

Bruttopreisabsprachen

Andreas Heinemann¹

Inhalt

- I. Problemstellung
 - A. Nettopreise und Bruttopreise
 - 1. Nettopreissysteme
 - 2. Bruttopreissysteme
 - B. Kartellrechtliche Probleme von Bruttopreissystemen
 - II. Vertikale Bruttopreisabsprachen
 - A. Allgemeine Vorgaben für vertikale Preisbindung
 - B. Praxis der Wettbewerbskommission
 - C. Praxis der Gerichte
 - 1. Begriff der Erheblichkeit
 - 2. Konsequenzen für vertikale Preisbindung
 - D. Fazit
 - III. Horizontale Bruttopreisabsprachen
 - A. Ausgangspunkt
 - B. Tatbestand der Preisfestsetzung
 - C. Anwendung auf horizontale Bruttopreisabsprachen
 - D. Praxis von Behörden und Gerichten
 - 1. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen
 - 2. Baubeschlüsse
 - 3. ASCOPA
 - 4. Türprodukte
 - 5. Sanitär-grosshandel
 - 6. Flügel und Klaviere
 - E. Kartellrechtswidrigkeit von Bruttopreisabsprachen
 - IV. Ausblick
- Literatur

¹ Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

I. Problemstellung

A. Nettopreise und Bruttopreise

1. Nettopreissysteme

In der Marktwirtschaft werden Preise zwischen Anbietern und Nachfragern frei ausgehandelt. Üblich sind Nettopreissysteme: Hier wird der Preis von den Parteien ohne Berücksichtigung anderer Handelsstufen festgelegt. Der Nettopreis ist der tatsächlich zu zahlende Preis, d.h. der Bruttopreis zuzüglich aller Zuschläge und abzüglich aller Abschläge, wobei die Besonderheiten der Mehrwertsteuer zu berücksichtigen sind. Für die Mehrwertsteuer ist das tatsächlich empfangene Entgelt maßgeblich (Art. 24 Abs. 1 S. 1 MWSTG), wobei die Mehrwertsteuer selber nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen wird (Art. 24 Abs. 6 lit. a MWSTG). In der Rechnung ist nach Art. 26 Abs. 2 lit. f HS 1 MWSTG der anwendbare Steuersatz und der vom Entgelt geschuldete Steuerbetrag anzugeben.² Berücksichtigen die Parteien die Mehrwertsteuer nicht, bleibt es bei dem vereinbarten Preis: Dem Erbringer der Leistung verbleibt also vom empfangenen Entgelt nur der Betrag abzüglich der Mehrwertsteuer.³ Abweichende Regelungen sind möglich: Durch privatrechtliche Vereinbarung kann die Mehrwertsteuer überwält werden, Art. 6 MWSTG. Bei Geschäften mit Konsumenten ist nach Art. 16 und 17 UWG der tatsächlich zu zahlende Preis bekanntzugeben, der die öffentlichen Abgaben, also auch die Mehrwertsteuer enthält, vgl. Art. 4, 10 Abs. 2 und 3, 13 Preisbekanntgabeverordnung (PBV).

2. Bruttopreissysteme

Bruttopreissysteme unterscheiden sich von Nettopreissystemen dadurch, dass im Verhältnis zwischen den Gliedern der Lieferkette der Ausgangspunkt der Preisberechnung der Verbraucherpreis ist, auf den sodann ein oder mehrere Rabatte gewährt werden.⁴ In der einfachsten Konstellation mit nur einer Handelsstufe bestimmt der

2 Schliesst das Entgelt die Mehrwertsteuer ein, genügt die Angabe des anwendbaren Steuersatzes, Art. 26 Abs. 2 lit. f HS 2 MWSTG.

3 S. SCHLÜCKEBIER, MWSTG-Kommentar Art. 26 Rn. 31. Vgl. auch die Rechtslage in der EU, insbesondere EuGH, 7.11.2013, C-249/12 und C-250/12 – *Tulică und Plavoşin*, ECLI:EU:C:2013:722, Tz. 43: Wenn der Preis ohne Hinweis auf die Mehrwertsteuer festgelegt wurde, und wenn der Lieferer nach nationalem Recht die Mehrwertsteuer nicht vom Erwerber wiedererlangen kann, ist der vereinbarte Preis so anzusehen, dass er die Mehrwertsteuer bereits enthält.

4 Hiervon abzugrenzen ist der Pauschalpreis: Der Pauschalpreis ist nicht notwendigerweise ein Ausgangspreis, sondern die Gesamtvergütung für eine Vielzahl von Teilleistungen. Auch der Pauschalpreis kann aber als Bruttopreis ausgestaltet werden, der um Abzüge vermindert wird.

Produzent den Verbraucherpreis, häufig in der Form eines Listenpreises. Er stellt dem Händler den Listenpreis in Rechnung, zieht hiervon aber den Handelsrabatt ab. Der Handelsrabatt ist ein Funktionsrabatt, nämlich ein Preisabschlag für die von der betreffenden Handelsstufe zu erfüllenden Aufgaben. Wenn mehrere Handelsstufen existieren, kommt es zu gestaffelten Rabattgewährungen: Dabei ist der Handelsrabatt zwischen Produzent und Grosshändler grösser als im Verhältnis von Grosshändler zu Einzelhändler, da bei jeder Handelsstufe eine Marge verbleiben muss. Auch wenn Bruttopreise häufig von Herstellern festgelegt werden, ist dies nicht notwendigerweise der Fall. So können die Bruttopreise auch von Grosshändlern bestimmt werden. In diesem Fall ist der Einkaufspreis des Einzelhändlers die Differenz aus Bruttopreis und Handelsrabatt sowie allfälliger weiterer Rabatte.

B. Kartellrechtliche Probleme von Bruttopreissystemen

In wirtschaftlicher Hinsicht ist von Bedeutung, dass Bruttopreissysteme die Relativität des Vertragsverhältnisses transzendieren: Der Preis wird nicht ausschliesslich im Hinblick auf die am Vertrag beteiligten Anbieter und Nachfrager festgelegt, sondern die Parteien setzen einen Richtwert im Hinblick auf die Verbraucherpreise am Ende der Lieferkette. Der prospektive Charakter von Bruttopreissystemen unterscheidet diese von Nettopreissystemen, da bei diesen kein Signal für den Verbraucherpreis gesetzt wird. Andererseits haben auch Nettopreissysteme Auswirkungen auf die Endverkaufspreise, da diese – von Ausnahmen abgesehen – aufgrund der Margen der Zwischenhändler zwangsläufig höher als die Nettopreise oben in der Lieferkette liegen. Der Unterschied lässt sich auf folgende Formel bringen: Während Nettopreise die Untergrenze von Verbraucherpreisen bilden, konstituieren Bruttopreise deren obere Schranke. Die Wirkungen beider Systeme sind aber nicht symmetrisch: Bruttopreissysteme haben aufgrund ihrer Prospektivität einen grösseren Einfluss auf Folgeverträge als Nettopreissysteme.

Bruttopreissysteme werfen deshalb spezifische kartellrechtliche Fragen auf. Im Hinblick auf das Vertikalverhältnis in der Lieferkette müssen diese Systeme die Vorgaben für vertikale Preisbindung einhalten. In horizontaler Hinsicht, also im Hinblick auf das Verhältnis konkurrierender Produzenten bzw. Händler zueinander, gilt das oberste Gebot des Kartellrechts, nämlich dass Wettbewerber (in Abwesenheit einer Rechtfertigung) nicht die Preise absprechen dürfen. Ein intensives Fallrecht existiert, das eine nähere Betrachtung erfordert. Bevor auf die Kartellproblematik eingegangen wird (unten III.), sollen zunächst der wettbewerbsrechtliche Rahmen für vertikale Bruttopreisabsprachen untersucht werden (II.).

II. Vertikale Bruttopreisabsprachen

A. Allgemeine Vorgaben für vertikale Preisbindung

Durch die Vorgabe von Bruttopreisen werden in der Lieferkette die Preise auf nachgelagerten Märkten beeinflusst. Eine verbindliche Vorgabe von Fest- oder Mindestpreisen durch den Produzenten oder Grosshändler für andere Händler wäre vertikale Preisbindung i.S. von Art. 5 Abs. 4 Alt. 1 KG, der eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs begründet. Vom Vermutungstatbestand sind auch Abreden erfasst, die indirekt zu Mindest- oder Festpreisen führen.⁵ Nicht unter den Vermutungstatbestand fallen unverbindliche Preisempfehlungen. Der Empfehlungscharakter darf aber nicht lediglich vorgetäuscht sein. In Empfehlungsform gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken, fallen ebenfalls unter den Vermutungstatbestand.⁶

Gelingt die Umstossung der Vermutung, so sind nach der Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission Abreden als qualitativ schwerwiegend zu betrachten, wenn sie die Möglichkeit des Abnehmers beeinträchtigen, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen. Ausnahmen gelten für die Festsetzung von Höchstverkaufspreisen und die Verwendung von blossen Preisempfehlungen, letzteres aber nur, wenn sich die Empfehlung "nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise" auswirkt.⁷ In der Vertikalbekanntmachung werden im Zusammenhang mit Preisempfehlungen ausserdem Konstellationen umschrieben, in denen Anlass besteht, eine genauere Prüfung durchzuführen. Dies ist der Fall, wenn Preisempfehlungen nicht in allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, nicht ausdrücklich auf den unverbindlichen Charakter der Empfehlung hingewiesen wird, das Preisniveau deutlich höher als im benachbarten Ausland liegt, oder wenn die Preisempfehlung tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Händler befolgt wird.⁸

5 Nr. 10 Abs. 2 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010, BBl 2010, 5078.

6 Nr. 10 Abs. 3 VertBek.

7 Nr. 12 Abs. 2 lit. a VertBek.

8 Nr. 15 Abs. 3 VertBek.

B. Praxis der Wettbewerbskommission

In mehreren Fällen hat die Wettbewerbskommission direkte Sanktionen aufgrund vertikaler Preisbindung verhängt.⁹ Nach den Feststellungen der Behörde wurden beispielsweise in den Fällen *Altimum* und *Saiteninstrumente* Listenpreise mit Maximalrabatten kombiniert: Den Händlern wurde vom Lieferanten vorgegeben, dass der Preisnachlass auf den Listenpreis einen bestimmten Prozentsatz nicht übersteigen dürfe.¹⁰ Dies wurde als indirekte Festlegung von Mindestpreisen eingestuft. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs konnte zwar (für die meisten Märkte) umgestossen werden, es lag aber nach Auffassung der Behörde jeweils eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Dabei ging die Wettbewerbskommission von einer Gesamtbeurteilung der qualitativen und quantitativen Aspekte der Erheblichkeit aus. Nach der Vertikalbekanntmachung kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein.¹¹

C. Praxis der Gerichte

1. Begriff der Erheblichkeit

Eine neue Sichtweise ergibt sich aus der jüngsten Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht zum Begriff der Erheblichkeit i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG. Die Wettbewerbskommission war im *Gaba*-Fall wie oben beschrieben vorgegangen: Zwar war wegen absoluten Gebietsschutzes der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG gegeben, die Vermutung konnte aber widerlegt werden. Die Wettbewerbskommission prüfte folglich die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung und untersuchte zu diesem Zweck sowohl qualitative also auch quantitative Faktoren.¹² Das Bundesverwaltungsgericht hielt die Prüfung der quantitativen Aspekte der Erheblichkeit im konkreten Fall nicht für erforderlich, sondern nahm grundsätzliche (aber nicht automatische oder *per se*-) Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen an:

«Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus

9 Weko, 25.5.2009 – *Sécateurs et cisailles*, RPW 2009/2, 143; Weko, 2.11.2009 – *Hors-Liste Medikamente*, RPW 2010/4, 649 (nicht rechtskräftig); Weko, 20.8.2012 – *Altimum*, RPW 2016/2, 384 (nicht rechtskräftig); Weko, 29.6.2015 – *Saiteninstrumente*, RPW 2016/3, 722.

10 Typisch ist beispielsweise folgende e-mail: “Bei unserer mündlichen Abmachung habe ich dir ganz klar gesagt, dass die Lieferungen sofort gestoppt werden, sobald du Preise unter 10% des von uns empfohlenen Verkaufspreise [sic] angibst“, s. BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845 (857), nicht rechtskräftig.

11 Nr. 12 Abs. 1 S. 3 VertBek.

12 Weko, 30.11.2009 – *Gaba*, RPW 2010/1, 65 (103 ff.).

*grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien».*¹³

Das Bundesgericht hat den Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts im *Elmex*-Urteil vom 28. Juni 2016 bestätigt. In der Pressemitteilung des Gerichts¹⁴ heisst es:

*«Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG gelten auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Entsprechende Abreden sind somit vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig».*¹⁵

Der Entscheid, der auch die Sanktionierbarkeit von wettbewerbswidrigem Verhalten nach Widerlegung der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG höchstrichterlich bestätigt hat, ist von grösster Tragweite für die zukünftige Handhabung von Art. 5 KG. Die Praxis von Behörden und Gerichten wird hieran auszurichten sein. Vor dem bundesgerichtlichen *Gaba*-Entscheid war die Rechtsprechung uneinheitlich. So bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im *BMW*-Entscheid die *Gaba*-Linie, also grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen.¹⁶ In den Baubeschläge-Urteilen forderte das Gericht dann aber, dass die Erheblichkeit in jedem Einzelfall nachzuweisen sei.¹⁷ In der Folge schränkte das Bundesverwaltungsgericht die Annahme grundsätzlicher Erheblichkeit auf die Fallgruppe des absoluten Gebietsschutzes ein und entschied im Übrigen im Sinne der Baubeschläge-Urteile, forderte also eine Prüfung auch der quantitativen Erheblichkeit.¹⁸ In der Literatur wurden diese Entscheide überwiegend als schwer miteinander vereinbar oder gar als widersprüchlich eingestuft.¹⁹ Es wurde aber auch die Auffassung vertreten, dass man zu einer einheitlichen

13 BVGER, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750 (789), nicht rechtskräftig; *Gebro*, RPW 2013/4, 808 (833), nicht rechtskräftig.

14 Die schriftliche Begründung des Urteils lag bei Manuskriptabschluss noch nicht vor. Allfällige Präzisierungen bleiben also vorbehalten.

15 BGER, 28.6.2016 – *Colgate-Palmolive Europe Sàrl* (ehemals: *Gaba International AG*), 2C_180/2014, Medienmitteilung, S. 2.

16 BVGer, 13.11.2015 – *BMW*, RPW 2015/4, 801 (824 f.), nicht rechtskräftig.

17 BVGER, 23.9.2014 – *Siegenia-Aubi AG*, RPW 2014/3, 548 (575), nicht rechtskräftig; *Paul Koch AG*, RPW 2014/3, 610 (635), nicht rechtskräftig: «Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind».

18 BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845 (868 f.).

19 S. z.B. BALDI 2016; BALDI/SCHRANER 2015, 269; BAUDENBACHER 2015, N. 7; CARRON/KRAUSKOPF, N. 6; HAGER/MURER, 198; JACOBS 2015, 232; STRAUB, 559 f.

Interpretation gelangen kann, wenn man nach dem jeweiligen Regelungsanliegen differenziert.²⁰ Die Wettbewerbskommission reagierte pragmatisch auf die Gerichtsentscheide: Sie prüfte nach beiden Varianten, nämlich zunächst auf der Grundlage der grundsätzlichen Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen, sodann hilfsweise auch die quantitative Erheblichkeit.²¹

Die Rechtsanwendungsinstanzen haben nun die Aufgabe, die Vorgaben des Bundesgerichts in ihrer Anwendungspraxis umzusetzen. Es ist zu begrüßen, dass das Kriterium der Erheblichkeit in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers nun nicht mehr im Mittelpunkt steht, sondern als *de minimis*-Regel aufgefasst wird. Wie auf der letztjährigen Freiburger Tagung ausgeführt, sollte der Grundsatz der Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen beispielsweise dann durchbrochen werden, wenn aus dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang grosse Komplexität des Falls folgt, was bei schwierigen Fragen im Zusammenhang mit zwei- oder mehrseitigen Märkten der Fall sein kann.²² Es bleibt dem zukünftigen Fallrecht vorbehalten, für Orientierung im Hinblick auf das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahmen zu sorgen.

2. Konsequenzen für vertikale Preisbindung

Während die einvernehmliche Regelung im Fall *Saiteninstrumente* in Rechtskraft erwachsen ist, wurde der *Altimum*-Entscheid vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben und ist nun beim Bundesgericht hängig. Das Bundesverwaltungsgericht war der Ansicht, dass es zwar Vereinbarungen über Mindestpreise zwischen dem Grosshändler und 39 Einzelhändlern gegeben habe.²³ Bei einer Gesamtzahl von 333 Einzelhändlern machten die 39 Einzelhändler 12 Prozent aus, was für eine quantitative Erheblichkeit nicht ausreichte. Eine starke Marktstellung des Autors der Preisempfehlung sei alleine nicht ausreichend. Es sei auch auf den Befolgungsgrad unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktanteile abzustellen.²⁴ In diesem Zusammenhang macht das Gericht auch eine quantitative Aussage:

20 BREITENMOSER, N. 2 und 21 (Unterscheidung nach materiell-rechtlicher Prüfung und beweisrechtlichen Vorfragen); HEINEMANN, S. 16 f (Trennung von Schädlichkeitspotential und Auswirkungspostulat).

21 S. im vorliegenden Zusammenhang etwa Weko, 29.6.2015 – *Saiteninstrumente*, RPW 2016/3, 722 (740 f. N. 135 ff.). Andere Beurteilung der kartellbehördlichen Praxis bei JACOBS 2016, 231 f (in Bezug auf "Türprodukte"); s. aber Weko, 17.11.2014 – *Türprodukte*, RPW 2015/2, 246 (309 f. N. 369, 373 ff.).

22 HEINEMANN, S. 24 f.

23 BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845 (857 ff., insbesondere N. 4.7); zur Frage der abgestimmten Verhaltensweise s. *ibid.*, N. 4.8.4.

24 BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845 (870 f.).

«A cet égard, l'analyse économique enseigne qu'une affectation notable de la concurrence est impossible si les entreprises participantes détiennent de faibles parts de marché (p. ex. 30 %).»²⁵

Die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse werden behauptet, aber nicht belegt.²⁶ Die industrieökonomische Forschung ist zu einer differenzierten Analyse vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen gelangt.²⁷ Im Mittelpunkt steht die Frage möglicher Rechtfertigungen, insbesondere der Effizienzsteigerung. Durch den Weg über die Unerheblichkeit weicht das Gericht der entscheidenden Frage, nämlich derjenigen nach den überwiegenden Vorteilen der vertikalen Preisbindung im besonderen Fall aus. Auch beispielsweise in den USA, wo der US Supreme Court für das Bundeskartellrecht vom *per se*-Verbot vertikaler Preisbindung zur Anwendung der *rule of reason* übergegangen ist,²⁸ ist eine vollständige Analyse aller wettbewerbsfördernden und – beschränkenden Aspekte durchzuführen, die weit entfernt von der voraussetzungslosen Legalisierung ist, die das Gericht über die Konstruktion der Unerheblichkeit herbeiführt.

Es ist realitätsfern anzunehmen, dass eine lückenlose Beweisführung in Bezug auf den grossen Teil eines Markts gelingt. Im vorliegenden Fall sind auch nach Auffassung des Gerichts 39 Vereinbarungen über vertikale Preisbindung bewiesen worden. Es handelt sich also nicht um einen Vorgang, der Bagatelldarstellung hat, sondern um eine systematische Geschäftsstrategie. Der Nachweis so vieler Abreden hat in der kartellbehördlichen Praxis Seltenheitswert. Die Annahme von Unerheblichkeit setzt sich in Widerspruch zu einem Grundanliegen von Art. 5 KG. Mit der Einfügung von Art. 5 Abs. 4 KG im Zug der KG-Revision von 2003 sollte auch ein Beitrag zum Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz geleistet werden.²⁹ Neben der Marktabschottung sind Preisbindungssysteme in besonderem Mass dazu geeignet, das Preisniveau in der Schweiz künstlich hochzuhalten. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führt dazu, dass die einschlägigen Regeln in den allermeisten Fällen nicht greifen. Der Intention des Gesetzgebers wird dies nicht gerecht.

Ein weiterer Hintergrund der Reform bestand in dem Wunsch, die schweizerischen Vorgaben für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen an die Rechtslage in der EU anzugleichen.³⁰ Vertikale Preisbindung wird dort als Kernbeschränkung eingestuft, die

25 BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845 (871).

26 Das Gericht (*ibid.*) zitiert AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *Commentaire Romand Concurrence*, Art. 5 LCart n. 207. Dort findet sich allerdings keine Fundstelle für diese Aussage.

27 MOTTA, *Competition Policy*, S. 302 ff.

28 US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Viele Einzelstaaten haben aber das *per se*-Verbot für Resale Price Maintenance beibehalten, s. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, S. 634 f.

29 EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, *Synthesebericht*, N. 248.

30 *Ibid.*

zur Nichtanwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen führt.³¹ Seit dem *Expedia*-Urteil ist ausserdem anerkannt, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen immer spürbar sind.³² Vertikale Festpreis- oder Mindestpreisbindungen sind als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anerkannt,³³ so dass also die *de minimis*-Regel keine Anwendung findet. Die Rechtmässigkeit vertikaler Preisbindung hängt folglich vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds ab. Nicht nur im US-amerikanischen, sondern auch im europäischen Kartellrecht erfolgt also eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den wettbewerblichen Folgen der vertikalen Preisbindung. Auch das schweizerische Recht sollte diesen Weg gehen, nämlich die Frage der Gründe für die Preisbindung aufwerfen und am Massstab der Effizienzrechtfertigung in Art. 5 Abs. 2 KG überprüfen. Dies ist aber nur möglich, wenn wettbewerbsgefährdenden Verhaltensweisen nicht vorweg der Freibrief der Unerheblichkeit erteilt wird. Die Vorgabe grundsätzlicher Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen (durch das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts) schreibt diese Vorgehensweise nun vor. Eine Ausnahme vom Grundsatz kommt nicht in Betracht, da der konkrete Fall weder rechtlich und wirtschaftlich komplex ist, noch Bagatelldarakter aufweist. Selbst wenn man in casu anderer Meinung ist, wäre immer noch eine qualitative und quantitative Gesamtbetrachtung durchzuführen, die angesichts des systematischen Preisbindungsverhaltens ebenfalls zur Annahme von Erheblichkeit führt.

D. Fazit

Bruttopreise sollten auch im Verhältnis zum Konsumenten keine Endpreise sein. Unverbindliche Preisempfehlungen sind möglich. Vertikale Fest- oder Mindestpreise sollten demgegenüber nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds akzeptiert werden. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Erheblichkeit sollte auch an die zivilrechtliche Anwendung des Kartellrechts gedacht werden: Was muss der zivile Kläger (z.B. der Einzelhändler, dem sein Lieferant die Wiederverkaufspreise vorschreibt) beweisen, um eine Verletzung von Art. 5 KG geltend zu machen? Sollte es nicht ausreichen, dass er nachweist, dass der Lieferant ihm den Wiederverkaufspreis verbindlich vorgegeben hat? Oder muss er andere Einzelhändler finden, die in gleicher Weise betroffen sind? Und was hilft das, wenn nach Auffassung des Gerichts nicht einmal 39 vertikale Preisbindungen ausreichen, um das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit auszufüllen? Die Fragen machen deutlich, dass hier der Bogen überspannt wird. Ein Grundanliegen bei der Verabschiedung des Kartellgesetzes im Jahr 1995 bestand darin, gleiche materiell-rechtliche Tatbestände für die öffentlich-rechtliche und die zivil-

31 S. beispielsweise Art. 4 lit. a der Verordnung Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20.4.2010, ABl. L 102/1.

32 EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 – *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, insbesondere Rn. 35-37.

33 FÜLLER in Kölner Kommentar, Art. 101 AEUV Rn. 216.

rechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu schaffen.³⁴ Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts gelangt zu einer angemessenen Konkretisierung des Begriffs der Erheblichkeit, die sowohl für die öffentlich-rechtliche also auch die zivilrechtliche Anwendung des Kartellrechts tragfähig ist. Ökonomische Stimmigkeit ergibt sich daraus, dass der Weg über die Effizienzrechtfertigung immer offen steht.³⁵

III. Horizontale Bruttopreisabsprachen

A. Ausgangspunkt

Während es bei vertikalen Bruttopreisabsprachen um Abreden zwischen Parteien auf unterschiedlichen Stufen der Lieferkette geht, betreffen die horizontalen Bruttopreisabsprachen Abreden zwischen Wettbewerbern, in der Praxis zumeist Abreden zwischen Produzenten untereinander oder zwischen Grosshändlern untereinander. Im Unterschied zu gewöhnlichen Preisabsprachen werden nicht die tatsächlichen Verkaufspreise koordiniert, sondern die Bruttopreise, welche nach den obigen Ausführungen der Ausgangspunkt für die Berechnung der Nettopreise sind, welche aus der Anwendung von Zu- und Abschlägen auf den Bruttopreis resultieren. Im vorliegenden Zusammenhang ist der Frage nachzugehen, wie horizontale Absprachen über Bruttopreise nach Art. 5 KG zu bewerten sind.

Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, der für horizontale Preisabreden die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufstellt. Aus einem Textvergleich mit Art. 5 Abs. 4 KG, der den für vertikale Abreden geltenden Vermutungstatbestand auf "Mindest- oder Festpreise" einschränkt, folgt, dass mit Preisen i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sowohl Fest- und Mindestpreise als auch Höchstpreise sowie alle Kombinationen zwischen den verschiedenen Preisformen gemeint sind. Während Festpreisabsprachen einen bestimmten Preis fixieren, legen Mindest- und Höchstpreise sowie Kombinationen hieraus Preiskorridore fest: Bei Mindestpreisen bestimmt sich der Preiskorridor nach der Formel $p \geq \min$, bei Höchstpreisen nach der Formel $p \leq \max$ und bei einer Kombination aus Mindest- und Höchstpreis nach der Formel $\min \leq p \leq \max$.

34 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (469, 551).

35 In diesem Sinn auch BALDI, AJP 2016, 315 (321), der im *Altimum*-Fall allerdings entgegen Wettbewerbskommission und Bundesverwaltungsgericht bereits den Nachweis für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden für nicht erbracht hält.

B. Tatbestand der Preisfestsetzung

Der Tatbestand der Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist ausweislich der Botschaft zum KG 1995 wie folgt zu verstehen:

«Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen.»³⁶

Der Begriff der Preisfestsetzung ist also weit auszulegen.³⁷ Wie bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift folgt, der sowohl die direkte als auch die indirekte Festsetzung von Preisen erfasst, ist nicht nur die konkrete Festlegung von Fest-, Mindest- und/oder Maximalpreisen tatbestandsmässig (direkte Preisfestsetzung), sondern auch die Festsetzung von Methoden zur Berechnung des Preises (indirekte Preisfestsetzung). Eine (kleine) Kontroverse in der Literatur betrifft die Frage, ob Vorgaben für die Gewährung von Rabatten eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung darstellen. Die oben zitierte Passage aus der Botschaft zum Kartellgesetz lässt sich so deuten, dass Abreden über Rabatte als direkte Preisfestsetzung zu qualifizieren sind, während Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten den Preis indirekt bestimmen. In der Literatur werden die Rabattabsprachen hingegen in ihrer Gesamtheit der Kategorie der indirekten Preisfestsetzung zugewiesen.³⁸ Richtig erscheint es, Rabattabsprachen als direkte Preisfestsetzung einzustufen, da ein Preiselement in Bezug auf Höhe oder Bandbreite fixiert wird. Für die praktische Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist die Kontroverse aber nicht relevant, da der Tatbestand direkte und indirekte Preisfestsetzungen gleichermaßen erfasst.³⁹

Von grosser Bedeutung ist hingegen die Frage der Effektivität der Preisfestsetzung. Die preisbezogene Abrede muss dazu geeignet sein, eine Wirkung auf den Endpreis haben.⁴⁰ Dies ist nach dem Gutachten der Wettbewerbskommission zum Klimarappen beispielsweise dann nicht der Fall, wenn sich die Abrede nur auf unwesentliche Preisbestandteile bezieht.⁴¹ Im Mittelpunkt des Sachverhalts stand der Vorschlag der

36 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (567).

37 KRAUSKOPF/SCHALLER, in BSK KG, Art. 5 KG Rn. 375.

38 Vgl. BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N. 34; KRAUSKOPF/SCHALLER, in BSK KG, Art. 5 KG Rn. 410; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, N. 2.191; in diesem Sinn auch BVGer, 19.6.2016 – Nikon, RPW 2016/3, 831 (853 N. 7.3.2).

39 Vgl. Weko, 10.5.2010 – Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, RPW 2012/3, 615 (642 N. 261).

40 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (567).

41 Weko, 20.12.2004 – Gutachten zum Klimarappen, RPW 2005/1, 239.

Erdöl-Vereinigung, zur Reduktion der CO₂-Emissionen eine Vereinbarung unter den Importeuren herbeizuführen, nach der die Preise pro Liter Benzin und Diesel um ein bis zwei Rappen zu erhöhen seien (“Klimarappen”). Mit dem Ertrag sollten CO₂-reduzierende Massnahmen in In- und Ausland durchgeführt werden. Die Wettbewerbskommission war der Ansicht, dass Abreden über Preisbestandteile zwar grundsätzlich eine Festsetzung von Preisen i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen. Dies setze aber voraus, dass es sich um ein wesentliches Element des Endpreises handle, was beim Klimarappen nicht der Fall sei.⁴² Um Missverständnisse zu vermeiden: Die Frage der Unwesentlichkeit von Preiselementen betrifft lediglich die Eignung zur Beeinflussung des Gesamtpreises. Hieraus lässt sich nicht etwa ableiten, dass bereits im Rahmen des Vermutungstatbestands schädliche Wirkungen zu ermitteln seien.⁴³

Die Bruttopreisthematik hat auch einen starken Bezug zum Thema der Kalkulationshilfen. Nach Art. 3 lit. d der Weko-Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen⁴⁴ setzt die Rechtfertigung von Horizontalabreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen voraus, dass sie “keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können.“ Nach Art. 4 lit. c der Bekanntmachung wird die Effizienzrechtfertigung in der Regel nicht gelingen, wenn die Abreden “den Beteiligten in anderer Form Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können“. Allgemein sind also die kartellrechtlichen Grenzen des Informationsaustauschs zu respektieren: Identifizierende Marktinformationssysteme, die Aufschluss über das konkrete Verhalten von Wettbewerbern im Markt geben, sind mit dem Gebot selbständigen Agierens im Wettbewerb nicht vereinbar.⁴⁵

42 Ibid., N. 15. Die Wettbewerbskommission schrieb der Vereinbarung aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu und verneinte das Vorliegen der Effizienzrechtfertigung: Zwar erkannte sie Umweltbelange als möglichen Effizienzgrund an, sah aber den Nachweis für einen Beitrag des Klimarappens zur Internalisierung externer Kosten für nicht erbracht an.

43 ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N. 449. S. auch BVGer, 1.6.2010 – *Implenia (Ticino) AG*, RPW 2010/2, 368 (381): “Nur die Vermutungsfolge, die in der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, bezieht sich auf die wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit der Abrede, nicht aber der Vermutungstatbestand, der, wie bereits erwähnt, bloss das Vorliegen solcher Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG voraussetzt. Die Frage, ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG schädlich ist, ist demnach im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen und nicht bereits bei der Prüfung, wie die Abrede zu qualifizieren ist, d. h. bei der Frage, welcher der Vermutungstatbestände im konkreten Fall vorliegt (Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG)“.

44 Weko, Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen vom 28.7.1998, BBl 1998, 3936.

45 S. näher HEINEMANN/HEIZMANN, S. 64 ff.

C. Anwendung auf horizontale Bruttopreisabsprachen

Eine Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG liegt also vor, wenn Wettbewerber Preise direkt oder indirekt festlegen. Absprachen über Preiselemente sind ebenfalls erfasst, wenn diese nicht lediglich unwesentlich sind. Bruttopreise sind ein wichtiges Preiselement, da sich der Nettopreis aus dem Bruttopreis zuzüglich aller Zuschläge und abzüglich aller Abschläge ergibt (s.o. I.A). Die Ausnahme für unwesentliche Preiselemente ist im Fall von Bruttopreisabsprachen nicht einschlägig, da Bruttopreise das Fundament der Preisberechnung bilden. Das Bundesverwaltungsgericht hat in den *Baubeschläge*-Urteilen unter Hinweis auf den Rabattwettbewerb zwar Zweifel an der Tatbestandsmässigkeit von Bruttopreisabsprachen geussert, ohne sich jedoch endgültig festzulegen.⁴⁶ Die Möglichkeit der Rabattierung ändert aber nichts an der Einstufung als Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG: Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers⁴⁷ und aufgrund der überragenden Bedeutung des Preiswettbewerbs in der Marktwirtschaft (der Preismechanismus ist nach der berühmten Formulierung des US Supreme Court das “central nervous system of the economy“⁴⁸) sind Abreden über nicht unwesentliche Preiselemente vom Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfasst. Würde man den Tatbestand auf die Festsetzung von Nettopreisen verengen, könnten Unternehmen sanktionslos ihre Bruttopreise koordinieren und den Preismechanismus entscheidend schwächen. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG kann seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn Abreden über nicht nur unbedeutende Preisbestandteile unter den Vermutungstatbestand subsumiert werden.

Diese Aussage gilt nicht nur für die Bruttopreiskartelle, sondern auch für alle anderen Abreden über nicht nur unbedeutende Preisbestandteile. So fallen auch Absprachen über Rabatte und andere Preisnachlässe sowie Absprachen über Zuschläge unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Abreden über Kalkulationsvorschriften sind ebenfalls erfasst, wenn sie den Preis festlegen.⁴⁹ Jede Abrede über Preise und Preiselemente erfüllt für sich allein den Vermutungstatbestand. Bruttopreisabsprachen zwischen Wettbewerbern lösen also ohne Rücksicht auf allfällige weitere Abreden über Preiselemente die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus. Liegen zusätzlich weitere Absprachen vor, z.B. über Rabattobergrenzen, steigert dies die Gefährlichkeit der Abrede, ändert aber nichts an der Tatsache, dass auch ohne Rabattkoordinierung bereits die Absprache über Bruttopreise tatbestandsmässig ist.

Für den Fortgang der Prüfung gelten die allgemeinen Regeln: Gelingt die Widerlegung der Vermutung aufgrund ausreichenden Innen- oder Aussenwettbewerbs oder aufgrund einer Kombination zwischen Beidem, ist zu prüfen, ob eine erhebliche Be-

46 S.u. bei Fn. 61; im Vordergrund standen aber Kausalitätsfragen, s. hierzu unten III.D.2.

47 S.o. Fn. 36.

48 US Supreme Court, *Socony-Vacuum Oil*, 310 U.S. 150, 224 Fn. 59 (1940).

49 Vgl. BORER, Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N. 35.

einträchtigung des Wettbewerbs vorliegt. Hier wird der oben skizzierte Meinungsstreit relevant, ob nach Widerlegung der Beseitigungsvermutung grundsätzlich Erheblichkeit anzunehmen ist, oder aber ob eine zusätzliche Prüfung der quantitativen Erheblichkeit stattzufinden habe (s.o. II.C.1). Im Zusammenhang mit Bruttopreisabsprachen ist der Meinungsstreit von besonderer Relevanz: Leitet man die Erheblichkeit aus der besonderen Schädlichkeit der Abredeform ab, besteht an der grundsätzlichen Tatbestandsmäßigkeit von Bruttopreisabsprachen kein Zweifel. Die Anhänger einer besonderen Quantitätsprüfung bestreiten hingegen häufig das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit dem Argument, dass nur die Bruttopreise festgelegt wurden, intensiver Rabattwettbewerb aber fortbestehe. Die zentrale Frage des gesamten Themas lautet dann: Ist die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung trotz Bruttopreisabsprachen zu verneinen, wenn Rabattwettbewerb existiert?

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt diese Frage allerdings in neuem Licht erscheinen. Verhaltensweisen, die unter die Vermutungstatbestände fallen, gelten aufgrund ihrer Qualität als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung. Nach dem hier gemachten Vorschlag⁵⁰ greift der Grundsatz der Erheblichkeit dann nicht, wenn der Fall rechtlich und wirtschaftlich besonders komplex ist, oder wenn es sich um eine Bagatelle handelt. Bruttopreisabsprachen sind weit entfernt von der Komplexität des Preismechanismus auf mehrseitigen Märkten. Ausserdem kommt branchenweiten Absprachen kein Bagatellcharakter zu. Positive Wirkungen von Bruttopreissystemen sind danach nicht auf Tatbestands-, sondern erst auf Rechtfertigungsebene einzubringen. Vor einer näheren Diskussion der sich hier stellenden Fragen sei aber zunächst das einschlägige Fallrecht präsentiert.

D. Praxis von Behörden und Gerichten

1. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen

Der Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*⁵¹ betraf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über Höhe und Zeitpunkt von Preiserhöhungen. Das Kartell beinhaltete auch einen Informationsaustausch über Bruttopreise sowie andere sensible Geschäftsinformationen. Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission “bestand die Abrede der Wettbewerber vorwiegend darin, den Zeitpunkt und die prozentuale Höhe von Brutto-Preiserhöhungen aneinander anzupassen. Damit bezweckten die beteiligten Unternehmen die mit einem einseitigen Versuch einer

⁵⁰ S. aber den Vorbehalt oben Fn. 14.

⁵¹ Weko, 10.5.2010 – *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*, RPW 2012/3, 615. Ein paralleles Verfahren in der EU wurde durch Vergleich abgeschlossen, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, 27.6.2012 – *Water-Management-Produkte*, ABl. C 335/4.

Preiserhöhung verbundenen Risiken, vor allem das Risiko Marktanteile zu verlieren, auszuschalten.“ Selbst wenn exogene Faktoren hinter den Preiserhöhungen gestanden haben sollten, stelle die Koordination von Höhe und Zeitpunkt eine Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar.⁵² Die Wettbewerbskommission unterstrich die Tatsache, dass der Vermutungstatbestand jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten und damit auch die Abreden über Bruttopreise erfasse:

«Zudem bilden Bruttopreise die Berechnungsgrundlage der Nettopreise, resp. der Rabatte. Steigen also die Bruttopreise, hat dies in aller Regel auch einen Einfluss auf die Nettopreise. Der Marktführer [...] gibt denn auch an, dass Bruttopreiserhöhungen grundsätzlich zu einer Erhöhung der Nettopreise geführt haben. Dabei ist es unerheblich, ob für einzelne Grosskunden nicht die gesamte Bruttopreiserhöhung vollumfänglich überwältzt wird, entscheidend ist vielmehr, dass eine Bruttopreiserhöhung in der Regel auch zu einer Erhöhung der Nettopreise führt.»⁵³

Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs konnte angesichts der Abwesenheit ausreichenden Aussen- und Innenwettbewerbs nicht widerlegt werden. Angesichts der hohen Marktanteile (von 80 – 100 Prozent) hätte nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission aber auf jeden Fall eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorgelegen. Rechtfertigungsgründe waren nicht ersichtlich.⁵⁴ Das Verfahren wurde durch einvernehmliche Regelung abgeschlossen.

2. Baubeschläge

Die Wettbewerbskommission verhängte direkte Sanktionen gegen vier Unternehmen, die Zeitpunkt und Höhe von Preiserhöhungen in Bezug auf Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren abgesprochen hatten.⁵⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hob den Entscheid auf drei Beschwerden hin auf.⁵⁶ Zwei der Urteile sind beim Bundesgericht hängig.⁵⁷ Die *Baubeschläge*-Entscheide wurden bereits oben im Zusammenhang mit den Anforderungen an das Merkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen erwähnt.⁵⁸ Von grösstem Interesse ist, wie das Bundesgericht seinen Grundsatzentscheid *Gaba* auf diesen Fall übertragen wird. Für den vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass sich die *Baubeschläge*-Fälle auf Bruttopreissysteme

52 Weko, 10.5.2010 – *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, RPW 2012/3, 615 (642).

53 Weko, 10.5.2010 – *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, RPW 2012/3, 615 (646 N. 296).

54 Weko, 10.5.2010 – *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, RPW 2012/3, 615 (647).

55 Weko, 18.10.2010 – *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*, RPW 2010/4, 717.

56 BVGER, 23.9.2014 – *Siegenia-Aubi AG*, RPW 2014/3, 548; *SFS unimarket AG*, RPW 2014/3, 589; *Paul Koch AG*, RPW 2014/3, 610.

57 Nämlich *Siegenia Aubi* und *Paul Koch* (s. vorstehende Fussnote).

58 S.o. Fn. 17.

beziehen. Fensterverarbeiter erhalten Listen mit Bruttopreisen. Auf diese werden ihnen Rabatte gewährt. Die Lieferanten unterhielten Kontakte hinsichtlich Vorgehensweise in Bezug auf Preiserhöhungen. Das Bundesverwaltungsgericht und die Wettbewerbskommission sind sich einig in der Aussage, dass solche Abreden unter den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fallen. Beim Bundesverwaltungsgericht heisst es hierzu:

Jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen oder Preiskomponenten beseitigt vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Unter diese Vermutung fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern bereits schon die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen. Insgesamt wird somit der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten.»⁵⁹

Eine Ausnahme gilt für unbedeutende Preisbestandteile.⁶⁰ Das Gericht verweist darauf, dass durch unterschiedliche und nicht abgesprochene Rabatte aber nach wie vor Preiswettbewerb bestehen könne.⁶¹ Das vorliegende Verfahren werde wesentlich geprägt durch die Existenz eines europäischen Herstellerkartells.⁶² Es lasse sich deshalb nicht zweifelsohne feststellen, ob die Preisfestlegung "einzig kausal auf die multilaterale Besprechung [...] zurückzuführen ist, oder ob es sich hierbei letztlich doch primär um die Sicherstellung der Umsetzung des europäischen Herstellerkartells auf dem Schweizer Markt durch die Herstellervertreter handelt bzw. gehandelt hat".⁶³ Ausserdem bedürfe es "der vertieften Abklärung des Geflechts von horizontalen und vertikalen Beziehungen zwischen den Herstellerunternehmen und Händlern, um die Umsetzung des Preiskartells der europäischen Hersteller auf dem Schweizer Markt einer abschliessenden Beurteilung unterziehen zu können".⁶⁴ Es müsse deshalb offen bleiben, ob die Vermutungsbasis erfüllt sei. Die Sanktionsverfügung sei aus Beweisgründen aufzuheben.⁶⁵

59 BVGER, 23.9.2014 – Siegenia-Aubi AG, RPW 2014/3, 548 (574 N. 5.4.22); fast identisch Paul Koch AG, RPW 2014/3, 610 (634 N. 6.4.11).

60 Ibid.

61 Vgl. BVGER, 23.9.2014 – Siegenia-Aubi AG, RPW 2014/3, 548 (567 f. N. 5.3.1.1.37); Paul Koch AG, RPW 2014/3, 610 (632 N. 6.3.2.11).

62 S. hierzu Europäische Kommission, 28.3.2012 – *Beschläge für Fenster und Fenstertüren*, ABI. C 292/6. Ursprünglich beim Gericht der EU eingereichte Klagen wurden zurückgezogen, so dass der Kommissionsentscheid rechtskräftig ist.

63 BVGER, 23.9.2014 – Siegenia-Aubi AG, RPW 2014/3, 548 (574 N. 5.4.23); fast identisch Paul Koch AG, RPW 2014/3, 610 (634 N. 6.4.12).

64 BVGER, 23.9.2014 – Siegenia-Aubi AG, RPW 2014/3, 548 (575 N. 5.4.25); fast identisch Paul Koch AG, RPW 2014/3, 610 (634 N. 6.4.13).

65 BVGER, 23.9.2014 – Siegenia-Aubi AG, RPW 2014/3, 548 (575 ff.); Paul Koch AG, RPW 2014/3, 610 (634 ff.).

Es wird Aufgabe des Bundesgerichts sein, die Anforderungen an das Vorliegen eines Preiskartells zu bestimmen. Dabei wird auch auf die kausalitätsbezogenen Fragen einzugehen sein. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt offenbar, dass Preiserhöhungen “einzig kausal“ auf das Treffen der interessierten Unternehmen zurückzuführen sein müssen. Das Konzept der “einzigsten Kausalität“ ist nicht mit der Äquivalenztheorie vereinbar, nach der alle Bedingungen kausal sind, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiel. Der Wettbewerb wäre Beschränkungen schutzlos ausgeliefert, wenn man Monokausalität zum Eingriffskriterium erheben würde. Für Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sollte – in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers⁶⁶ – jede Art des Festsetzens von Preisen jenseits der Unwesentlichkeit ausreichen. Im vorliegenden Fall haben Unternehmen – auch nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts – Bruttopreise koordiniert.⁶⁷ Auch wenn individuelle Rabattierung möglich bleibt, liegt hierin eine Beschränkung des Wettbewerbs, die ein wirksames Kartellgesetz nicht tolerieren sollte.

3. ASCOPA

Der *ASCOPA*-Fall betrifft den Austausch von Informationen innerhalb des Verbands der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (*ASCOPA*). Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission tauschten die Verbandsmitglieder sensible Informationen aus, z.B. Bruttopreislisten, Umsätze, Bruttowerbeausgaben, und trafen Abreden über die Angleichung allgemeiner Geschäftsbedingungen. Der Preislisten austausch ermöglichte es nach Auffassung der Behörde “den Parteien, die Preispolitik ihrer Konkurrenten zu verfolgen und ihr Verhalten nach Bedarf anzupassen [. . .]. Diese Anpassung konnte darin bestehen, dass der tolerierbare Umfang und der Zeitpunkt allfälliger Preiserhöhungen relativ genau abgeschätzt werden konnte. Im Unterschied zu einem zulässigen Parallelverhalten, bei dem ein Marktteilnehmer den Markt beobachtet, wurden Informationen ausgetauscht, die normalerweise im Markt nicht zur Verfügung stehen.“⁶⁸

Der Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG war nach Auffassung der Behörde nicht erfüllt: Die Bruttopreislisten betrafen Preiselemente und -komponenten von hunderten von Produkten. Es lagen keine Beweise vor, dass eine Einigung über Bruttopreise in Bezug auf bestimmte Produkte zustande gekommen war. Auch bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass es zum Austausch von Informationen über oder die Anpassung von Rabatthöhen gekommen sei.⁶⁹ Aufgrund einer umfangrei-

66 S.o. Fn. 36.

67 S. BVGER, 23.9.2014 – *Siegenia-Aubi AG*, RPW 2014/3, 548 (567 N. 5.3.1.1.37); *Paul Koch AG*, RPW 2014/3, 610 (631 N. 6.3.1.31).

68 *Weko*, 31.10.2011 – *ASCOPA*, RPW 2011/4, 529 (567 N. 239 und 240), nicht rechtskräftig.

69 *Ibid.*, 588 N. 426.

chen Wirkungsanalyse unter Einbeziehung ökonomischer Methoden kam die Wettbewerbskommission aber zu dem Ergebnis, dass der Informationsaustausch einen Einfluss auf die Preisentwicklung hatte. Die Behörde sah hierin einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 KG, der zwar nicht mit einer Sanktion belegt werden konnte, aber untersagt wurde.⁷⁰

Auch wenn also Bruttopreisabsprachen nicht konkreten Produkten zugeordnet werden können, können Auswirkungen auf die Preise nachgewiesen werden. Dies führt zur Kartellrechtswidrigkeit, wenn auch nicht zur Sanktionsfähigkeit der betreffenden Verhaltensweisen.

4. Türprodukte

Im Fall *Türprodukte* geht es um das Bruttopreissystem eines Produzenten von Türbeschlägen. Teilweise machten die Händler ihre eigenen Bruttopreise, die dann die Grundlage für die Rabatte an Türverarbeiter waren. Die Wettbewerbskommission stellte Absprachen zwischen Händlern über die Einhaltung von Mindestmargen beim Verkauf von Grossmengen von Türbeschlägen fest, nämlich die gemeinsame Festlegung einer Berechnungsbasis, auf die bestimmte Mindestaufschläge anzuwenden waren.⁷¹ Es geht in dem Fall also nicht um die Absprache von Bruttopreisen, sondern um die Festlegung von Mindestmargen in einem Bruttopreissystem. Die Behörde stellte die Existenz von Abreden über die Festsetzung von Preisen i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fest, da durch die Fixierung eines Mindestaufschlags und einer gemeinsamen Berechnungsbasis ein gemeinsamer Mindestnettoverkaufspreis festgelegt worden sei.⁷² Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs konnte widerlegt werden, es lag nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Mit fünf Parteien wurde eine einvernehmliche Regelung getroffen, bezüglich einer Partei ist der Entscheid noch nicht rechtskräftig.

5. Sanitär-grosshandel

Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission haben Grosshändler von Sanitärprodukten (Badezimmerausstattung) Preise und Mengen, insbesondere auch Bruttopreise abgesprochen. Es lag zudem eine Absprache vor, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen. Ausserdem lagen Abreden über Margen, Euroum-

70 Ein Rechtsmittel gegen den Entscheid der Weko ist beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

71 Weko, 17.11.2014 – *Türprodukte*, RPW 2015/2, 246; in Bezug auf eine Partei ist der Entscheid nicht rechtskräftig, sondern beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

72 *Ibid.*, 303.

rechnungskurse, Transportkosten, Rabatte und Rabattkategorien vor. In Bezug auf die Bruttopreisabsprachen stellte die Behörde relevante Effekte fest: Bruttopreise bildeten die obere Schranke für alle anderen Preise in einem mehrstufigen Vertriebssystem. Sie dienten als Verhandlungsbasis für Preise gegenüber den Installateuren und den Endkunden. Bruttopreise führten zu hohen Endkundenpreisen und hohen Margen für die Installateure. Ausserdem steuerten die Grosshändler über die Bruttopreise die Attraktivität des Vertriebssystems gegenüber anderen Vertriebskanälen. Die Wettbewerbskommission untersagte u.a. die Absprache von Bruttopreisen und verhängte direkte Sanktionen gegen die an den Absprachen beteiligten Unternehmen.⁷³

Für den vorliegenden Zusammenhang ist die Abrede von besonderem Interesse, nicht vom Bruttopreis- auf ein Nettopreissystem umzusteigen. Hierin liegt eine Festlegung der Preisstrategie, die bereits als solche unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren ist. Unternehmen sollten ihre Preisstrategie selbständig bestimmen. Offenbar erwarten sie wettbewerbswidrige Vorteile, wenn sie sich über die Aufrechterhaltung von Bruttopreissystemen absprechen. Der Grund hierfür besteht darin, dass Bruttopreissysteme einen grösseren Einfluss auf die Gestaltung der Preise in der Lieferkette erlauben (s.o. I.B).

6. Flügel und Klaviere

Händler trafen Abreden über Listen-, also Bruttopreise sowie Rabattobergrenzen für Flügel und Klaviere der Hersteller *Steinway & Sons* und *Grotrian-Steinweg*. Sie bezweckten damit, den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe auszuschalten, Margenverluste zu vermeiden und allgemein die Risiken des Wettbewerbs zu verringern. Für den vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass bereits die Abstimmung der Listenpreise durch Wettbewerber den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt. Hinzu traten rabattbezogene Absprachen. Die Wettbewerbskommission stellte einen Verstoss gegen Art. 5 KG fest und verhängte direkte Sanktionen, soweit nicht die Bonusregelung zu Sanktionserlass oder –minderung führte.⁷⁴

E. Kartellrechtswidrigkeit von Bruttopreisabsprachen

Der Überblick über die Fallpraxis unterstreicht die grosse praktische Bedeutung von Bruttopreisabsprachen. Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im *Bau-*

73 Weko, 15.6.2015 – *Sanitär-grosshandel*, Entscheid noch nicht veröffentlicht und nicht rechtskräftig, Medienmitteilung und Presserohstoff erhältlich unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-58001.html>. In der EU wurde ein Kartell der Hersteller von Badezimmerausstattungen sanktioniert, s. EuGH, 26.1.2017, Rs. C-604/13 P – *Aloys F. Dornbracht/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:45, und zahlreiche andere.

74 Weko, 14.12.2015 – *Flügel und Klaviere*, RPW 2016/3, 652 (nicht rechtskräftig).

beschläge-Fall ist Skepsis zu entnehmen, ob Bruttopreisabsprachen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllen, wenn Rabattwettbewerb fortbesteht.⁷⁵ Allerdings werden die Zweifel im Zusammenhang mit der Kausalitätsfrage geäussert, d.h. der Frage der Selbständigkeit der Abreden in der Schweiz im Verhältnis zum europäischen Herstellerkartell.⁷⁶ Die Vermengung der Preiskartell- mit der Kausalitätsfrage ist nicht hilfreich. Für den vorliegenden Zusammenhang ist festzuhalten, dass bereits die Absprache von Bruttopreisen den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt:

- Es ist der erklärte Wille des Gesetzgebers, dass Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht nur Absprachen über Nettopreise, sondern auch über Preiselemente und Preiskomponenten erfasst.⁷⁷ Der Bruttopreis ist ein bedeutendes Preiselement, da sich der Nettopreis aus der Differenz zwischen Bruttopreis und Abzügen ergibt. Die Ausnahme für unwesentliche Preisbestandteile (z.B. nach Art des “Klimarappens“, s.o. III.B) ist deshalb nicht einschlägig.
- Bei einer Bruttopreisabrede handelt es sich um eine direkte, nicht um eine indirekte Festsetzung von Preisen. Zwar ist eine Bruttopreisabrede indirekt in Bezug auf den Nettopreis, da sich dieser aus der Differenz zwischen Bruttopreis und Abzügen ergibt. Da aber bereits die Koordination von Preiselementen tatbestandsmässig ist, und der Minuend ein solches Preiselement ist, handelt es sich bei einer Bruttopreisabrede um eine direkte Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG.

Sollte die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, steht die Erheblichkeit in qualitativer Hinsicht fest. Damit ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich auch die Erheblichkeit insgesamt gegeben. Die genaueren Anforderungen an eine Durchbrechung dieses Grundsatzes werden noch zu klären sein. In Betracht kommen eine besondere rechtliche und wirtschaftliche Komplexität und ein allfälliger Bagatelldarakter. In den hier betrachteten Fällen liegt weder das eine noch das andere vor. So geht es jeweils um klassischen Vertrieb physischer Produkte, ohne dass eine Komplikation z.B. im Hinblick auf Netzwerkeffekte in mehrseitigen Märkten auftritt. Um Bagatellen handelt es sich bei Preisabsprachen mit beträchtlicher Breitenwirkung nicht. Die Erheblichkeit der betreffenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist damit gegeben, so dass die Rechtmässigkeit des Verhaltens von einer Effizienzrechtfertigung abhängt (Art. 5 Abs. 2 KG). Beim Handel mit Tausenden von Produkten, wie es z.B. im Sanitärbereich der Fall ist, wurde früher auf technische Schwierigkeiten einer eigenen Preiskalkulation hingewiesen. Die rasante Entwicklung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung lässt dieses

75 S.o. bei Fn. 61.

76 S.o. Fn. 63.

77 S.o. Fn. 36.

Argument allerdings als obsolet erscheinen. Effizienzsteigernd erscheint allenfalls die gemeinsame Stammdatenverwaltung. Diese lässt sich aber von der Preiskalkulation trennen. Es ist also nicht notwendig, dass Wettbewerber nicht nur die technischen Produktangaben gemeinsam erstellen, sondern darüber hinaus auch die Bruttopreise und andere preisbestimmende Faktoren koordinieren. Folglich können Bruttopreisabsprachen nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden.

Die strenge kartellrechtliche Behandlung von Bruttopreisabsprachen ist auch in ökonomischer Hinsicht sinnvoll. Dies zeigt ein Blick auf die Wirkung von Bruttopreisen. Diese dienen im Vertrieb als Verhandlungsgrundlage, da Abzüge auf ihrer Grundlage vorgenommen werden.⁷⁸ Konsumenten, aber auch Unternehmen benutzen den Bruttopreis als Orientierungshilfe. Zur Erklärung dieses Vorgangs können auch die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik zur Ankerheuristik herangezogen werden. Es wurde nachgewiesen, dass die Festsetzung numerischer Werte zu systematischen kognitiven Verzerrungen der Adressaten im Hinblick auf die Preise führt.⁷⁹ So beeinflussen beispielsweise Listenpreise die Bewertung eines Gegenstands.⁸⁰ Horizontale Absprachen über Bruttopreisen nutzen diesen Vorgang aus und sorgen dafür, dass der Verkaufspreis vom Wettbewerbspreis nach oben abweicht.

Auch im europäischen Kartellrecht ist anerkannt, dass die Koordination von Preislisten zwischen Wettbewerbern eine Festsetzung von Preisen i.S. von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV darstellt.⁸¹ In jüngerer Zeit wurde dieser Befund vom Europäischen Gerichtshof im Banananfall unterstrichen, der einen Informationsaustausch über Preislisten betraf.⁸² Die Generalanwältin führte in diesem Verfahren aus,

«dass es aus unternehmerischer Sicht wenig Sinn machen würde, überhaupt Listenpreise festzulegen und sich über deren Fortentwicklung mit Wettbewerbern auszutauschen, wenn die eigenen Listenpreise und die gewonnenen Informationen über die Listenpreise der Wettbewerber nicht in das künftige Marktverhalten der jeweiligen Unternehmen und in die von ihnen tatsächlich praktizierten Preise einfließen sollen.»⁸³

Es ist im europäischen Kartellrecht also anerkannt, dass bereits der Austausch von Preislisten zwischen Wettbewerbern tatbestandsmäßig ist, da die gelisteten Preise in

78 Anders SCHNEIDER, sic! 2016, 319 (328), der Bruttopreise angesichts von Rabatt- und anderem Wettbewerb nur selten als "Handlungsgründe für Marktakteure" ansieht.

79 S. etwa KAHNEMAN, S. 119 ff.

80 NORTHCRAFT/NEALE.

81 ZIMMER, in Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV N. 237.

82 EuGH, 19.3.2015, C-286/13 P – *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:184, N. 124 ff.

83 Generalanwältin KOKOTT, Schlussantrag vom 11.12.2014, C-286/13 P – *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission*, ECLI:EU:C:2014:2437, N. 117.

die tatsächlich praktizierten Preise “einfließen“. Zusätzliche Rabattabsprachen sind nicht erforderlich, um die Illegalität solcher Praktiken zu begründen. So hat die Europäische Kommission im Entscheid über ein Kartell der grossen Lkw-Hersteller die horizontale Koordinierung von Bruttolistenpreisen geahndet.⁸⁴ Ebenso hat das Bundeskartellamt Geldbussen gegen ein Bruttopreis- und Rabattkartell von Grosshändlern der Sanitär-, Heizungs- und Klimabranche verhängt.⁸⁵

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die OECD-Empfehlung über harte Kartelle die OECD-Mitgliedsländer dazu auffordert, abschreckende Sanktionen zum Kampf gegen Kernbeschränkungen vorzusehen.⁸⁶ Zu den Hardcore-Kartellen zählen die Preisabsprachen, wobei keine Ausnahme für Bruttopreisabsprachen gemacht wird.⁸⁷ Interpretatorische Versuche, die Bruttopreisabsprachen aus dem Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu entfernen, führen das schweizerische Kartellrecht in Widerspruch zu diesem Text. Dies ist mit dem Willen des KG-Gesetzgebers nicht vereinbar. Die direkten Sanktionen wurden 2003 auch unter Hinweis auf die genannte OECD-Empfehlung eingeführt.⁸⁸ Mit Bruttopreisabsprachen beeinflussen Wettbewerber den wichtigsten Wettbewerbsparameter und greifen hierdurch den Wettbewerbsmechanismus an. Eine Ausnahme von der Sanktionierbarkeit für solche Absprachen ist mit Grundanliegen des Kartellgesetzes nicht vereinbar.

IV. Ausblick

Sowohl Absprachen über den Bruttopreis als auch über Abzüge beeinflussen den Nettopreis. Jede dieser Abredeformen ist eine Preisfestsetzung i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, und zwar bereits für sich selbst betrachtet. Die Absprache von Bruttopreisen löst deshalb die Vermutung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus, ohne dass es der Abrede über Abzüge, z.B. Rabatte bedürfte. Kann die Vermutung widerlegt werden, ist bei der Prüfung der erheblichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen, dass Preisabsprachen unter Einschluss von Bruttopreisabsprachen einen Eingriff in das “zentrale Nervensystem“ der Marktwirtschaft darstellen.⁸⁹ Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur grundsätzlichen Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen wird diesem Zusammenhang gerecht.

84 Europäische Kommission, 19.7.2016, Case AT.39824 – *Trucks*; Entscheid noch nicht veröffentlicht, Pressemitteilung erhältlich unter <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_de.htm>.

85 Bundeskartellamt, 22.3.2016 – *Sanitär-Kartell*, Pressemitteilung erhältlich unter <www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/22_03_2016_SHK.html>.

86 OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 25.3.1998, C(98)35/FINAL.

87 Ibid., N. I.A.2.a.

88 Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl 2002, 2022 (2025).

89 S.o. Fn. 48.

Ein grundlegendes Prinzip der Marktwirtschaft lautet, dass Wettbewerber ihre Preise selbständig festzusetzen haben. Es gilt nicht der Grundsatz, dass die selbständige Ausgestaltung von Rabatten ausreicht. Eine horizontale Koordination von Bruttopreisen ist mit diesen Vorgaben nicht vereinbar. Die Marktwirtschaft kann ihre grundlegenden Funktionen nicht erfüllen, wenn sie durch kartellrechtliche Schlupflöcher unterminiert wird.

Literatur

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zitiert: BSK KG).
- BALDI MARINO, “Zweimal hü und zweimal hott“ beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315.
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269.
- BAUDENBACHER CARL, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter 2. Februar 2015.
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I – Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.
- BREITENMOSER STEPHAN, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Jusletter 20. April 2015.
- BUSCHE JAN/RÖHLING ANDREAS (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 3, Köln 2016 (zit. Kölner Kommentar).
- CARRON BLAISE/KRAUSKOPF PATRICK L., Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, in: Jusletter 30. Mai 2016.
- EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz – Synthesebericht, in: Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD – Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 17, Bern 2009 (zit. Synthesebericht).
- GEIGER FELIX/SCHLUCKEBIER REGINE (Hrsg.), MWSTG-Kommentar – Schweizerisches Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer mit den Ausführungserlassen sowie Erlasse zum Zollwesen, Zürich 2012 (zit. MWSTG-Kommentar).
- HAGER PATRICIA M./MURER ANGELIKA S., Wie hast du’s mit der Erheblichkeit?, recht 2015, 197.
- HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht – Questions fondamentales en droit de la concurrence, Bern 2016, S. 7.
- HEINEMANN ANDREAS/HEIZMANN RETO A., Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation, in: Sethe/Heinemann/Hilty/Nobel/Zäch (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 63 ff.

- HOVENKAMP HERBERT, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 5. Aufl., St. Paul MN 2016 (zit. *Federal Antitrust Policy*)
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, *Wettbewerbsrecht*, Band 1.EU/Teil 1 – *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5. Aufl., München 2012 (zit. IMMENGA/MESTMÄCKER)
- JACOBS RETO, *Entwicklungen im Kartellrecht*, SJZ 111 (2015), 229.
- JACOBS RETO, *Entwicklungen im Kartellrecht*, SJZ 112 (2016), 230.
- KAHNEMAN DANIEL, *Thinking, Fast and Slow*, London 2012.
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: *Commentaire Romand Concurrence*).
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012.
- MOTTA MASSIMO, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge 2004.
- NORTHCRAFT GREGORY B./NEALE MARGARET A., *Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions*, 39 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 84 (1987).
- SCHNEIDER HENRIQUE, *Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic!* 2016, 319.
- STRAUB RALF MICHAEL, *Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen*, AJP 2016, 559.
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2013.
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005

