtigt die Praxis neben dem Befolgungsgrad zusätzliche Elemente, die darlegen, dass die Preis-

empfehlung in Wahrheit verbindlich ist³⁹. In der Literatur ist die Rede von einem sog. «*Befolgung-Plus-Ansatz*»⁴⁰, der sich ebenfalls in den von der Weko geschaffenen *Aufgreifkriterien* wiederfindet⁴¹. Die Ausübung von *Druck* oder die Gewährung von *Anreizen*, die Preisempfehlung zu befolgen, bilden solche Elemente, sind allerdings nicht die einzigen⁴². Von Bedeutung ist insbesondere auch die *Interessenlage* der Empfehlungsempfänger, namentlich ob die Wiederverkäufer ein wirtschaftliches Interesse am Erlass von UVP haben⁴³. Ohne dass die Preisempfehlung befolgt wird, erübrigt sich auch die Prüfung der weiteren Kriterien⁴⁴. Wie hoch der Befolgungsgrad sein muss, wurde in der Praxis nicht festgelegt und ist in der Lehre umstritten⁴⁵.

Bezwecken und Bewirken werden in der Praxis zu UVP gleich umschrieben wie bei horizontalen abgestimmten Verhaltensweisen. Im Fall «*Altimum*» berücksichtige das BVGer, mit welchem *Ziel* UVP ausgesprochen werden⁴⁶. UVP sind per Definition darauf ausgerichtet, das Preisverhalten der Empfehlungsdressaten zu beeinflussen. Aus diesem Grund sind sie stets objektiv geeignet,

²⁷ RPW 2012, 639, N 234, «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen»; RPW 2010, 737, N 177, «Baubeschläge».

²⁸ RPW 2012, 640, N 235 f., «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen»; RPW 2010, 738, N 190 ff., «Baubeschläge».

²⁹ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5, «Türbeschläge», und vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

³⁰ M.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 13; vgl. Art. 10 Vert-BM.

³¹ Anstatt vieler siehe RPW 2014, 193, N 85, «Dermalogica»; D. ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Bern 2014, 136.

³² Für eine Übersicht über die Praxis und die verschiedenen Lehrmeinungen siehe das Urteil des BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.2.5, «Altimum».

³³ M.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 160.

³⁴ Vgl. RPW 2013, 288, N 38, «Harley-Davidson»; Vgl. BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.2.5, «Altimum».

³⁵ M.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 255 ff.

³⁶ RPW 2016, 735, N 80 und 84, «Saiteninstrumente»; RPW 2013, 288, N 38, «Harley-Davidson».

³⁷ Alleine die *Handlung*, sich über den zukünftigen Einsatz von Wettbewerbsparameter zu einigen, erfüllt den Tatbestand der Vereinbarung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG; vgl. J. MOHR/C. KÖNIG, Der Tatbestand des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, JURA 2012, 165 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 66.

³⁸ Vgl. BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.1, «Altimum»; RPW 2011, 262, N 101 f., «Markt für Hörgeräte»; RPW 2010, 659, N 97, «Hors-Liste Medikamente».

³⁹ Anstatt vieler siehe RPW 2011, 367, N 28, «Festool».

⁴⁰ M.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 216.

⁴¹ Vgl. Ziff. 15 Vert-BM.

⁴² RPW 2013, 290 f., N 64 ff. und 69, «Harley-Davidson»; RPW 2011, 366, N 20 ff., «Festool»; m.w.H. siehe auch ANTIPAS (Fn. 31), 273; ESTERMANN (Fn. 6), 187 und 217 ff.

⁴³ Vgl. RPW 2014, 193, N 89, «Dermalogica»; BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.2, «Altimum»; in der Praxis wurden insbesondere Überwachungssysteme / Denunziationsysteme, In-Erinnerung-Rufen und andere Kommunikationen, Werbung des Herstellers, die Höhe der UVP, Kassensysteme und sonstige Annehmlichkeiten als zusätzliche Kriterien behandelt, siehe dazu ESTERMANN (Fn. 6), 241 ff.

⁴⁴ ESTERMANN (Fn. 6), 217.

⁴⁵ Zusammenfassend ESTERMANN (Fn. 6), 218 ff.

⁴⁶ BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.1, «Altimum».

Wettbewerb hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters auszuschalten⁴⁷. Die Weko hat diese Auffassung zwar nie ausdrücklich festgehalten, jedoch neben dem Bezwecken i.d.R. auch geprüft, ob sich UVP als Preisbindung zweiter Hand auswirken⁴⁸. Damit eine Preisbindung entsteht, sind wie erwähnt aus wettbewerbsökonomischen Gründen zusätzliche Kriterien erforderlich, die gemäss Weko nicht zwingend die Form von Druck oder Anreizen annehmen müssen. Diese Praxis wird in der Lehre jedoch insofern kritisiert, dass sie der Befolgung alleine einen zu hohen Stellenwert einräumt⁴⁹.

In Sachen Preisempfehlungen für «Hors-Liste-Medikamente» büsste die Weko drei Hersteller von Pharmazeutika, weil deren Abnehmer die UVP in hohem Grad befolgten, jedoch ohne dass von den Herstellern Druck ausgeübt oder Anreize gewährt wurden⁵⁰. Die Weko vertrat den Standpunkt, dass der Vertikalbekanntmachung entsprechend Druck und Anreize seitens der Hersteller nicht die einzigen Indizien seien, die für eine Beschränkung der Preissetzungsfreiheit sprechen würden. Als zusätzliche Kriterien berücksichtigte die Weko unter anderem ein *ökonomisches Interesse* der Händler am Erlass von Preisempfehlungen⁵¹, ein

*früheres kollusives Verhalten*⁵² und in einem Fall den *Druck der Wiederverkäufer*, die Preisempfehlungen nicht einzustellen⁵³. Im kürzlich ergangenen Urteil bestätigte das BVGer die Auffassung der h.L. und hob die Sanktionsverfügung der Weko mit der Begründung auf, dass der berechnete Befolgungsgrad falsch war und ohne Druck oder Anreize ohnehin keine Preisbindung vorliegen könne⁵⁴. Somit bestätigt es im Ergebnis den Befolgungs-Plus-Ansatz in der gerichtlichen Praxis zu UVP. Diese Auffassung begründete das Gericht damit, dass aufgrund der ambivalenten Auswirkungen von UVP die Frage nach dem Abredecharakter nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht gesondert von den Gesichtspunkten nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 1 KG beantwortet werden könne⁵⁵.

4. Abweichungen in der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG

Vergleicht man Art und Weise, wie in der Schweizer Praxis die Tatbestandsmerkmale der abgestimmten Verhaltensweise auf Informationsaustausche und UVP bisher angewandt wurden, fallen erhebliche Abweichungen auf. Erstens ist es nicht einleuchtend, weshalb die Weko bisher das Parallelverhalten für horizontale Verhaltensabstimmungen nicht zwingend voraussetzte⁵⁶, bei UVP die überwiegende Befolgung der Empfehlung jedoch nie als Tatbestandsmerkmal hinterfragte⁵⁷. Gemäss

der gängigen Umschreibung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hat jeder Hersteller beim Erlass von UVP die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Programm erhoben oder zumindest in Kauf genommen. Aufgrund der Alternativität zwischen dem Bezwecken und Bewirken, müsste der Nachweis des Parallelverhaltens bzw. der Befolgung nicht mehr nötig sein. Diese Auffassung wird in der Literatur vereinzelt vertreten, hat in der Praxis zu UVP jedoch keinen Anklang gefunden⁵⁸. Das BVGer sieht in seinen jüngsten Urteilen das Parallelverhalten als *begriffsnotwendige* Voraussetzung der abgestimmten Verhaltensweise, ohne jedoch den Widerspruch aufzulösen, dass bei bejahtem Zweck die Auswirkungen gerade nicht nachzuweisen sind⁵⁹. Konsequenterweise müsste diesfalls nämlich eine von den Händlern *nicht befolgte* vertikale Preisempfehlung eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen können⁶⁰.

Zweitens ist es fragwürdig, dass die Weko bei UVP grundsätzlich von keiner abgestimmten Verhaltensweise ausgeht, ohne dass sie eine *bewirkte* Wettbewerbsbeschränkung bejahte⁶¹. Das BVGer verzichtete im Fall «Hors-

⁴⁷ Vgl. auch RPW 2017, 287, N 43, «Husqvarna», wo die Herstellerin Druck ausübte, um eine Rabattpolitik der Abnehmer durchzusetzen; RPW 2016, 736, N 91, «Musik Olar», wo die Herstellerin ihren Abnehmern vorgab, max. 15% Rabatte auf die Listenpreise zu gewähren, was eine geeignete Massnahme darstelle, den Wettbewerb zu beschränken.

⁴⁸ RPW 2016, 736, N 91, «Musik Olar»; RPW 2011, 366 f., N 27, «Festools»; ESTERMANN (Fn.), 204.

⁴⁹ Siehe dazu REINERT (Fn. 6), 34 ff.; G. GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859 ff., 865 ff.

⁵⁰ RPW 2010, 662 N 111 ff., «Hors-Liste Medikamente».

⁵¹ RPW 2010, 665 N 134, «Hors-Liste Medikamente».

⁵² RPW 2010, 663 N 123, «Hors-Liste Medikamente».

⁵³ RPW 2010, 666 N 136, «Hors-Liste Medikamente».

⁵⁴ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 9.4.3, «Pfizer».

⁵⁵ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

⁵⁶ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5, «Türbeschläge», und vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

⁵⁷ A.M. P. KILLIAS in: P. Tercier / C. B./V. Martenet (Hg.), Droit de la concurrence, Commen-

taire Romand, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 4 Abs. 1 N 26 ff.

⁵⁸ BRÜTSCH (Fn. 26), 183 f.; KILLIAS (Fn. 57), N 26 ff.; siehe zu Informationsaustauschen RPW 2012, 640, N 237, «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen».

⁵⁹ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

⁶⁰ KILLIAS (Fn. 57), N 26 ff.; diese Auffassung wird vom Autor nicht vertreten, sondern lediglich als rhetorisches Argument verwendet, vgl. hinten II.4 und IV.2.a).

⁶¹ Zu UVP siehe BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer»; anders hingegen in RPW 2016, 736, N 91, «Musik Olar», wobei die Weko zwischen Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise keine Abgrenzung gezogen hat und die Auswirkungen unter dem Titel von Art. 5 KG prüfte; zu Informationsaustauschen siehe BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5, «Türbeschläge» und vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

Liste Medikamente» gänzlich auf eine Unterscheidung, weil sowohl eine bezweckte als auch bewirkte *Wettbewerbsbeschränkung* nur dann vorliegen könne, wenn UVP mit Druck oder Anreizen verbunden würden⁶².

Schliesslich entfernte sich das BVGer mit dem Urteil in Sachen «Hors-Liste Medikamente» weiter von einer einheitlichen Rechtsanwendung, indem es die Prüfungskriterien der abgestimmten Verhaltensweise mit den Gesichtspunkten von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 4 KG vermengte⁶³. Das Gericht unterliess die Abgrenzung, ob das Parallelverhalten durch eine wettbewerbswidrige Fühlungnahme entstand. Vielmehr erwog es, dass konkret wettbewerbsbeeinflussende Elemente nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 4 KG bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG miterörtert werden müssten, weil dieser begrifflich eine *Wettbewerbsbeschränkung* voraussetze. Eine solche liege jedoch erst bei einer *Mindest- oder Festpreisbindung* vor⁶⁴. Die Gesetzssystematik legt jedoch nahe, dass Art. 4 Abs. 1 KG zuerst erfüllt sein muss, bevor die Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG auf ihre *Intensität* und allfällige *effizienzfördernde Aspekte* beurteilt wird⁶⁵. Im vorliegenden Fall vermischte das BVGer jedoch den Tatbestand der Wettbewerbsabrede mit ihrer Auswirkung als vertikale Preisbindung, was sich anhand der Ausführungen des Gerichts zu *Höchstpreisbindungen* zeigt. Es erwog, dass, ohne die Gesichtspunkte zu berücksichtigen, welche die UVP zu einer Fest- oder Mindestpreisbindung machen, auch grundsätzlich *wettbewerbsneutrale Höchstpreisbindungen* unter Art. 4 Abs. 1 KG

fallen würden⁶⁶. Darin liegt jedoch gerade die Funktion von Art. 4 Abs. 1 KG. Es eröffnet den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes, wenn Unternehmen einvernehmlich ihre Selbstbestimmungsfreiheit auf dem Markt begrenzen. Eine in Wahrheit verbindliche Preisempfehlung stellt ebenso eine Wettbewerbsabrede dar, wenn eine Höchstpreisbindung entsteht⁶⁷. Ob sich diese Abrede wettbewerbsbeseitigend, erheblich, neutral oder effizienzfördernd auswirkt, muss getrennt von der Frage nach dem Abredecharakter beurteilt werden⁶⁸.

Zusammengefasst scheint für UVP ein individuelles Prüfungsschema zu gelten, das mehr auf die Auswirkungen von UVP fokussiert als auf die wettbewerbswidrigen Absichten, die bei Informationsaustauschen im Vordergrund standen. Kraft Verweis wäre es jedoch nicht ausgeschlossen, die Kriterien der Praxis zu horizontalen Verhaltensabstimmungen zu prüfen, was in der Praxis jedoch zu einem ungünstigen Ergebnis führen würde. Setzte man bei der vertikalen abgestimmten Verhaltensweise kein Parallelverhalten voraus, läge mangels Preisharmonisierung keine Wettbewerbsbeschränkung vor⁶⁹. Im Hinblick auf die Rechtsprechung in «Gaba/Elmex» stünde aufgrund der qualitativen Erheblichkeit dennoch die Möglichkeit offen, unter Art. 5 Abs. 1 KG zu fallen. Es läge folglich im Ermessen der zuständigen Kartellbehörde, zu entscheiden, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt oder nicht, was nicht zuletzt mit dem Bestimmtheitsgebot grundsätzlich unvereinbar wäre⁷⁰.

Auch wenn es der Definition des Bezweckens widerspricht, besteht die Praxis auf den Nachweis eines Parallelverhaltens, was das BVGer mit der Mitberücksichtigung der Auswirkungen nach Art. 5 Abs. 4 und Abs. 1 KG verdeutlichte. Der Einbezug von Art. 5 KG in der Prüfung des Abredecharakters widerspricht hingegen der Systematik des Kartellgesetzes. Ausserdem ist nicht geklärt, wie es sich mit der Übereinstimmung mit dem «Gaba/Elmex»-Urteil verhält. Weil *quantitative* Gesichtspunkte für die Qualifikation unter Art. 5 Abs. 1 KG nicht notwendig sind, scheint die Vorgehensweise des BVGer in «Hors-Liste Medikamente» fragwürdig, Auswirkungen nach Art. 5 Abs. 4 KG in die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG auszulagern.

Unter dem Strich existieren Unsicherheiten in der Auslegung der Rechtsbegriffe des Tatbestands der abgestimmten Verhaltensweise, die nach der hier vertretenen Ansicht durch die heutige Deutung der *bezweckten Wettbewerbsbeschränkung* verschuldet sind. Würden entgegen dem Wortlaut wettbewerbswidrige *Motive* und *Ziele* nicht mehr ausreichen, hätte das BVGer nicht die Auswirkung einer UVP als Mindest- oder Festpreisbindung unter dem Titel der Wettbewerbsabrede prüfen müssen. Ohne explizit darauf einzugehen, hat das BVGer in Sachen «Türbeschläge» zum Informationsaustausch zwischen Konkurrenten einen Entscheid gefällt, der auf die Auslegung des Bezweckens, eine *Reflexwirkung* haben muss, die sich auch auf die Qualifikation von UVP als vertikale abgestimmte Verhaltensweise auswirken könnte.

III. Implikationen des Urteils in Sachen Türbeschläge auf das Bezwecken im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG

1. Sachverhalt

Die Immer AG, Händlerin für Türprodukte, wurde im Sommer 2007 von den

⁶² BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

⁶³ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

⁶⁴ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.4, «Pfizer».

⁶⁵ BGE 143 II 297 ff. E. 5.3.3.

⁶⁶ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.4, «Pfizer».

⁶⁷ Näheres folgt hinten IV.2.

⁶⁸ BGE 143 II 297 ff. E. 6.4.5; wohl auch ESTERMANN (Fn. 6), 292.

⁶⁹ M.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 209.

⁷⁰ Vgl. M. BALDI, Zur «Grundsätzlichkeit» der Bundesgerichtsurteile «Gaba» und «BMW», AJP 2018, 68 ff., 76.

sechs führenden Händlern von Türbeschlägen in der Schweiz zu einem Treffen eingeladen. An diesem Treffen sind unter dem Traktandum «Preise Markenprodukte» die Mindestfaktoren zur Preisgestaltung eines mehrstufigen Preisberechnungsmodells besprochen worden⁷¹. Der am Treffen teilnehmende Geschäftsführer der Immer AG habe gewusst, dass es unter den Konkurrenten eine Gruppe gebe, die sich über das Pricing austausche, dachte jedoch nicht, dass es auch an diesem Treffen geschieht. Während des Treffens hat die Immer AG ihre eigene Preisstrategie nicht offengelegt, sondern der Konkurrenz zugehört. Im Anschluss hat sich die Immer AG überlegt, ihre Preise den erhaltenen Konkurrenzinformationen anzupassen, entschied sich schliesslich jedoch dagegen⁷².

2. Erwägungen des BVGer

Das BVGer prüfte folglich, ob die Teilnahme der Immer AG am Treffen und die passive Teilnahme am Informationsaustausch betreffend Preisgestaltung den Tatbestand der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise erfüllen⁷³. Eine Vereinbarung setzt laut BVGer einen zumindest konkludent geäusserten Verpflichtungswillen voraus, der anhand der Regeln des allgemeinen Schuldrechts, namentlich des Vertrauensprinzips, ausgelegt wird. Aus einer einmaligen stillen Teilnahme an einem Treffen ist keine Erklärung eines Verpflichtungswillens zu deuten, zumal über unterschiedliche Punkte diskutiert wurde. Auch lässt sich die Einladung zur Zusammenkunft mit dem Traktandum «Preise Markenprodukte» nicht als genügend bestimmte Offerte interpretieren. Selbst die Befolgung

⁷¹ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.2, «Türbeschläge».

⁷² BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.1, «Türbeschläge».

⁷³ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.1, «Türbeschläge».

einer am Treffen kommunizierten Mindestmarge könnte nicht als stillschweigende Zustimmung zu einer verbindlichen Vereinbarung gewertet werden⁷⁴. Folglich seien die Voraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise zu prüfen⁷⁵.

Das BVGer bestätigt, dass der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise dreierlei voraussetzt: ein Mindestmass an Koordination, ein Parallelverhalten sowie einen Kausalzusammenhang zwischen den beiden⁷⁶. Die Immer AG habe im Anschluss an das Treffen einen Preisvergleich durchgeführt, weshalb das BVGer davon ausgegangen ist, dass die Teilnehmer genügend detaillierte Informationen erhalten hätten, um das eigene Preisverhalten demjenigen der Konkurrenz anzugleichen⁷⁷. Es fehlten jedoch Hinweise dafür, dass die Immer AG die Abstimmung tatsächlich umgesetzt hat, weshalb das Parallelverhalten nicht nachgewiesen war⁷⁸.

3. Anmerkung zur Abstimmung und zur Kausalitätsvermutung

Der Sachverhalt betraf zwar lediglich eine «stille» Teilnahme an einem Informationsaustausch. Es wäre jedoch widersprüchlich, bei aktiven Teilnahmen auf das Parallelverhalten zu verzichten, weil die abgestimmte Verhaltensweise für alle Erscheinungsformen dieselben Kriterien voraussetzt. Die Praxis der Weko, dass *markttransparenzerhöhende Massnahmen per se*

Wettbewerbsabreden darstellen, kann m.E. nach diesem Urteil nicht mehr aufrechterhalten werden⁷⁹.

Die Weko hat sich ausserdem mit Verweis auf die unionsrechtliche Rechtsprechung auf die sog. «Kausalitätsvermutung» berufen⁸⁰, dass «die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen»⁸¹. Das BVGer bezweifelte die Vereinbarkeit dieser Vermutung mit der Unschuldsvermutung, verneinte die Kausalität im Anschluss trotzdem, zumal das Fehlen eines Parallelverhaltens aufgrund der Faktura-Daten bewiesen werden konnte⁸². Dazu ist anzumerken, dass entgegen der Auffassung der Weko und des BVGer nicht das Parallelverhalten Inhalt der Vermutung ist. Es wird vielmehr angenommen, dass ein nachgewiesenes Parallelverhalten kausal zu einer Abstimmung erfolgt ist, wenn zuvor ein Informationsaustausch stattgefunden hat. Es handelt sich schliesslich um eine Kausalitätsvermutung und nicht um die Vermutung eines Parallelverhaltens⁸³. Damit wäre auch die Frage um die Verletzung der Unschuldsvermutung entschärft.

⁷⁴ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.4, «Türbeschläge».

⁷⁵ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5, «Türbeschläge».

⁷⁶ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5, «Türbeschläge»; vom 23. September 2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.3, «SFS unimarket AG».

⁷⁷ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5.1, «Türbeschläge».

⁷⁸ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5.2, «Türbeschläge».

⁷⁹ RPW 2014, 376, N 24 ff., «Meldesystem Baumeisterverbände»; RPW 2012, 640, N 235 f., «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen»; RPW 2010, 737, Rz 118 und 178, «Baubeschläge»; RPW 2004, 736, N 34, «Schlachtschweine».

⁸⁰ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5.2, «Türbeschläge».

⁸¹ BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5.2, «Türbeschläge»; EuGH vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08, N 51, «T-Mobile Netherlands»; vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P, N 121, «Anic Partecipazioni».

⁸² BVGer vom 14. November 2017, B-552/2015, E. 4.5.2, «Türbeschläge».

⁸³ M.w.H. GÜBELI (Fn. 1), 55; a.M. BRÜTSCH (Fn. 26), 183 f.

4. Anmerkungen zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

Zum Bezwecken und Bewirken hat sich das BVGer im Entscheid in Sachen Türbeschläge *nicht* explizit geäußert. Es bejahte in früheren Urteilen jedoch einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn sich die Abrede *zum Ziel setzte*, einen Wettbewerbsparameter zu beeinflussen, den die Unternehmen eigenständig festlegen müssten⁸⁴. So qualifizierte auch die Weko bspw. die Exportverbotsklausel eines Vertriebsvertrags als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, weil der Hersteller im Vertriebsvertrag selbst festhielt, «[m]it dieser Regel [...] die Position [seiner] Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR [zu stärken]»⁸⁵.

Mit der Bestätigung des Parallelverhaltens als zwingendes Tatbestandsmerkmal lässt sich jedoch die Schlussfolgerung ziehen, dass für die Annahme eines Bezweckens im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG die *Ziele, Absichten und Motive* der Unternehmen alleine nicht massgeblich sind. Auch wenn die Unsicherheiten bezüglich des künftigen Marktverhaltens durch den Informationsaustausch beseitigt wurden, ist das Parallelverhalten als Tatbestandsmerkmal anzusehen, selbst wenn die Unternehmen damit eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigten⁸⁶. Diese Klarstellung hat weiter zur Folge, dass die Auswirkungen einer Abrede im Sinne des Bewirkens nicht mit dem Parallelverhalten *gleichgesetzt* werden dürfen, weil sonst im Umkehrschluss

das Parallelverhalten wiederum durch einen wettbewerbswidrigen Zweck ersetzt werden könnte⁸⁷.

Der Gesetzeswortlaut statuiert deutlich, dass nicht ein Informationsaustausch oder eine unverbindliche Preisempfehlung auf seinen/ihren Zweck oder seine/ihre Wirkung überprüft werden muss, sondern (erst) die *vollendete* Wettbewerbsabrede, die in der Variante der abgestimmten Verhaltensweise eines Parallelverhaltens bedarf. Folglich ist gleichgültig, mit welcher Absicht eine kollusionsfördernde Massnahme implementiert wird, solange beispielsweise die UVP oder der Informationsaustausch zu keiner Verhaltenskoordination führt⁸⁸. Denn die *versuchte Verhaltensabstimmung* ist nicht von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst⁸⁹. Folglich plädiert der Autor dafür, die *Anwendung* der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zu überdenken.

IV. Neudefinition von Bezwecken und Bewirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

1. Auslegungsvorschlag anhand der Praxis der Unionsgerichte

Die traditionelle Umschreibung dieses Tatbestandsmerkmals ist stark an die unionsrechtliche Rechtsprechung angelehnt⁹⁰. Die Unterscheidung zwischen Bezwecken und Bewirken will sicherstellen, dass zwischen der Abrede und der Wettbewerbsbeschränkung ein

Kausalzusammenhang besteht⁹¹. Damit nicht bei allen Kartellabsprachen eine detaillierte Marktanalyse durchgeführt werden muss, wollte man die typischen und generell schädlichen Absprachen vom Nachweis der Auswirkung ausnehmen, indem solche Absprachen *bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen* darstellen⁹². Laut der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte enthalten diejenigen Vereinbarungen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die bereits «*ihrer Natur nach*» anti-kompetitive Wirkungen erzeugen⁹³. Denn betreffende Vereinbarungen müssen «*objektiv konkret [...] geeignet [sein], zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs*» zu führen⁹⁴. Das Kriterium der objektiven Eignung, das in der Schweizer Praxis wortgleich übernommen wurde, wird anhand der allgemeinen ökonomischen Erfahrung beurteilt. Objektiv geeignet sind laut der unionsrechtlichen Praxis *Kernbeschränkungen* wie Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen⁹⁵. Liegt keine klassische Kernbeschränkung vor, wird eine eingehende Analyse des *Inhalts, des Zwecks* und des «*jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs*» der Abrede vorgenommen⁹⁶. Gegen einen wettbewerbswidrigen Zweck einer Abrede

⁸⁴ RPW 2017, 287, N 43, «Husqvarna»; M.w.H. BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.1, «Altimum».

⁸⁵ Verfügung der Weko vom 7. Mai 2015, 22-0408, N 99, «BMW»; vgl. auch RPW 2016, 87, N 155, «Online-Buchungsplattformen für Hotels», wo die Weko das Bezwecken aufgrund des «*klaren Wortlauts*» der vertraglichen Preisparitätsklauseln bejahte.

⁸⁶ Anstatt vieler RPW 2012, 640, N 235 f., «Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen».

⁸⁷ GÜBELI (Fn. 1), 58.

⁸⁸ M.w.H. GÜBELI (Fn. 1), 51.

⁸⁹ BLATTMANN (Fn. 17), 305 ff.; wohl auch BSK KG-NEFF/THEUERKAUF, Kalkulationshilfen-Bekanntmachung N 9.

⁹⁰ Das BGer spricht zumindest bei vertikalen Absprachen von einer «*materiell[...] identische[n] Regelung*» (BGE 143 II 297 ff. E. 6.2.3.); siehe auch L. KUBLI, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung? AJP 2018, 199 ff., 206.

⁹¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 68.

⁹² A. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015, N 32.

⁹³ Mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung J. MOHR, Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss AEUV 101 N 124 f., ZWeR 2015, 1 ff., 13.

⁹⁴ EuGH vom 4. Juni 2009, Slg. 2009, I-4529, N 31, «T-Mobile Netherlands».

⁹⁵ Mit ausführlichen Hinweisen HEINEMANN (Fn. 92), N 34 ff.; MOHR (Fn. 93), 12 ff.; Entgegen der ständigen Praxis auch die Weko in RPW 2013, 485, N 60 ff., «Costa Kreuzfahrten».

⁹⁶ EuGH vom 4. Juni 2009, Slg. 2009, I-4529, N 31, «T-Mobile Netherlands»; T. KUHN, Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, ZWeR 2014, 143 ff., 148 f.

könnte bspw. eine legitime Zielsetzung des Unternehmens oder die objektive Unmöglichkeit der Wettbewerbsbeschränkung im konkreten Fall sprechen⁹⁷. Für Abreden, die keine Kernbeschränkung beinhalten und nicht aufgrund der oben genannten Begleitumstände ihrer Natur nach schädlich sind, gilt die «Quasivermutung» der Wettbewerbsbeschränkung nicht. In diesen Fällen muss mittels umfassender Marktanalyse nachgewiesen werden, dass die betreffende Kartellabsprache mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt*⁹⁸.

Welche Absprachen neben den Kernbeschränkungen sonst noch unter das Bezwecken fallen, ist weder in der Literatur noch in der Praxis geklärt⁹⁹. Das höchste Unionsgericht hat jedoch im Urteil in Sachen «Cartes Bancaires» die Vorinstanzen zu Recht angehalten, das Bezwecken im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eng auszulegen¹⁰⁰. Die Unterscheidung zwischen Wirkung und Zweck dient lediglich als *Beweiserleichterung*, sodass bei gewissen Absprachen kein Nachweis erforderlich ist, wenn sie mit höchster Wahrscheinlichkeit die Wettbewerbsbeschränkung erzeugen¹⁰¹.

Die wichtigste Erkenntnis ist jedoch, dass das Bezwecken und Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG *nicht* anhand des Informationsaustauschs gemessen wird (*welche* Informationen *wie* vermittelt wurden), sondern anhand der darauffolgenden Verhaltenskoordination. Der Informationsaustausch stellt eine *kollusionsfördernde Massnahme* dar und gilt lediglich als Mittel zum Zweck, indem er ein koor-

diniertes Marktverhalten ohne Absprache ermöglicht. Bei der abgestimmten Verhaltensweise grenzt sich folglich das Bezwecken vom Bewirken anhand des Parameters ab, bezüglich dessen sich die Unternehmen parallel verhalten¹⁰². Schliesslich soll die Prüfung der objektiven Eignung einer *Triage* dienen, bestimmte Absprachen nicht auf ihre Auswirkungen überprüfen zu müssen¹⁰³. In der Schweiz galt bisher jedoch das Gegenteil, nämlich, dass die Weko regelmässig auf die Wirkung abstellt, da so der «*aufwendige Nachweis des Bezweckens entfällt*»¹⁰⁴, was, wie ausgeführt, der europäischen Auffassung widerspricht.

2. Auswirkungen auf UVP als abgestimmte Verhaltensweisen

Gemäss der oben vorgeschlagenen Umdeutung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung misst sich die objektive Eignung nicht an den allfälligen wettbewerbswidrigen Absichten der Unternehmen. Für die Praxis zu UVP hätte diese Rechtsauffassung zur Folge, dass nicht bereits der *Erläss* von Preisempfehlungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und die Frage, ob sich eine UVP als versteckte Preisbindung entpuppt, ohne Einbezug von Art. 5 KG abgehandelt werden kann.

Wie vom Gesetzgeber vorgesehen, wäre es möglich, auf UVP und Informationsaustausche die identischen Kriterien aus Art. 4 Abs. 1 KG anzuwenden¹⁰⁵. Diese Auffassung mag auf den ersten Blick verwundern, zumal der EuGH in seiner Definition verlangt, dass eine «praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs» tritt, was das Zusammen-

wirken zwischen Unternehmen von verschiedenen Marktstufen grundsätzlich ausschliesst¹⁰⁶. Die ratio legis des Art. 4 Abs. 1 KG erfasst jedoch auch vertikale Sachverhalte als abgestimmte Verhaltensweisen, solange die Unternehmen einvernehmlich auf die selbständige Festlegung des Marktverhaltens verzichten¹⁰⁷.

a) Abstimmung und Verhaltensweise

Die *Abstimmung* durch UVP ist so lange erfüllt, wie die Empfehlungsadressaten das verlangte Preisverhalten daraus ablesen können, was aufgrund des Zwecks von UVP stets angenommen werden darf. Das *Parallelverhalten* nimmt bei UVP die Form der direkten Umsetzung des Preisvorschlags an, wobei das teilweise bis vereinzelte Gewähren von Rabatten *nicht* gegen eine Befolgung der UVP sprechen muss¹⁰⁸. Die herrschende Lehre und Praxis sind der Auffassung, dass erst ein genügend hoher Befolgungsgrad indiziert, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt oder nicht¹⁰⁹. Das BGer hat in «Gaba/Elmex» hingegen klargestellt, dass bereits qualitativ erhebliche Abreden unter Art. 5 Abs. 1 KG fallen. Dementsprechend ist es alleine von der Gesetzessystematik her ausgeschlossen, die Wettbewerbsabrede von einem quantitativen Element abhängig zu machen¹¹⁰. Wie *viele* Händler die UVP umsetzen, in welchem *Umfang* sie es tun und welchen *Anteil* die betroffenen Produkte am gehandel-

⁹⁷ Ausführlich KUHN (Fn. 96), 154 ff.

⁹⁸ SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE (Fn. 26), AEUV 101 N 124 f.

⁹⁹ Mit Ausführlichen Hinweisen HEINEMANN (Fn. 92), N 34 ff.; MOHR (Fn. 93), 12 ff.

¹⁰⁰ EuGH vom 11. September 2014, Rs. C-67/13 P, N 47 ff., «Cartes Bancaires».

¹⁰¹ KUHN (Fn. 96), 148-149.

¹⁰² Vgl. das Beispiel in GÜBELI (Fn. 1), 58; im Ergebnis auch ESTERMANN (Fn. 6), 270.

¹⁰³ Vgl. Schlussanträge des GA WAHL, 25. April 2015, Rs. C-172/14, N 41 ff., «ING Pensii».

¹⁰⁴ ESTERMANN (Fn. 6), 206 m.w.H.

¹⁰⁵ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

¹⁰⁶ EuG vom 14. März 2013, T-588/08, N 56, «Dole/Kommission».

¹⁰⁷ Anstatt vieler EuGH vom 7. Juni 1983, Rs. C-100/80 bis 100/83, «Pioneer».

¹⁰⁸ Vgl. ESTERMANN (Fn. 6), 231 ff.; siehe auch BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 9.5, «Pfizer».

¹⁰⁹ RPW 2014, 193, N 91, «Dermologica»; RPW 2011, 169, N 136, «Markt für Hörgeräte»; REINERT (Fn. 6), 34; GIGER (Fn. 49), 866; m.w.H. ESTERMANN (Fn. 6), 219 ff.

¹¹⁰ BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.2; BGer vom 24. Oktober 2017, 2C_63/2016, E. 4.3.1.

ten Marktvolumen haben, sind allesamt Fragen, die sich erst unter Art. 5 Abs. 4 KG stellen¹¹¹. Bei der Prüfung des Abredecharakters geht es vielmehr um die *Vorwerfbarkeit* eines objektiven Verhaltens, mit welchem die beteiligten Unternehmen zugunsten einer kollektiven Strategie auf ihre unternehmerische Selbstbestimmungsfreiheit verzichten. Ein entsprechender Verzicht liegt auch vor, wenn lediglich ein einziger Händler die Preisempfehlung befolgt, obwohl sie gegen Hunderte gerichtet war. Nur sind diesfalls die Auswirkungen auf den Wettbewerb geringer.

b) Fühlungnahme

Die entscheidende Frage, ob eine UVP in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fällt, misst sich folglich anhand der *Fühlungnahme* bzw. der künstlichen Beeinträchtigung der Marktbedingungen. Sowohl im vertikalen als auch im horizontalen Verhältnis will der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise verhindern, dass *Preisempfehlungen* in Verletzung des Selbstständigkeitspostulats zu einem Parallelverhalten führen¹¹². Dabei ist das Selbstbestimmungspostulat verletzt, wenn sich die Preisempfehlung in einer Weise auf den Adressaten auswirkt, dass er anstatt seinen bestmöglichen kompetitiven Angebotspreis autonom zu bestimmen, die Preisempfehlung befolgt, um die gemeinsamen Gewinnaussichten zulasten der Abnehmer zu maximieren¹¹³. Der *Unterscheid* liegt jedoch darin, dass bei horizontalen Preisempfehlungen, die Konkurrenten einer anderen, intensiveren Anreizstruktur ausgesetzt sind. Aufgrund der Wettbewerbssituation der Beteiligten ist die Entscheidung, die

Empfehlung umzusetzen, vom Konkurrenzverhalten abhängig. Somit stellt das erwartete Parallelverhalten der Konkurrenz einen genügend hohen Anreiz dar, die Empfehlung zu befolgen. Ein anschliessendes Parallelverhalten ist den Kartellanten vorwerfbar, weil es in Form einer Verbandsempfehlung marktfremd ermöglicht wurde¹¹⁴.

Im vertikalen Verhältnis fehlt die gegenseitige Reaktionsverbundenheit, weil Hersteller und Wiederverkäufer nicht in direktem Wettbewerb stehen. Die Preisempfehlung stammt nicht von den Konkurrenten selbst, sondern von der vorgelagerten Marktstufe, weshalb die Empfehlung den Adressaten nicht mit seiner Konkurrenz abstimmt, sondern mit dem Hersteller. Die UVP verkörpert folglich keine eigenständige Koordinationshandlung, die beim Wiederverkäufer den Anreiz auslöst, durch die Befolgung den Wettbewerbsdruck zu verringern. Ein Händler würde eine echte UVP lediglich freiwillig oder zufällig befolgen und nicht, weil ihn kollusive Anreize dazu treiben. Damit eine UVP das Selbstbestimmungspostulat verletzt, müssten zusätzlich zur UVP für den Empfehlungsadressaten *Anreize* geschaffen werden, die ihn die Befolgung einer autonomen Preissetzung bevorzugen lassen¹¹⁵. Am häufigsten werden diesbezüglich das Gewähren von Anreizen oder das Ausüben von Druck *im engeren Sinn* genannt, wie bspw. bessere Lieferbedingungen oder Androhung von Lieferstopps¹¹⁶. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht sind andere unternehmerische Massnahmen ebenso denkbar, solange sie in den Wiederverkäufern einen Anreiz *im weiteren Sinn* wecken, ihre individuelle Preistrategie zugunsten der UVP aufzu-

geben¹¹⁷. Dem Hersteller ist bei der vertikalen abgestimmten Verhaltensweise folglich das Schaffen von wettbewerbswidrigen Marktbedingungen vorzuwerfen und den befolgenden Wiederverkäufern der Verzicht auf das autonome Marktverhalten bzw. dass sie den künstlich geschaffenen Anreizen nicht standgehalten haben¹¹⁸.

Mit Blick auf «Hors-Liste Medikamente» hat das BVGer offen gelassen, *Druck* seitens eines Wiederverkäufers oder ein *früheres kollusives Verhalten* unter den Händlern als ein zusätzliches Kriterium im Sinne der Fühlungnahme gelten zu lassen¹¹⁹. Nach dem hier Gesagten muss dies hingegen verneint werden, weil es sich um keine mit der UVP verbundene unternehmerische Massnahmen handelt, die den Beteiligten vorgeworfen werden könnten. Wenn Wiederverkäufer vom Hersteller

¹¹⁷ Siehe Ziff. 15 (3) Vert-BM zu den Indizien für das Bestehen einer Verletzung des Selbstbestimmungspostulats der Händler; ausführlich zu den Kriterien in der Praxis siehe ESTERMANN (Fn. 6), 241 ff.

¹¹⁸ F. PETEREK, Der Begriff der Vereinbarung im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG im Rahmen von scheinbar einseitigen Massnahmen, Konstanz 2006, 4 und 183 ff.; EuG vom 6. April 1995, Rs. T-141/89, Slg. 1995, II-791 N 58, «Tréfileurope», wo nach Ansicht des EuG der Vertragspartner sich mit gesetzlichen Mitteln wehren muss und sich nicht beugen darf. M.E. müsste es bei der Druckausübung folglich eine Grenze geben, nach welcher den Händlern eine Nachgiebigkeit nicht mehr vorgeworfen werden kann. Es müsste sich wohl einerseits um ein marktträchtiges Unternehmen handeln und andererseits um einen qualitativ schweren Zwang.

¹¹⁹ BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 9.5, «Pfizer»; Nach Auffassung der Weko spricht für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise, wenn die Adressaten entweder zum *Erläss* von UVP oder zu deren *Befolgung* ihre Zustimmung kundtun (RPW 2014, 193, N 85, «Dermalogica»; Erläuterungen der Weko zu den Vert-BM vom 12. Juni 2017, Ziff. 4); Das BVGer berücksichtigte jedoch die *Interessenslage* des Herstellers am Erläss von Preisempfehlungen als Indiz, was im vorliegenden Fall gegen die Absicht gesprochen hat, den Wiederverkäufern eine Mindestmarge zu ermöglichen.

¹¹¹ Ebenfalls im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG.

¹¹² BBl 1995 I 545; S. STROUX, US and EC Oligopoly Control, Den Haag 2004; wohl auch BGE 129 II 18 ff. E. 6.5.4.

¹¹³ M. FILIPPELLI, Collective Dominance and Collusion, Cheltenham 2013, 177.

¹¹⁴ BBl 1995 I 545.

¹¹⁵ Bspw. RPW 2014, 193, N 89, «Dermalogica»; BVGer vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012, E. 4.2, «Altimum».

¹¹⁶ Anstatt vieler siehe REINERT (Fn. 6), 24 ff.

UVP verlangen oder deren Erlass zustimmen, werden keine künstlichen Marktbedingungen geschaffen, die ein kollusives Verhalten fördern, auch wenn die Befolgung durch die Wiederverkäufer wahrscheinlicher wird. Die Zustimmung durch die Wiederverkäufer indiziert vielmehr, dass auf Stufe der Wiederverkäufer ein kollusives Verhalten vorbesteht. Dieses wäre jedoch im Sinne einer horizontalen Preiskoordination zu verfolgen gewesen und nicht der vertikalen Vertragsbeziehung mit den Herstellern zuzuschreiben^{120, 121}.

c) Abgrenzung zur einseitigen Massnahme

Kartellrechtlich aufgreifbar ist die Befolgung der UVP als vertikale Preiskoordination zwischen Hersteller und Wiederverkäufer, wenn sie auf einer unternehmerischen Massnahme seitens der Hersteller basiert, die bei den Händlern einen ökonomischen Anreiz zur Empfehlungsbefolgung erzeugen, der unter den gegebenen Marktstrukturen nicht bestehen würde. Ohne dass die Anreize zur Befolgung *künstlich* und *marktfremd* erzeugt wurden, könnte die von den Händlern umgesetzte Preisempfehlung als *einseitige Massnahme* diese nicht als abgestimmte Verhaltensweise vorgehalten werden¹²². Wird eine UVP bspw. von den Händlern befolgt, ohne dass sie mit Druck oder Anreizen verbunden wurde, kann dem Hersteller die daraus folgende Wett-

bewerbsbeschränkung einzig unter den Voraussetzungen von Art. 7 ff. KG zugerechnet werden. Das Parallelverhalten kann hingegen den Händlern auf der horizontalen Ebene vorgehalten werden, wenn sie sich über die Befolgung abgesprochen haben¹²³.

d) Kausalitätsvermutung

Schliesslich muss die Befolgung kausal zur Verletzung des Selbständigkeitspostulats sein. Analog zum Informationsaustausch spricht auch hinsichtlich von UVP nichts gegen die Einführung einer *Kausalitätsvermutung*. Hat ein Hersteller eine UVP erlassen, die gleichzeitig mit Massnahmen verknüpft wurde, welche die Befolgungswahrscheinlichkeit der Wiederverkäufer künstlich erhöht, wäre die Kausalität der Massnahmen in Verbindung mit der UVP zu vermuten.

e) Bezwecken und Bewirken

Mit der neuen Definition des Bezweckens und Bewirkens steht die Beweiserleichterung im Vordergrund, dass die von Natur aus schädlichen Verhaltenskoordinationen nicht auf ihre wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hin überprüft werden müssen. Erfüllt eine UVP die oben genannten Voraussetzungen, liegt eine Verletzung der Preissetzungsfreiheit der Händler vor. Aufgrund der hohen Bedeutung des Preises in den meisten Märkten, wird eine vertikale Preisbindung grundsätzlich eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verkörpern¹²⁴.

f) Intensität der abgestimmten Verhaltensweise

Von Art. 5 Abs. 4 KG werden UVP erfasst, die sich als *Fest-* oder *Mindestpreisbindungen* auswirken. Weil die durch UVP ermöglichte Wettbewerbsabrede bereits eine Preisbindung beinhaltet, muss diese von der grundsätzlich wettbewerbsneutralen *Höchstpreisbindung* abgegrenzt werden¹²⁵. Andernfalls findet die von Art. 5 Abs. 4 KG erfasste Tatsachenvermutung Anwendung, dass durch die Preisbindung der Wettbewerb im relevanten Markt beseitigt wird. Die Umstossung der gesetzlichen Vermutung erfolgt nach den von Lehre und Praxis entwickelten Grundsätzen¹²⁶. Die Widerlegung erfordert den Nachweis, dass der wirksame Wettbewerb durch die Mindest- oder Festpreisbindung nicht vollständig beseitigt ist, sondern trotzdem ein gewisser *Innen- und Aussenwettbewerb* herrscht¹²⁷. Für einen funktionierenden *Innenwettbewerb* spricht, wenn trotz der Preisbindung aufgrund der übrigen Parameter ein gewisser *Rest- oder Teilwettbewerb* besteht oder sich im Wettbewerb die übrigen Produkte von tatsächlichen oder potenziellen Konkurrenten aufwiegen (*Interbrand-Wettbewerb*)¹²⁸. Genügender *Aussenwettbewerb* liegt vor, wenn die nicht an der Abrede Beteiligten einen so hohen Konkurrenzdruck schaffen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt erscheint¹²⁹. Gerade wenn nach der hier vertretenen Meinung ein überwiegender Befolgungsgrad nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht vorausgesetzt ist, spielt der Wettbewerbsdruck durch nicht befolgende Händler eine umso grössere Rolle bei

¹²⁰ Wohl aber relevant unter Art. 5 Abs. 4 KG, sofern sich das frühere kollusive Verhalten effektiv auf den Befolgungsgrad und die Stabilität des Kartells auswirkt.

¹²¹ Eine Zustimmung der Wiederverkäufer zu den UVP müsste vielmehr unter dem Tatbestand der Vereinbarung geprüft werden, wobei nur eine Einigung über die *Befolgung* unter Art. 4 Abs. 1 KG fallen würde. Denn in einer Vereinbarung über den Erlass von UVP ist nicht per se ein Konsens über die künftige Preissetzung zu sehen (vgl. GÜBELI [Fn. 1], 53 f.).

¹²² Vgl. ESTERMANN (Fn. 6), 166.

¹²³ Unter dem Tatbestand der Vereinbarung, wenn sie sich direkt darüber geeinigt haben, die UVP zu befolgen oder ggf. als abgestimmte Verhaltensweise, wenn sie sich lediglich darüber geeinigt haben, Preisempfehlungen vom Hersteller zu verlangen.

¹²⁴ Siehe vorne IV.1.

¹²⁵ So auch das BVGer vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer».

¹²⁶ Vgl. Ziff. 11 Vert-BM; ESTERMANN (Fn. 6), 305 ff.

¹²⁷ RPW 2009, 210, N 95, «Elektroinstallateure Bern»; ESTERMANN (Fn. 6), 305.

¹²⁸ Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.1 und E. 8.3.2.

¹²⁹ ESTERMANN (Fn. 6), 307; BGE 129 II 18, E. 8.1.

der Umstossung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG (Intrabrand-Wettbewerb)¹³⁰.

Nach der Klarstellung des BGer sind quantitative Aspekte bei der Qualifikation einer Preisbindung als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG nicht mehr zwingend¹³¹. Kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden, ist Art. 5 Abs. 1 KG *grundsätzlich* bereits aufgrund der qualitativen Erheblichkeit erfüllt¹³². Fraglich ist jedoch, ob dieser Grundsatz gilt, wenn sich die mittels UVP erzeugte vertikale abgestimmte Verhaltensweise als Höchstpreisbindung auswirkt. Davon abgesehen liegt der Schwerpunkt der materiellen Prüfung einer Wettbewerbsrede in der Beurteilung ihrer effizienzfördernden Aspekte nach Art. 5 Abs. 2 KG, die bejahendenfalls im Anschluss stattfindet¹³³.

Im Ergebnis mag die hier vorgeschlagene Anwendung der abgestimmten Verhaltensweise auf UVP stossend wirken, weil bereits die Befolgung eines *einzigsten* Händlers als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden kann. Die vom BGer statuierte Grundsätzlichkeit erlaubt den Kartellbehörden jedoch, ein *Verfolgungsermessen* auszuüben und solche Bagatellfälle unterhalb der Erheblichkeitsschwelle anzusiedeln¹³⁴. Das folgende – freilich theoretische – Beispiel dient dazu, die hier vorgeschlagene Anwendung der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG besser zu illustrieren.

g) Beispiel

Ein Hersteller erlässt seinen 100 Händlern eine «*unverbindliche*» Preisempfehlung, droht jedoch mit einem Liefer-

stopp, falls sie der Empfehlung keine Folge leisten. Lediglich 10% der Wiederverkäufer halten sich an die Preisempfehlung.

Die Preisempfehlung dient den Händlern als Referenzpunkt, nach welchem sich ihre Preissetzung richten soll. Die Verbindung der UVP mit der Androhung eines Lieferstopps stellt eine unternehmerische Massnahme dar, die geeignet ist, bei den Wiederverkäufern einen marktfremden und künstlichen Anreiz auszulösen, auf eine autonome Preissetzung zu verzichten und die UVP umzusetzen. Durch die Drohung des Herstellers lässt sich die vermeintlich unverbindliche Preisempfehlung von einer einseitigen Massnahme abgrenzen. Die Befolgung der UVP verkörpert das begriffsnotwendige Parallelverhalten, was lediglich auf zehn Händler zutrifft. Misslingt der Beweis, dass die Händler den Preis aufgrund von exogenen Faktoren gewählt haben, wird die Kausalität zwischen der Befolgung und der Androhung des Lieferstopps vermutet. Unter der Annahme, dass der Beweis des Gegenteils misslingt, ist der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise zwischen dem Hersteller und den zehn befolgenden Wiederverkäufern erfüllt.

Der Inhalt der Verhaltenskoordination betrifft den Parameter «Preis». Preisbindungen werden als von Natur aus schädlich betrachtet, sodass sich ein Nachweis einer (höchstwahrscheinlichen) Wettbewerbsbeeinträchtigung erübrigt.

Aus der Prüfung der Art, wie die UVP von den zehn Händlern befolgt wurde, ergibt sich die Abgrenzung zwischen Fest-, Mindest- und Höchstpreisbindung. Angenommen, die zehn Händler haben mit ihren Preisen der Empfehlung genau entsprochen, liegt eine Festpreisbindung vor, die den gesetzlichen Vermutungstatbestand aus Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt. Diese kann im vorliegenden Fall mit der Begründung widerlegt werden, dass sich 90% der Kon-

kurrenten nicht an die UVP gehalten haben und somit genügend Intrabrand-Wettbewerb vorliegt. Aufgrund der qualitativen Erheblichkeit der abgestimmten Verhaltensweise ist die Bagatellschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich überschritten. Es liegt jedoch im Ermessen der rechtsanwendenden Behörden, aufgrund der geringen Befolgung von einer Verfolgung abzusehen. Ansonsten wäre die Untersuchung auf die Kernfrage zu richten, ob die vertikale Preisbindung zwischen dem Hersteller und zehn seiner Händler nach Art. 5 Abs. 2 KG aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass in der Vergangenheit für horizontale und vertikale abgestimmte Verhaltensweisen unterschiedliche Kriterien angewandt wurden, obwohl sie gemäss Lehre und Praxis demselben Prüfungsschema unterliegen¹³⁵. Dies führte dazu, dass bei Informationsaustauschen das Parallelverhalten als zwingendes Tatbestandsmerkmal infrage gestellt wurde, wenn die Konkurrenten damit beabsichtigen, den Wettbewerbsdruck zu verringern¹³⁶. Bei UVP wurde die Notwendigkeit der Befolgung zur Tatbestandsmässigkeit von Art. 4 Abs. 1 KG nie infrage gestellt, weil – trotz feststellbaren wettbewerbswidrigen Absichten – jeweils auch eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorausgesetzt wurde¹³⁷.

Mit der Klarstellung des BVerfG, dass bezüglich Informationsaustauschen ein Parallelverhalten begriffsnotwendig ist, stellte es implizit die gängige Auslegung der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung infrage¹³⁸. Weil wett-

¹³⁰ Vgl. ESTERMANN (Fn. 6), 308.

¹³¹ BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.2; BVerfG vom 24. Oktober 2017, 2C_63/2016, E. 4.3.1.

¹³² BALDI (Fn. 70), 72.

¹³³ Ausführlich in ESTERMANN (Fn. 6), 383 ff.; BALDI (Fn. 70), 77 und 79.

¹³⁴ BALDI (Fn. 70), 76.

¹³⁵ BVerfG vom 19. Dezember 2017, B-846/2015, E. 7.1, «Pfizer»; vgl. vorne I. und II.4.

¹³⁶ Vgl. II.2.

¹³⁷ Vgl. II.2.

¹³⁸ Vgl. III.3.

bewerbswidrige Motive das Parallelverhalten nicht zu ersetzen vermögen, darf das Bezwecken nicht streng wörtlich ausgelegt werden. Ein Blick ins europäische Recht zeigt vielmehr, dass zwischen den Alternativen von Zweck und Wirkung unterschieden wird, um von Natur aus schädliche Abreden nicht einer ausführlichen Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung unterziehen zu müssen¹³⁹. Diese Neudefinition des Bezweckens erlaubt im Folgeschluss, Fälle von unverbindlichen Preisempfehlungen den gleichen Prüfungskriterien von horizontalen abgestimmten Verhaltensweisen zu unterziehen¹⁴⁰.

Mit dem Urteil in Sachen «Hors-Liste Medikamente» ist das BVGer der Forderung der h.L. nachgekommen, UVP nach den Kriterien des Befolgung-Plus-Ansatzes zu beurteilen, obwohl dieser Ansatz nicht der Praxis zu horizontalen Verhaltensabstimmungen entspricht¹⁴¹. Aus diesem Grund besteht zurzeit wenig Anlass, eine soeben bestätigte Praxis wieder infrage zu stellen. Erkennt man in der Auffassung des BGer, die Erheblichkeit als Bagatellschwelle zu behandeln, jedoch die Notwendigkeit, die Tatbestände der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG mittels klarer Abgrenzungen zu definieren, müsste der hier aufgezeigten Problematik Aufmerksamkeit geschenkt werden. Denn sowohl die Weko als auch das BVGer verweisen bei der Subsumption von UVP auf die Praxis zu horizontalen abgestimmten Verhaltensweisen. Folglich ist die Zeit heute schon reif, diesem Verweis eine grössere Bedeutung beizumessen.

¹³⁹ Vgl. IV.1.

¹⁴⁰ Vgl. IV.2.

¹⁴¹ Vgl. II.4.

Résumé

La présente contribution montre qu'on a appliqué par le passé des critères différents aux pratiques concertées horizontales et verticales, bien que la doctrine et la jurisprudence soumettent celles-ci au même schéma d'examen¹⁴². Cela a conduit à remettre en question le comportement parallèle en tant qu'élément constitutif contraignant en cas d'échanges d'informations lorsque les concurrents entendent réduire par ce moyen la pression de la concurrence¹⁴³. S'agissant de recommandations de prix verticales facultatives, la nécessité du respect pour constater la réalisation des éléments constitutifs de l'art. 4 al. 1 LCart n'a jamais été remise en question parce que, malgré des intentions constatables de fausser la concurrence, on a aussi à chaque fois présumé la réalisation d'une restriction de la concurrence¹⁴⁴.

La mise au point du TAF, selon laquelle un comportement parallèle est nécessaire en cas d'échanges d'informations, a remis implicitement en question l'interprétation actuelle de l'intention et de la réalisation de la restriction de concurrence¹⁴⁵. Du fait que des motifs contraires à la concurrence ne peuvent pas remplacer le comportement parallèle, l'interprétation de l'intention ne doit pas être strictement littérale. En revanche, on remarque que le droit européen fait une différence entre les alternatives de l'objectif et de l'effet afin de ne pas devoir

¹⁴² Arrêt du TAF, 19 décembre 2017, B-846/2015, consid. 7.1, Pfizer; cf. ci-dessus I et II 4.

¹⁴³ Cf. II 2.

¹⁴⁴ Cf. II 2.

¹⁴⁵ Cf. III 3.

soumettre des accords par nature dommageables à un examen exhaustif de l'atteinte à la concurrence¹⁴⁶. En conclusion, cette nouvelle définition permet de soumettre les cas de recommandations de prix verticales facultatives aux mêmes critères d'examen que les pratiques concertées horizontales¹⁴⁷.

L'arrêt du TAF dans la cause «Hors-Liste Médikamente» a satisfait à l'exigence de la doctrine dominante de juger les recommandations de prix verticales facultatives selon le critère de l'approche «respect plus», bien que celle-ci ne corresponde pas à la jurisprudence relative aux concertations horizontales¹⁴⁸. Pour cette raison, il n'y a pas à l'heure actuelle de quoi remettre en question une jurisprudence par ailleurs confirmée. Si l'on reconnaît dans l'opinion du TAF la prise en compte du caractère notable de l'atteinte comme seuil du cas bagatelle, mais aussi la nécessité de définir au moyen de délimitations précises les éléments constitutifs de l'accord en matière de concurrence selon l'art. 4 al. 1 LCart, il conviendrait de se pencher plus avant sur la problématique susmentionnée. En effet, tant la Comco que le TAF renvoient pour le rattachement des recommandations de prix verticales facultatives à la jurisprudence en matière de pratiques concertées horizontales. Par conséquent, c'est le moment aujourd'hui d'accorder à ce renvoi une attention plus soutenue.

¹⁴⁶ Cf. IV 1.

¹⁴⁷ Cf. IV 2.

¹⁴⁸ Cf. II 4.