

# Preisempfehlungen im Kartellrecht

## Compliance Herausforderungen für Unternehmen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die aktuelle Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 147 II 72) hat sich mit dem kartellrechtlichen Thema der Preisempfehlungen befasst. «Unverbindlichen Preisempfehlungen» verschiedener Anbieter gegenüber Wiederverkäufern wurden im erwähnten Entscheid (gleichzeitige Kommunikation an alle Wiederverkäufer mittels Datenbank) als abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert. Das Bundesgericht hat dabei in Bezug auf die Elemente «Abstimmung», «Abstimmungserfolg» sowie «Kausalzusammenhang» wichtige Ausführungen gemacht, welche bei der künftigen kartellrechtlichen Praxis berücksichtigt werden müssen. Unternehmen sind nun dazu angehalten, die entsprechenden Erwägungen des Bundesgerichts zu berücksichtigen und die kartellrechtskonforme Umsetzung sicherzustellen. Kartellrechtliche Compliance Massnahmen sollten vor diesem Hintergrund an die neue Rechtsprechung angepasst und entsprechend umgesetzt werden.

La décision récente du Tribunal fédéral (ATF 147 II 72) a porté sur la question des recommandations de prix en matière de droit de la concurrence. Dans cet arrêt, les «recommandations de prix sans force obligatoire» de différents fournisseurs à l'égard de revendeurs (communication simultanée à tous les revendeurs au moyen d'une base de données) ont été qualifiées de pratique concertée au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Le Tribunal fédéral a fourni des précisions importantes concernant les éléments de «concertation», de «succès de la concertation» et de «lien de causalité», qui devront à l'avenir être considérées dans la pratique du droit de la concurrence. Les entreprises sont désormais tenues de prendre en compte les considérations du Tribunal fédéral et de garantir une mise en œuvre conforme au droit de la concurrence. Dans ce contexte, les mesures de conformité en matière de droit de la concurrence devraient être adaptées à la nouvelle jurisprudence et appliquées en conséquence.

### I. Einführung

1. Vorteile für Anbieter
2. Vorteile für Wiederverkäufer

### II. Rechtliche Grundlagen

1. Die abgestimmte Verhaltensweise als Abrede
2. Die abgestimmte Verhaltensweise als Wettbewerbsabrede
3. Die Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise
4. Preisempfehlung und unzulässige Wettbewerbsabreden

### III. Aktuelle Rechtsprechung: BGE 147 II 72

1. Abgestimmte Verhaltensweise
2. Wettbewerbsbeschränkung
3. Unzulässige Wettbewerbsabrede

### IV. Compliance Herausforderungen

1. Ausgangslage
2. Abstimmung
3. Abstimmungserfolg
4. Kausalzusammenhang

### V. Fazit

### I. Einführung

Am 21. April 2021 hat sich das Bundesgericht im BGE 147 II 72 (BGer 2C\_149/2018) vertieft mit der Thematik von Preisempfehlungen auseinandergesetzt. Hintergrund war die von der schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) durchgeführte Untersuchung gegen verschiedene Hersteller (Anbieter) im Pharmabereich. Die WEKO hatte in diesem Fall die «unverbindlichen Preisempfehlungen» an Verkaufsstellen (Wiederverkäufer), die gleichzeitig an alle Wiederverkäufer mittels Datenbank kommuniziert wurde, als abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert.

Preisempfehlungen bilden seit jeher Anlass zu Diskussionen und kartellrechtlichen Herausforderungen<sup>1</sup>. Hintergrund ist die teilweise nicht immer klare und einfache Abgrenzung zwischen zulässiger «Empfehlung» und unzulässiger «Wettbewerbsabrede», welche zu gravierenden Unterschieden in der kartellrechtlichen Beurteilung führen kann. Empfehlungen können nämlich als Orientierung dienen, an die sich die Wiederverkäufer halten. Andererseits können sie zu einer Abschwächung des Wettbewerbs oder zu einer Erleichterung der Absprachen zwischen denselben

DAMIANO CANAPA, Prof. Dr. iur., LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale), Universität Lausanne.

FABIO BABEY, Dr. iur., EMBA (HSG), IXAR Legal AG, Zürich/ZHAW, Winterthur.

1 S. BANGERTER/B. ZIRLICK, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 4 I N 184.

führen. Falls eine Empfehlung als Wettbewerbsabrede gilt, kann dies zu erheblichen Sanktionen für die Unternehmen führen.

Preisempfehlungen sind für viele Unternehmen ein wichtiger Bestandteil der wirtschaftlichen Tätigkeit.<sup>2</sup> Sie sind daher auch weit verbreitet in der nationalen – wie auch internationalen – Wirtschaft. Die Vorteile von Preisempfehlungen für Unternehmen sind denn auch unterschiedlicher Natur und lassen sich folgendermassen zusammenfassen:

### 1. Vorteile für Anbieter

Die Verwendung von Preisempfehlungen gegenüber Wiederverkäufern bietet Anbietern diverse wirtschaftliche Vorteile.<sup>3</sup> So kann mittels Preisempfehlungen ein effizienter Vertrieb sichergestellt werden, indem – gerade bei einer grossen Anzahl von Wiederverkäufern – auf einfache Art und Weise ein angestrebtes Preisniveau anvisiert werden kann. Zudem sind Preisempfehlung hilfreich bei der Einführung von neuen Produkten oder Dienstleistungen, bei welchen den Wiederverkäufern die Preisgestaltung vereinfacht werden kann (angesichts bestehender Unsicherheiten bzgl. der Preisfestsetzung). Letztlich können Preisempfehlungen auch im Hinblick auf das Branding des anbietenden und wiederverkaufenden Unternehmens nützlich sein, da damit – sei es bspw. als Luxusbrand oder «Billigmarke» – das Image entsprechend gestaltet werden kann.

### 2. Vorteile für Wiederverkäufer

Auch für Wiederverkäufer, welche von anbietenden Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen zum Wiederverkauf beziehen, bringen Preisempfehlungen zahlreiche wirtschaftliche Vorteile mit sich.<sup>4</sup> So kann mittels Preisempfehlungen der (i.d.R. administrative und organisatorische) Aufwand reduziert werden, welcher namentlich bei der effizienten Preisgestaltung anfällt. Die Preisfindung wird damit durch Preisempfehlungen erheblich vereinfacht. Gerade bei einem grossen Waren- oder Dienstleistungssortiment ist dieser Aufwand für Wiederverkäufer nicht unwesentlich. Zudem wird mit Preisempfehlungen auch eine gewisse Orientierung am bestehenden Preisniveau ermöglicht. Letztlich können Preisempfehlungen selbstredend auch zu einer gewissen Risikominimierung hinsichtlich des bestehenden Wettbewerbsdrucks führen, natürlich in kartellrechtlich zulässiger Art und Weise.

## II. Rechtliche Grundlagen

Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffes «Empfehlung». Nach Fikentscher kann eine Preisempfehlung wirtschaftlich definiert werden als «eine Preismitteilung, durch die der Mitteilende auf das Fordern von Preisen durch den Mitteilungsempfänger gegenüber dritten Abnehmern Einfluss nehmen will».<sup>5</sup> Die Preisempfehlung ist also darauf gerichtet, einen Einfluss auf die Marktbedingungen zu haben,

soll aber jedem Marktteilnehmer die Freiheit lassen, seinen Preis selbst zu definieren. Eine Preisempfehlung ist als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren, falls sie die Tatbestandsmerkmale gemäss Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG erfüllt.<sup>6</sup>

– In der Schweiz ist gemäss der Vertikalbekanntmachung der WEKO bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vorliegt. Preisempfehlungen gelten sodann als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Ziff. 15 der Vertikalbekanntmachung nennt sodann weitere Umstände, welche Anlass geben können, Preisempfehlungen aufzugreifen. Gemäss dem Vernehmlassungsentwurf zu den Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung ist geplant, den Ausführungen des BGE 147 II 72 zu folgen.<sup>7</sup>

– In der EU präzisiert für empfohlene Preise Art. 4 (a) der Verordnung 2022/720 der Kommission über die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, dass die Freistellung nach Art. 2 nicht für «vertikale Vereinbarungen, die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der beteiligten Unternehmen [...] die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen [bezwecken]». Es wird weiter erklärt, dass diese Regel «unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen [gilt], sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken». Die Leitlinien für vertikale Beschränkungen der europäischen Kommission präzisieren diesbezüglich, dass wenn der Anbieter einen Höchstpreis oder die Empfehlung eines Höchstweiterverkaufspreises kombiniert mit Anreizen zur Anwendung eines bestimmten Preisniveaus oder mit Negativanreizen zur Senkung des Verkaufspreises, dies auf eine Preisbindung der zweiten Hand hinauslaufen kann.<sup>8</sup>

2 M. REINERT, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), KG 4 I N 212 ff.

3 R. ZÄCH/R. A. HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, 194.

4 REINERT (Fn. 2), KG 4 I N 212 ff.

5 W. FIKENTSCHER, Die vertikale Preisempfehlung, München 1960, 55.

6 BGE 147 II 72 ff. E. 5.6.

7 Wettbewerbskommission, Vernehmlassungsentwurf vom 5. Juli 2022, Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vert-Bek-Erläuterungen), Rz. 8.

8 Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABL. 2022 C 248/01, Rz. 188.

## 1. Die abgestimmte Verhaltensweise als Abrede

Während eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG einen gemeinsamen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willen sich zu binden, zwischen mindestens zwei Parteien, verlangt (Willensübereinstimmung),<sup>9</sup> handelt es sich bei einer abgestimmten Verhaltensweise, um eine tatsächliche Zusammenarbeit, die das Ziel verfolgt, die Unsicherheit vom Wettbewerbsfeld zu verringern.<sup>10</sup>

Abgestimmte Verhaltensweisen differenzieren sich von Vereinbarungen aufgrund ihrer Intensität oder Ausdrucksform.<sup>11</sup> Bei einer abgestimmten Verhaltensweise gibt es keine ausdrückliche Vereinbarung, aber es besteht eine Koordination, die den mit Risiken verbundenen Wettbewerb beseitigt.<sup>12</sup> Ob ein Verhalten als Abrede definiert wird, hängt nicht davon ab, wie die Parteien ihre Beziehung aufgenommen haben: die rechtliche Form der Abrede und ihre Durchsetzbarkeit sind gleichgültig.<sup>13</sup>

Zwei erörternde Elemente beschreiben abgestimmte Verhaltensweisen: (1) eine Abstimmung (*infra* a. und III.1.) und (2) ein Marktverhalten, dass auf die Abstimmung gestützt ist (*infra* b. und III.2.), was implizit bedeutet, dass ein Kausalzusammenhang zwischen den beiden Elementen existieren muss (*infra* III.3.).<sup>14</sup>

### a) Abstimmung

Der Nachweis einer Abstimmung ist vermutlich das erörternde Element der abgestimmten Verhaltensweise, welches die grösste Herausforderung für die Wettbewerbsbehörden darstellt.<sup>15</sup> Eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verlangt den bewussten Austausch von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen (Leistungswettbewerb, *competition on the merits*) nicht ohne weiteres zugänglich sind. In diesem Zusammenhang ist eine minimale Kommunikation notwendig. Das Bundesgericht spricht von einer «gegenseitigen Fühlungnahme», wobei ein Austausch von Willensbekundungen nicht vorausgesetzt wird.<sup>16</sup> Diese Informationen müssen zum Verfassen der künftigen Marktstrategie der Marktteilnehmer benutzt werden können<sup>17</sup> und die Unsicherheit auf dem Wettbewerbsfeld vermindern.<sup>18</sup> Es kann sich zum Beispiel um Informationen über Preise oder Umsätze handeln.<sup>19</sup>

Ein Informationsaustausch kann entweder die Konsequenz einer bi- oder multilateralen Beziehung sein oder auf einem einseitigen Verhalten eines Unternehmens beruhen. Ein einseitiges Verhalten führt zu einer Abstimmung, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Unternehmen basiert auf der kommunizierenden Information ihr Marktverhalten anpassen werden.<sup>20</sup> Es ist kein gemeinsamer Plan notwendig und das Medium des Austausches ist gleichgültig: es zählt nur das Ergebnis.<sup>21</sup>

In diesem Sinne unterscheiden sich abgestimmte Verhaltensweisen von rein parallelen Verhalten (Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer), wo sich Unternehmen spontan – und selbständig – gleich oder gleichförmig benehmen oder wo sie sich wechselseitig nachahmen.<sup>22</sup> Un-

ternehmen müssen sich nämlich auf dem Markt selbständig verhalten, in einem Wettbewerbsfeld, wo Unsicherheit herrscht.<sup>23</sup> Ist das nicht der Fall, dann ist der funktionierende und mit Risiken verbundene Wettbewerb gestört, was zu Abstimmung und vielleicht auch Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen kann.<sup>24</sup> Ein zulässiges Parallelverhalten entsteht dagegen, wenn Informationen benutzt werden, die zur freien Verfügung stehen und die durch Beobachtung vom Verhalten anderer Marktteilnehmer gewonnen werden können. Solches Verhalten ist legitim und wird von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfasst.

### b) Abstimmungserfolg

Abstimmungserfolg besteht, wenn die Abstimmung das Marktverhalten der Parteien beeinflusst und ein mehr oder weniger sichtbares, tatsächliches Marktverhalten verursacht.<sup>25</sup> Wichtig ist einzig, dass die Abstimmung eingehalten wird, nicht der verbindliche oder unverbindliche Cha-

- 9 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.2.1; BGE 144 II 246 ff. E. 6.4.1; EuGH vom 14. Juli 1972, C-48/69, Rz. 64, 67; s. auch: E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014, § 10 N 33, 35, 36.
- 10 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.1; s. auch P. STOCKENHUBER, in E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hg.), Das Recht der Europäischen Union. EUV/AEU, AEUV 101 (64. Ersatzlieferung, Mai 2018) N 106; R. WHISH/D. BAILEY, Competition Law, 10. Aufl., Oxford 2021, 120.
- 11 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.1; EuGH vom 4. Juni 2009, C-8/08, «T-Mobile Netherlands», Rz. 23; EuGH vom 14. Juli 1972, C-48/69, Rz. 64, 67; s. auch: D. ZIMMER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl., München 2019, AEUV 101 N 86.
- 12 Botschaft zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468 ff., 545 [Botschaft KG I].
- 13 J. BORER, Wettbewerbsrecht I. Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011, KG 4 N 8.
- 14 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.1; EuGH vom 8. Juli 1999, C-49/92 P, «Commission v. Anic Partecipazioni», Rz. 118; s. auch: M. AMSTUTZ/B. CARON/M. REINERT, in: V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier (éd.), Commentaire romand. Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, LCart 4 I N 35 WHISH/BAILEY (Fn. 10), 118 f.
- 15 N. PETIT, Droit européen de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2018, n. 632.
- 16 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.2.2
- 17 PETIT (Fn. 15), n. 628, 2020; C. GRAVE/J. NYBERT, in: U. Loewenheim/K. M. Meessen/A. Riesenkampff/C. Kersting/H. J. Meyer-Lindemann (Hg.), Kartellrecht. Europäisches und Deutsches Recht, 4. Aufl., München 2020, AEUV. 101 I N 312.
- 18 WHISH/BAILEY (Fn. 10), 118.
- 19 PETIT (Fn. 15), n. 2035.
- 20 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.2; EuGH vom 19. März 2015, C-286/13 P, «Dole Food and Dole Fresh Food Europe v Commission», Rz. 120; s. auch: MESTMÄCKER/SCHWEITZER (Fn. 9), § 10 N 39; AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn. 14), LCart 4 I N 34.
- 21 EuGH vom 16. Dezember 1975, 40–48/73, «Suiker Unie v Commission», Rz. 174; s. auch M. MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge 2004, 141 f., zum Unterschied zwischen *tacit* und *explicit collusion*.
- 22 BGE 129 II 18 ff. E. 6.3; EuGH vom 4. Juni 2009, C-8/08, «T-Mobile Netherlands», Rz. 58–62; s. auch V. MARTENET/A. HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2021, 77 f.; WHISH/BAILEY (Fn. 10), 120.
- 23 MESTMÄCKER/SCHWEITZER (Fn. 9), § 10 N 1.
- 24 BGE 129 II 18 ff. E. 6.3; EuGH vom 14. Juli 1972, 52/69, «J.R. Geigy AG», Rz. 26; s. auch R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 367.
- 25 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.3; s. auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER (Fn. 9), § 10 N 43 ff; PETIT (Fn. 15), n. 629; ZÄCH/HEIZMANN (Fn. 3), 196.

rakter der Abrede.<sup>26</sup> Dabei manifestiert sich der Abstimmungserfolg in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten der beteiligten Unternehmen.

Zudem hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass die Annahmen falsch seien, wonach das Befolgen der beteiligten Unternehmen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht genügen würde oder dass neben dem Befolgen der beteiligten Unternehmen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig seien.<sup>27</sup> Umgekehrt sei die Annahme ebenso falsch, dass das Befolgen der beteiligten Unternehmen allein in jedem Fall ausreichend ist. Die konkret zu beurteilende Preisempfehlung müsse sich demnach als eine Verhaltensweise darstellen, die entweder die Voraussetzungen der Legaldefinition erfüllt oder nicht.<sup>28</sup>

Der Abstimmungserfolg kann unmittelbar nachgewiesen werden, indem das Marktverhalten der Unternehmen analysiert wird, oder mittelbar mithilfe von zwei Beweiserleichterungen:

- Einerseits existiert eine (sogenannte Hüls- oder Anic-) Vermutung, wonach das Vorliegen einer Abstimmung als nachgewiesen gilt, sobald die widerlegbare Vermutung existiert, dass ein Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung seines Marktverhaltens berücksichtigt.<sup>29</sup> Je länger der Zeitraum, während dem die Abstimmung stattfindet, desto wahrscheinlicher, dass die Vermutung greift.<sup>30</sup> Die Parteien haben die Möglichkeit, ausreichende Beweise vorzulegen, um die Vermutung zu widerlegen; ist das der Fall, liegt die rechtliche Gesamtlast für den Nachweis des Abstimmungserfolgs weiterhin bei der WEKO.<sup>31</sup>
- Andererseits und umgekehrt kann das Vorliegen eines Gleichverhalten Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise sein.<sup>32</sup> In einem solchen Fall sind aber weitere Indizien notwendig<sup>33</sup> sowie Wettbewerbsbedingungen, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen. Für das Bundesgericht gelten nicht normale Marktbedingungen z.B. «wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte».<sup>34</sup>

## 2. Die abgestimmte Verhaltensweise als Wettbewerbsabrede

Dem Wesen nach verringern Wettbewerbsabreden die Unsicherheit im Wettbewerbsumfeld; sie erlauben es Unternehmen, ihr Verhalten zu koordinieren<sup>35</sup> und stehen dem Selbstständigkeitspostulat der Unternehmen zuwider. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden sowohl rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Diese Definition entspricht Art. 101 AEUV,<sup>36</sup> weshalb die entsprechende europäische Rechtsprechung und Doktrin im schweizerischen Recht für die

Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden kann.<sup>37</sup>

Eine abgestimmte Verhaltensweise ist als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu definieren, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt<sup>38</sup> oder bewirkt.<sup>39</sup> Das ist der Fall, wenn die abgestimmte Verhaltensweise ein «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken» von Unternehmen darstellt<sup>40</sup> oder, laut Judikatur, «wenn durch eine [abgestimmte Verhaltensweise] die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis [...]) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden».<sup>41</sup> Der Wettbewerb ist eingeschränkt, wenn beim Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und – hypothetisch – ohne Abrede, eine negative Differenz existiert.<sup>42</sup> Die künstliche Veränderung vom Markt kann aktuelle, vergangene oder künftige Entwicklungen betreffen.<sup>43</sup>

Eine Beeinträchtigung des Marktes ist dagegen nötig: ob eine abgestimmte Verhaltensweise, die als Wettbewerbsabrede definiert wird, den Markt beeinträchtigt oder nicht, wird erst bei der Beurteilung der Tatbestandsmerkmale von Art. 5 KG wichtig.<sup>44</sup>

## 3. Die Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise

Gemäss Bundesgericht ist entscheidend, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung. Liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante

26 ZÄCH/HEIZMANN (Fn. 3), 196.

27 BGE 147 II 72 ff. E. 4.5.1.

28 BGE 147 II 72 ff. E. 4.5.1.

29 EuGH vom 8. Juli 1999, C-199/92 P, «Hüls AG v Commission», Rz. 163; EuGH vom 8. Juli 1999, C-49/92 P, «Commission v. Anic Partecipazioni», Rz. 121.

30 BGE 147 II 72 ff. E. 3.4.4; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4. I N 60; MESTMÄCKER/SCHWEITZER (Fn. 9), § 10 N 44.

31 WHISH/BAILEY (Fn. 10), 119 f.

32 BGE 129 II 18 ff. E. 6.3; s. auch ZIMMER (Fn. 11), AEUV 101 I N 101.

33 P. BEHRENS, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht: eine systematische Darstellung der Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der EU, Heidelberg 2017, N 874.

34 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.2.2.

35 BGE 129 II 18 ff. E. 6.3; s. auch BEHRENS (Fn. 33), N 853.

36 MARTENET/HEINEMANN (Fn. 22), 77, 92; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 14), LCart 4 I N 7.

37 BGE 147 II 72 ff. E. 3.1; BGE 129 II 18 ff. E. 6.3.

38 Zu diesem Begriff, s. T. NYDEGGER/P. NADIG, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), Basel 2010, KG 4 I N 69.

39 Zu diesem Begriff, s. STOCKENHUBER (Fn. 10), AEUV 101 N 145.

40 S. BGE 144 II 246 ff. E. 6.4.2; Botschaft KG I (Fn. 12), 545.

41 BGE 147 II 72 ff. E. 3.5; s. bereits BGE 129 II 18 ff. E. 5.1.

42 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 119.

43 NYDEGGER/NADIG (Fn. 38), KG 4 I N 75.

44 BGE 144 II 246 ff. E. 6.4.2, 6.8; s. auch MARTENET/HEINEMANN (Fn. 22), 92.

der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen. Da sowohl Vereinbarungen als auch abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsabrede bilden können, kann ein Verhalten, das nicht auf einer expliziten Vereinbarung beruht auch widerrechtlich sein.<sup>45</sup>

#### 4. Preisempfehlung und unzulässige Wettbewerbsabreden

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind «Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, [...] unzulässig». Da sowohl Vereinbarungen als auch abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsabrede bilden können, kann ein Verhalten, das nicht auf einer expliziten Vereinbarung beruht auch widerrechtlich sein.<sup>46</sup> Bei vertikalen Abreden wird bei Abreden über Mindest- oder Festpreise die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 4 KG).<sup>47</sup> Während bei Abreden über Festpreise keine Abweichung des Preises nach oben oder nach unten möglich ist, verbieten Abreden über Höchstpreise lediglich, dass ein gewisser Preis überschritten wird; unterschritten werden darf dieser jedoch.<sup>48</sup>

Ein Festpreis ist gleichzustellen mit einer horizontalen Absprache über Weiterverkaufspreise, die vom Anbieter organisiert wird.<sup>49</sup> In der Tat ist eine Wettbewerbsbeschränkung «selbst nicht vertikal, sondern lediglich vertikal veranlasst und wirkt immer zwischen Wettbewerbern, also horizontal».<sup>50</sup>

### III. Aktuelle Rechtsprechung: BGE 147 II 72

Im BGE 147 II 72 hat Pfizer eine sogenannte Preisempfehlung für das Medikament *Viagra* erlassen, die den Verkaufsstellen<sup>51</sup> wissentlich und willentlich kommuniziert wurde.<sup>52</sup> Das Medium des Informationsaustausches war eine Datenbank, in welcher die Preisempfehlung abgegeben wurde. Der Preis konnte von Pfizer freiwillig geändert werden. Das Verwenden der Datenbank erlaubte es Pfizer, Informationen über den Preis in ausbereiteter Form gleichzeitig allen Verkaufsstellen zu kommunizieren: Der empfohlene Preis wurde mit dem Barcode vom Produkt angebunden, so dass dessen Einscannen durch die Verkaufsstelle der aktuelle empfohlene Preis unmittelbar erschien.<sup>53</sup>

#### 1. Abgestimmte Verhaltensweise

##### a) Abstimmung

In der Sache 2C\_149/2018 kam das BGER zum Schluss, dass Pfizers «Preisempfehlung» als Abstimmung zu qualifizieren war. Die «Preisempfehlung» für *Viagra* wurde erlassen, um die Preissetzung der Verkaufsstellen zu beeinflussen<sup>54</sup> und die Verkaufsstellen haben zumindest stillschweigend dem «empfohlenen Preis» zugestimmt. Die Kommunikation des

Preises mittels Datenbank führte also zu einer Verringerung oder Beseitigung der Unsicherheit der Wettbewerbsparameter.

Pfizer konnte davon ausgehen, dass der empfohlene Preis unter den Verkaufsstellen bekannt war.<sup>55</sup> Das Unternehmen konnte davon ausgehen, dass ein zusätzlicher Aufwand von den Verkäufern nötig war, wenn sie von dem sogenannten empfohlenen Preis abweichen wollten. Andererseits konnten die einzelnen Verkaufsstellen davon ausgehen, dass der Preis, der vom System angezeigt war, ein optimaler Verkaufspreis war, der auf einer Marktforschung von Pfizer beruhte. Die Verkaufsstellen wussten auch, dass sie alle dieselben Preisinformationen hatten.<sup>56</sup>

In seiner Analyse berief sich das Bundesgericht auf den *Eturas-Fall* vom EuGH.<sup>57</sup> Das Buchungssystem E-TURAS (Eigentümer davon: *Eturas*) wurde von litauischen Reisebüros als Online-Buchungssystem genutzt. Dieses System beschränkte technisch die Rabatte auf maximal 3%, die den Kunden der Reisebüros angeboten werden konnten. Eine Nachricht, die vom internen E-TURAS-Nachrichtensystem versandt wurde, informierte die Reisebüros über die Beschränkung des Rabattsatzes. Für den EuGH besteht eine Abstimmung ab dem Zeitpunkt, wo Unternehmen von der elektronischen Mitteilung eines externen Systemverwalters Kenntnis haben. Die Ausnahme ist, wenn das Unternehmen sich vom Inhalt der Massnahme distanziert oder sie nicht verfolgt.<sup>58</sup>

##### b) Abstimmungserfolg

Das Bundesgericht kam in der Sache 2C\_149/2018 zum Schluss, dass der Abstimmung gefolgt wurde und diese deswegen Erfolg hatte. Diese Tatsache wurde unmittelbar bewiesen, indem die Anzahl der Verkaufsstellen, die die Preisempfehlung anwandten, analysiert wurde. Damit konnten die Verkaufsstellen identifiziert werden, die die Preisempfehlung befolgten, denn nur diese waren Parteien zur

45 WHISH/BAILEY (Fn. 10), 117.

46 WHISH/BAILEY (Fn. 10), 117.

47 In einem solchen Fall sind diese Preise auch nur schon aufgrund ihres qualitativen Elements erheblich falls die Widerlegung der Vermutung gelingt, s. BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.

48 U. IMMENGA, Die Marke im Wettbewerb – Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, 375.

49 PETIT (Fn. 15), n. 2097.

50 IMMENGA (Fn. 48), 375.

51 Anstelle vom Begriff «Wiederverkäufer» wird im Entscheid des Bundesgerichts der Begriff «Verkaufsstelle» verwendet.

52 BGE 147 II 72 ff. E. 4.2.

53 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.1.

54 BGE 147 II 72 ff. E. 4.2.

55 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.2.

56 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.2.

57 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.2; EuGH vom 21. Januar 2016, C-74/14, «Eturas».

58 EuGH vom 21. Januar 2016, C-74/14, «Eturas», Rz. 46, 49–50. Der EuGH stellte aber gleichzeitig fest, dass die Abstimmung der Verhaltensweise «nicht allein aus der Existenz der technischen Beschränkung [...] abgeleitet werden [konnte], ohne dass auf der Grundlage anderer objektiver und übereinstimmender Indizien festgestellt wird, dass es stillschweigend ein wettbewerbswidriges Vorgehen gebilligt hat», Rn. 45.

abgestimmten Verhaltensweise.<sup>59</sup> Entscheidend war, ob der tatsächliche Verkaufspreis von Viagra von der Preisempfehlung von Pfizer abwich oder nicht.<sup>60</sup>

Für das Bundesgericht liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor, wenn mindestens 50% der Verkaufsstellen den empfohlenen Preis einhalten. Unter Berufung auf Eturas erläuterte das Bundesgericht, dass eine eigenständige Preispolitik von einer Verkaufsstelle verfolgt wird, wenn sie systematisch einen Preis verlangt, der von der Preisempfehlung abweicht (durch die Gewährung von allgemeiner oder systematischer Rabatte). Wenn dagegen in weniger als 50% der Verkäufe selektive Rabatte gewährt werden, wird davon ausgegangen, dass eine Verkaufsstelle sich an die Preisempfehlung hält.<sup>61</sup>

Im vorliegenden Fall stellte die WEKO fest, dass 89,3% der Apotheken und 81,7% der Ärzte die Preise für Viagra in Übereinstimmung mit der Preisempfehlung festgesetzt hatten. Der Grad der Einhaltung des empfohlenen Preises lag damit weit über 50%.<sup>62</sup> Der Einhaltunggrad bewies auch gleichzeitig unmittelbar den Kausalzusammenhang zwischen dieser Abstimmung und dessen Erfolg. Diesbezüglich stellte das Bundesgericht insbesondere fest, dass die Abstimmung jahrelang dauerte und der Preis entsprechend dieser Abstimmung festgelegt wurde.<sup>63</sup>

### c) Kausalzusammenhang

Beim Kausalzusammenhang stellte das Bundesgericht in der Sache 2C\_149/2018 vor allem auf den hohen Befolgungsgrad ab, wie bereits erwähnt. Der unmittelbare Nachweis zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg wurde aber mittelbar von der Analyse der zwei Beweiserleichterungen bestätigt. Einerseits wurde die Hüls- (oder Anic-) Vermutung zumindest teilweise verwendet, indem das Bundesgericht feststellte, dass angesichts des Einhaltungsgades der Preisempfehlung durch die Verkaufsstellen – der als Abstimmung definiert wurde – davon ausgegangen werden konnte, dass die Abstimmung eine kausale Rolle für das Marktverhalten spielte.<sup>64</sup>

Andererseits galt das Vorliegen gleichartiger Preise als Beweis für eine abgestimmte Verhaltensweise, da es «zu Wettbewerbsbedingungen [führte], die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen [entsprach] [...]».<sup>65</sup> Das parallele Verhalten konnte zusätzlich nur durch die Koordinierung erklärt werden, da einerseits nicht alle Verkaufsstellen in der Schweiz die gleichen Kostenstrukturen haben und dass andererseits dieselben Verkaufsstellen die Preisinformationen ihrer Wettbewerber nicht beobachten konnten, da der Markt nicht transparent ist.<sup>66</sup>

## 2. Wettbewerbsbeschränkung

Nachdem das Bundesgericht festgestellt hatte, dass die «Preisempfehlung» als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren war, kam es in der Sache 2C\_149/2018 zum

Schluss, dass diese abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckte oder bewirkte.

Aus der abgestimmten Verhaltensweise folgte, dass der Wettbewerb durch die einheitliche Preissetzung verunmöglicht oder erschwert wurde<sup>67</sup> mit dem Ziel, den Preiswettbewerb auszuschalten.<sup>68</sup> Deswegen wurde das Verhalten als vertikale Preisabrede, die objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, qualifiziert.<sup>69</sup>

## 3. Unzulässige Wettbewerbsabrede

Die «Preisempfehlung», die als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert wurde, wurde schliesslich als unzulässige Wettbewerbsabrede definiert.<sup>70</sup> Insbesondere bestätigte das Bundesgericht die Analyse der WEKO, nachdem der «empfohlene Preis» in der Tat ein Festpreis war. Der «empfohlene Preis», der beim Einscannen durch die Verkaufsstellen erschien, führte dazu, dass die Ungewissheit der Wettbewerbsbeziehung zumindest teilweise verschwand: Die Verkaufsstellen kannten die Preisempfehlung und hielten sich an sie: Der «empfohlene Preis» wurde von 72.8% bzw. 70.6% der Verkäufe von Packungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 bei den selbstdispensierenden Ärzten und 63.5% bzw. 63.4% der Verkäufe von Packungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 bei Apotheken befolgt.<sup>71</sup> Eine solche «Preisempfehlung», die die Festlegung von einem Festpreis für den Verkauf bezweckt oder bewirkt (und keine Höchstpreisabrede bildet), fällt in den Anwendungsbereich der Vermutung der Rechtswidrigkeit (Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG).<sup>72</sup>

Für das Bundesgericht können sich Unternehmen der wettbewerbsrechtlichen Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass sie die empfohlenen Preise als «unverbindlich» bezeichnen: nur die abgestimmte Verhaltensweise, in der Form eines Festpreises – das heisst das Verhalten vom Aussteller des Preises und die Reaktion dessen Adressaten –, ist für die Analyse entscheidend.<sup>73</sup>

59 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.3.

60 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.4.

61 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.5, 5.3.6.3.

62 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.7.

63 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.1.

64 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.2.1.

65 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.2.2.

66 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.2.2.

67 BGE 144 II 246 ff. E. 6.4.2; BGE 129 II 18 ff. E. 5.1.

68 BGE 147 II 72 ff. E. 5.5.

69 BGE 144 II 246 ff. E. 6.4.2; s. auch P. ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Zürich 2016, 196 f.; D. ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Berne 2014, 267 s.; MARTENET/HEINEMANN (Fn. 22), 80.

70 BGE 147 II 72 ff. E. 6.4.6. Solche Preise können aufgrund quantitativer bzw. quantitativer und qualitativer Kriterien erheblich sein. Ist es so, dann fallen diese Preise jedenfalls nicht unter der Definition der Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG; sie können nicht direkt sanktioniert werden (Art. 49a KG), BGE 147 II 72 ff. E. 6.2; BGE 143 II 297 ff. E. 5.2.2 i.f.

71 BGE 147 II 72 ff. E. 6.4.5; MARTENET/HEINEMANN (Fn. 22), 95.

72 S. bereits MARTENET/HEINEMANN (Fn. 22), 95.

73 BGE 147 II 72 ff. E. 6.4.6. Diese erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung konnte nicht durch Rechtfertigungsgründe rechtfertigt werden, BGE 147 II 72 ff. E. 7.

## IV. Compliance Herausforderungen

### 1. Ausgangslage

Für Unternehmen gilt es nun, die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung bzgl. Preisempfehlungen im unternehmerischen Alltag zu berücksichtigen und die kartellrechtskonforme Umsetzung sicherzustellen. Kartellrechtliche Compliance Massnahmen müssen vor diesem Hintergrund ergriffen und implementiert werden, sodass die Verwendung von Preisempfehlungen kartellrechtskonform abläuft und allfällige Risiken eliminiert bzw. minimiert werden. Ausgehend von den rechtlichen Grundlagen sowie der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben sich hinsichtlich Preisempfehlungen neue Herausforderungen für die unternehmerische Praxis.<sup>74</sup> Es können drei sog. kartellrechtliche *Compliance-Verteidigungslinien* umgesetzt werden, die die folgenden Kernelemente von Preisempfehlungen betreffen: Abstimmung, Befolgungsgrad und Kausalzusammenhang.

### 2. Abstimmung

In Bezug auf die kartellrechtlichen Compliance-Verteidigungslinien können bzgl. des Elements der Abstimmung mehrere Compliance Massnahmen aus dem Entscheid des Bundesgerichts BGE 147 II 72 herangezogen werden.

#### a) Intensität der Kommunikation

##### (i) Ausgangslage

Im Entscheid BGE 147 II 72 hielt das Bundesgericht fest, dass die Kommunikation zwischen Anbietern und Wiederverkäufern täglich über Monate und Jahre erfolgte.<sup>75</sup> Insofern fand zwischen Anbieter und Wiederverkäufer eine quantitativ und qualitativ intensive Kommunikation bzgl. Preisempfehlungen statt, wodurch die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Wiederverkäufer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden.

##### (ii) Herausforderungen

Wie häufig die Kommunikation stattfinden darf, hängt vom Einzelfall ab und kann je nach Industriebranche unterschiedlich sein. Zum Beispiel könnten in der Modebranche Preisempfehlungen einmal pro Trimester kommuniziert werden (bspw. einmal für jede *Collection*), während in der Pharmabranche eher eine jährliche Kommunikation erfolgen könnte.

##### (iii) Compliance Massnahmen

Die Kommunikation bzgl. Preisempfehlungen zwischen Anbieter und Wiederverkäufer ist auf das notwendige Minimum zu reduzieren. Dies gilt primär für den Anbieter, sekundär aber selbstredend auch für den Wiederverkäufer. Je häufiger (bspw. ein- oder zweimonatlich) der Austausch

zwischen Anbieter und Wiederverkäufer bzgl. Preisempfehlungen, desto genauer muss der entsprechende Austausch kritisch von der Compliance hinterfragt und geprüft werden. Eine Preisempfehlung, die zu häufig kommuniziert wird, könnte sogar auch als Druck vom Hersteller interpretiert werden, der Preisempfehlung zu folgen.

#### b) Druck durch Wiederverkäufer

##### (i) Ausgangslage

Gemäss Bundesgericht könnte argumentiert werden, dass die Wiederverkäufer die Anbieter zur Preissetzung aufgefordert hätten und die Anbieter mit ihrer «Preisempfehlung» ihren Willen stillschweigend kundgetan hätten und damit eine Vereinbarung vorliegt.<sup>76</sup>

##### (ii) Herausforderungen

Es kann kartellrechtlich problematisch werden, wenn Wiederverkäufer gegenüber Anbietern Druck aufsetzen, um Preisempfehlungen zu erhalten. Sollten Wiederverkäufer vom Anbieter Preisempfehlungen verlangen, sollte folglich diesem Druck nicht ohne Weiteres nachgegeben werden.

##### (iii) Compliance Massnahmen

Konkret sollte (i) der Anbieter vom Wiederverkäufer eine sachliche und objektiv nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit von Preisempfehlungen verlangen. Sollte die entsprechende Begründung seitens Anbieter kartellrechtlich unbedenklich sein, kann dem Wunsch der Wiederverkäufer entgegengekommen werden. Dies allerdings unter (ii) der Bedingung, dass der Wiederverkäufer verschiedene Parameter einhalten wird.<sup>77</sup>

#### c) Aufwand für eigene Preisfestsetzung

##### (i) Ausgangslage

Die Erwägungen des Bundesgerichts lassen den Schluss zu, dass die Übernahme der Preisempfehlung als eigene Preisfestsetzung durch den Wiederverkäufer ohne zusätzlichen administrativen bzw. organisatorischen Aufwand ein erhöhtes kartellrechtliches Risiko für den Anbieter birgt. Damit wird auf die Art und Weise (Modus der Kommunikation) der Übermittlung der Preisempfehlung abgestellt.

##### (ii) Herausforderungen

Je nach Ausgestaltung (bspw. direkter «Einbau» in Software des Wiederverkäufers) der Preisempfehlung, kann für den

74 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 169 ff.

75 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.4.

76 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.3.

77 Wie z.B. kein Verzicht auf eigene Preisfestsetzung.

Wiederverkäufer die eigene Preisfestsetzung relativ einfach, d.h. ohne zusätzlichen administrativen bzw. organisatorischen Aufwand, erfolgen. Aufgrund des geringen Aufwandes zur Überführung der Preisempfehlung in die Preisfestsetzung erhöht sich das Risiko für den Anbieter, dass der Wiederverkäufer auf eine eigene Preisfestsetzung verzichtet (siehe dazu unten).

(iii) Compliance Massnahmen

Die Preisempfehlung des Anbieters (bzw. die Art und Weise der Kommunikation) sollte daher formell so ausgestaltet sein, dass der Wiederverkäufer die Preisempfehlung nicht per se als festgesetzten Preis übernehmen kann, d.h. ohne zusätzlichen administrativen bzw. organisatorischen Aufwand. M.a.W. sollte die Preisempfehlung formell auf eine Art und Weise dem Wiederverkäufer kommuniziert werden, welche ihn zu einem gewissen Aufwand «zwingt», um die eigene Preisfestsetzung vorzunehmen (bspw. indem eigene Kalkulationen des Wiederverkäufers notwendig sind für die Preisfestsetzung; indem Preisempfehlungen selbständig in IT-Tools des Wiederverkäufers eingespeist werden müssen).

**3. Abstimmungserfolg**

a) Befolungsgrad

(i) Ausgangslage

Das Bundesgericht geht davon aus, dass ab einem Befolungsgrad von über 50% der beteiligten Unternehmen ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten und damit der Abstimmungserfolg bejaht werden kann.<sup>78</sup>

(ii) Herausforderungen

Im Rahmen der kartellrechtlichen Compliance sollten Anbieter daher in regelmässigen Abständen überprüfen, wie hoch der Befolungsgrad unter den Wiederverkäufern tatsächlich ist. Die entsprechenden Preisinformationen können dabei direkt von den Wiederverkäufern oder aufgrund öffentlich zugänglicher Preisinformationen eingeholt werden.

(iii) Compliance Massnahmen

Konkret sollte vom Anbieter jedes Jahr eine bestimmte Anzahl Wiederverkäufer definiert werden, bei welchen der Verkaufspreis definierter – von der Preisempfehlung betroffener – Produkte oder Dienstleistungen überprüft wird. Sollte die so durchgeführte Compliance Prüfung zeigen, dass der Befolungsgrad der ausgewählten Wiederverkäufer bei den definierten Produkten oder Dienstleistungen über 50% liegt, muss das Preisempfehlungs-System der Anbieter umgehend angepasst werden.

b) Druck/Anreize

(i) Ausgangslage

Gemäss dem Bundesgericht sind neben dem Befolgen der beteiligten Unternehmen nicht zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig.<sup>79</sup> Umgekehrt ist das Befolgen allein nicht in jedem Fall ausreichend.

(ii) Herausforderungen

Es ist davon auszugehen, dass ein kartellrechtlich problematisches Verhalten vorliegt, wenn sich Preisempfehlungen insbesondere infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch den Anbieter tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.<sup>80</sup>

(iii) Compliance Massnahmen

Konkret ist zu prüfen, ob die Einhaltung der Preisempfehlung durch den Wiederverkäufer an Bedingungen geknüpft wird wie z.B. die Androhung von Liefereinschränkungen (oder Lieferstopps) bei Nichteinhaltung von Preisempfehlungen, Konditionenverbesserungen oder rückwirkend gewährte Preisplegerabatte bei Einhaltung von Preisempfehlungen, technische Hilfestellungen durch den Anbieter, wenn und soweit der Wiederverkäufer die Preisempfehlung des Anbieters einhält.<sup>81</sup> Sollte die Prüfung durch die Compliance solche Verhaltensweisen vom Anbieter feststellen, sind diese umgehend einzustellen (durch den Anbieter) oder entsprechend zu melden (durch den Wiederverkäufer).

**4. Kausalzusammenhang**

a) Dauer

(i) Ausgangslage

Gemäss Bundesgericht gilt die Hüls- oder Anic-Vermutung, wenn der Austausch zwischen Anbieter und Wiederverkäufer über die Preisempfehlung während eines langen Zeitraums regelmässig stattgefunden hat.<sup>82</sup> Neben der Dauer ist folglich auch die Intensität (siehe oben) zu berücksichtigen, wenn es um die Kommunikation zwischen Anbieter und Wiederverkäufer bzgl. Preisempfehlung geht.

(ii) Herausforderungen

Preisempfehlungen über einen längeren Zeitraum bzgl. derselben Produkte mit einem regelmässigen Austausch zwischen Anbieter und Wiederverkäufer sind kartellrechtlich heikel.

78 auch: BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 185 ff.

79 BGE 147 II 72 ff. E. 4.5.1.

80 BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 1), KG 4 I N 189 ff.

81 REINERT (Fn. 2), KG 4 I N 216 ff.

82 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.4.

### (iii) Compliance Massnahmen

Als Compliance Massnahme könnte hier angedacht werden, begrenzte und fest definierte Zeitperioden für bestimmte Preisempfehlungen festzulegen, welche jeweils für definierte Produkte und Dienstleistungen gelten. Beispielsweise eine Zeitperiode von maximal 1 Jahr für 50% der Produkte und Dienstleistungen des Anbieters. Im Folgejahr würden sodann andere Produkte und Dienstleistungen des Anbieters mit Preisempfehlungen versehen.

### b) Kenntnis des Verkaufspreises

#### (i) Ausgangslage

Problematisch hat das Bundesgericht den Umstand bemessen, dass die Wiederverkäufer die effektiven Preise der Konkurrenz ohne die Preisempfehlungen gar nicht hätten kennen können. M.a.W. war das System der Preisempfehlung des Anbieters (der Modus des Informationsaustausches) ursächlich für die Kenntnis der Preisempfehlung unter den Wiederverkäufern.

#### (ii) Herausforderungen

Wiederverkäufer sollten über die Preisempfehlungen dergestalt informiert werden, ohne dass sie davon Kenntnis haben, welche anderen Wiederverkäufer in welchem Umfang informiert wurden vom Anbieter.

#### (iii) Compliance Massnahmen

Wiederverkäufer sollten grundsätzlich vom Anbieter individuell über die Preisempfehlungen informiert werden. Zudem können die bereits oben erwähnten Compliance Massnahmen ergriffen werden: (i) Die Preisempfehlung sollte formell so ausgestaltet sein, dass der Wiederverkäufer diese nicht per se übernehmen kann; (ii) bzgl. Umfang und Inhalt sollten die Wiederverkäufer unterschiedliche Preisempfehlungen von Anbieter erhalten; (iii) es sollte für den Wiederverkäufer keine Möglichkeit geben, zu wissen, welche anderen Wiederverkäufer welche Informationen erhalten haben

## V. Fazit

Die Beobachtbarkeit und Bekanntheit von Preisen und Mengen erlaubt es Kollusion zu erzielen<sup>83</sup> in der Art einer abgestimmten Verhaltensweise. Die Kommunikation spielt dabei eine besondere Rolle: Wenn Unternehmen ständig in Kontakt sind, kann jeder Preis aufrechterhalten werden.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang kann die Bekanntgabe von künftigen Preisen die Koordination fördern, da sie es den Unternehmen ermöglicht, sich besser auf einem möglichen Preisniveau abzustimmen.<sup>85</sup> Auch wenn diese Bemerkungen vor allem den horizontalen Informationsaustausch betrifft, muss dies auch für den vertikalen Informationsaustausch

gelten, wenn dadurch eine stillschweigende Absprache zwischen Wiederverkäufern ermöglicht wird. Es besteht dann nämlich die Sicherheit – entgegen empfohlenen Preisen, die individuell kommuniziert werden –, dass jeder Wiederverkäufer Kenntnis vom selben Preis erhalten hat.

In Bezug auf die Definition von Preisempfehlungen hat das Bundesgericht eine Weiterentwicklung vorgenommen. Für die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Preisempfehlungen ist grundsätzlich eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig und ausschlaggebend. Dabei muss gemäss Bundesgericht das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg ein gewisses qualitatives Mass erreichen.<sup>86</sup> Aufgrund der so gewonnenen Indizien kann in der Folge beurteilt werden, ob das erwähnte Zusammenspiel von Abstimmung und Abstimmungserfolg als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann. Diese Indizien werden durch Vermutungen ergänzt. Die WEKO plant nun, diese vom Bundesgericht definierten Ausführungen in die neue Vertikalbekanntmachung zu übernehmen und damit als neuen Standard der Preisempfehlungen für die Zukunft zu implementieren.

Der Entscheid des Bundesgerichts kann sicherlich auch kritisch betrachtet werden. Das Bundesgericht kam im aktuellen Urteil zum Schluss, dass eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorlag.<sup>87</sup> Dies vor dem Hintergrund, dass jede Verkaufsstelle wusste, dass alle Konkurrenten Zugang zu derselben Preisinformation haben würden wegen der Eintragung des «empfohlenen Preises» in der Datenbank. Eine «Preisempfehlung», die durch eine Datenbank gleichzeitig an allen Unternehmen kommuniziert wird, kann nicht mit Preisempfehlungen in Katalogen, wie z.B. in der Autoindustrie, verglichen werden, wo die Preisempfehlung nicht ständig über das Verkaufssystem weitergegeben wird und wo jeder Händler auf der nachgelagerten Ebene ständig weiss, welche Preisempfehlung sein Wettbewerber erhält.<sup>88</sup> In diesem Fall musste nämlich jeder Händler den Preis selbst ändern, falls dieser der Preisempfehlung nicht folgen möchte. Dieser Automatismus hat in der Entscheidung des Bundesgerichts mit Sicherheit eine grosse Rolle gespielt.

Gemäss Bundesgericht bestand die Vermutung, dass diese Preisinformation auch entsprechend verwendet wird. Statt den direkten Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Markverhalten zu beweisen<sup>89</sup> und diesen u.a. mittels einer abgesteckten Form der Hüls- oder Anic-Vermutung zu bestätigen, hätte das Bundesgericht lediglich diese Vermutung anwenden können. In Fällen, wo Informationen, die zum Verfassen der künftigen Marktstrategie der Marktteilnehmer nötig sind, durch eine Plattform

83 MOTTA (Fn. 21), 150 f.

84 MOTTA (Fn. 21), 152.

85 MOTTA (Fn. 21), 153.

86 BGE 147 II 72 ff. E. 4.5.

87 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.3.

88 BGE 147 II 72 ff. E. 5.6.

89 BGE 147 II 72 ff. E. 5.4.1.

(wie die Datenbank in Sache 2C\_149/2018) kommuniziert werden, sollte also keine Analyse des konkreten Abstimmungserfolgs oder des Gleichverhaltens nötig sein. Dies insbesondere in Fällen, wo der Wiederverkäufer aktiv werden muss, wenn er den empfohlenen Preis ändern möchte. Übrigens sollte an die Einhaltung der Preisempfehlung keine zu hohe Anforderung gestellt werden, da der Nachweis allgemein der von der abgestimmten Verhaltensweise ist.<sup>90</sup>

Preisempfehlungen werden auch weiterhin ein wichtiger Bestandteil der wirtschaftlichen Tätigkeit vieler Unternehmen bleiben. Kartellrechtlich sind Preisempfehlungen denn auch grundsätzlich zulässig und fallen nicht unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG. Aufgrund der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung können nun aber drei konkrete kartellrechtliche *Compliance-Verteidigungslinien* angegangen und umgesetzt werden. Diese drei kartellrechtlichen *Compliance-Verteidigungslinien* betreffen die Kernelemente von Preisempfehlungen:

#### a) Abstimmung

(i) Intensität der Kommunikation: Die Kommunikation bzgl. Preisempfehlungen zwischen Anbieter und Wiederverkäufer ist auf das notwendige Minimum zu reduzieren.

(ii) Druck durch Wiederverkäufer: Konkret sollte der Anbieter vom Wiederverkäufer eine sachliche und objektiv nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit von Preisempfehlungen verlangen. Sollte die entsprechende Begründung seitens Anbieter kartellrechtlich unbedenklich sein, kann dem Wunsch der Wiederhersteller unter Einhaltung bestimmter Bedingungen entgegengekommen werden.

(iii) Aufwand für eigene Preisfestsetzung: Die Preisempfehlung des Anbieters (bzw. die Art und Weise der Kommunikation) sollte formell so ausgestaltet sein, dass der Wiederver-

käufer die Preisempfehlung nicht per se als festgesetzten Preis übernehmen kann, d.h. ohne zusätzlichen administrativen bzw. organisatorischen Aufwand.

#### b) Abstimmungserfolg

(i) Befolgungsgrad: Im Rahmen der kartellrechtlichen Compliance sollten Anbieter daher in regelmässigen Abständen, z.B. einmal pro Jahr, überprüfen, wie hoch der Befolgungsgrad unter den Wiederverkäufern tatsächlich ist.

(ii) Druck/Anreize: Auf Druck und Anreize verzichten. Sollte die Prüfung durch die Compliance solche Verhaltensweisen vom Anbieter feststellen, sind diese umgehend einzustellen (durch den Anbieter) oder entsprechend zu melden (durch den Wiederverkäufer).

#### c) Kausalzusammenhang

(i) Dauer: Als Compliance Massnahme könnte hier angedacht werden, begrenzte und fest definierte Zeitperioden für bestimmte Preisempfehlungen festzulegen, welche jeweils für definierte Produkte und Dienstleistungen gelten.

(ii) Kenntnis des Verkaufspreises: Die Compliance Massnahme kann darin bestehen, dass die Wiederverkäufer individuell über die Preisempfehlungen informiert werden und keine Kenntnis davon haben, welche anderen Wiederverkäufer in welchem Umfang informiert wurden vom Anbieter.

Damit kann das kartellrechtliche Risiko, dass die Preisempfehlung als unzulässige abgestimmte Verhaltensweise (oder Wettbewerbsabrede) qualifiziert wird, reduziert werden. Selbstredend ist im Einzelfall im Rahmen der Compliance Prüfung zu evaluieren, welche Anzahl der erwähnten Compliance Massnahmen i.S. der Effektivität umgesetzt werden soll.

## Zusammenfassung

Preiseempfehlungen gehören für viele Unternehmen zum wirtschaftlichen Alltag. Gleichzeitig stellen Preiseempfehlungen die Wettbewerbskommission seit jeher vor kartellrechtliche Herausforderungen. Hintergrund sind die potenziell unzulässigen Auswirkungen von Preiseempfehlungen auf den funktionierenden Wettbewerb. Das Bundesgericht hat in seinem aktuellen Entscheid (BGE 147 II 72) eine Weiterentwicklung im Bereich der Preiseempfehlungen vorgenommen. Grundsätzlich ist eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig und ausschlaggebend. Dabei muss das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg ein gewisses qualitatives Mass erreichen.<sup>91</sup> Die WEKO beabsichtigt, diese Ausführungen vom Bundesgericht in die neue Vertikalbekanntmachung zu übernehmen. Kartellrechtlich bleiben Preiseempfehlungen damit auch weiterhin grundsätzlich zulässig und fallen nicht unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG. Allerdings ergeben sich aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichts neue Herausforderungen für die unternehmerische Praxis. So können anhand der Kernelemente von Preiseempfehlungen – Abstimmung, Befolgungsgrad und Kausalzusammenhang – sog. kartellrechtliche *Compliance-Verteidigungslinien* umgesetzt werden, um die kartellrechtlichen Risiken zu reduzieren.

## Résumé

Les recommandations de prix font partie du quotidien économique de nombreuses entreprises. Parallèlement, ces recommandations représentent depuis toujours un défi pour la Commission de la concurrence (COMCO) en matière de droit de la concurrence, du fait de leurs effets potentiellement inadmissibles sur le bon fonctionnement de la concurrence. Dans son récent arrêt ATF 147 II 72, le Tribunal fédéral a infléchi sa position en ce qui concerne les recommandations de prix. En principe, une évaluation globale est nécessaire et déterminante. À cet égard, l'interaction entre la concertation et son succès doit présenter un certain niveau qualitatif ATF 147 II 72 (89), consid. 4.5. La COMCO prévoit de reprendre les explications du Tribunal fédéral dans la nouvelle communication sur les accords verticaux. En droit de la concurrence, les recommandations de prix restent donc en principe autorisées et ne sont pas présumées illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart. Toutefois, la décision du Tribunal fédéral pose de nouveaux défis pour la pratique des entreprises. Ainsi, les éléments clés des recommandations de prix – concertation, taux de suivi et lien de causalité – permettent de mettre en œuvre *des lignes de défense en matière de conformité* au droit de la concurrence afin de réduire les risques en matière de droit de la concurrence.

---

91 BGE 147 II 72 (89), E 4.5.