

Besprechung / Compte rendu

Die unverbindliche Preisempfehlung

PHILIPPE ESTERMANN

St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band 30, Dike Verlag AG, Zürich 2016, 477 Seiten, CHF 94, ISBN 978-3-03751-852-6

Die vorliegende St. Galler Dissertation bietet eine umfassende interdisziplinäre Abhandlung der vertikalen unverbindlichen Preisempfehlung (UVP), welche mit dem überraschend strengen Leitentscheid Gaba (Elmex) des Bundesgerichtes vom 28. Juni 2016 (2C_180/2014) nach Abschluss der Publikation eine wesentliche Praxisverschärfung und damit eine erhöhte Aufmerksamkeit erfahren hat. In Umsetzung dieser Rechtsprechung hat die Weko zudem erstmals Erläuterungen verabschiedet, die als Auslegungshilfe dienen und sich an die EU-Vertikalleitlinie anlehnen (VertBek-Erläuterungen). Die punktuellen Anpassungen in der Bekanntmachung setzen in erster Linie die Praxisverschärfung durch den erwähnten Bundesgerichtsentscheid um, wonach harte horizontale Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) sowie harte vertikale Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietschutz) grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen («per se-Erheblichkeit»), falls die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegt werden kann.

Eine solche «per se-Erheblichkeit» unabhängig von quantitativen Kriterien wie Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen lehnt der Autor dezidiert ab und verlangt auch bei einer qualitativ schwerwiegenden UVP-basierenden Vertikalabrede eine gewisse, bedeutsame quantitative Beeinträchtigung, um ihre Erheblichkeit insgesamt zu bejahen. Mit guten Gründen lässt er hierfür aber nicht statische Marktanteilsschwellen alleine genügen, sondern regt an, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung weiteren Aspekten Rechnung zu tragen, die für oder gegen einer erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge UVP-basierter Preisabrede sprechen; zu bedenken seien dabei die Reife des Marktes, die Verteilung der Marktanteile und eine damit einhergehende starke Marktstellung, eine druckausübende Marktgegenseite, ein Gleichverhalten von Nicht-Abredeteiligen oder kumulative Auswirkungen gleichartiger nebeneinander bestehender Beschränkungen bzw. u.U. auch ein Vergleich mit dem Preisniveau im vergleichbaren Ausland. Dieser Ansatz nimmt das auch vom Bundesgericht gehegte Unbehagen gegenüber statischen Schwellenwerten bei UVP-basierter Preisabreden auf und bietet sicherlich differenziertere Beurteilungsmöglichkeiten spezifischer Abrede-Sachverhalte als die neuen, strengen bundesgerichtlichen Kriterien, mit welchen es genügt, dass solche Abreden den Wettbewerb lediglich potenziell beeinträchtigen und ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede gar nicht erforderlich ist. Denn ein an einer solchen Abrede beteiligtes Unternehmen kann einer Sanktion nur noch entgehen, wenn es einen Rechtfertigungsgrund der wirtschaftlichen Effizienz geltend machen kann. Mit dieser neuen Rechtsprechung dürften diverse Fälle, welche in der Vergangenheit mangels Erheblichkeit (kleine Marktanteile etc.) nicht aufgegriffen oder eingestellt worden sind, als unzulässig qualifiziert und mit Bussen sanktioniert werden.

Trotz oder gerade angesichts dieser (vermeintlichen) bundesgerichtlichen Klarstellung bietet die vorliegende Dissertation mit einem einleitenden ausgezeichneten und umfassenden Überblick über das ökonomische Auswirkungspotenzial von UVP auf die diversen Transaktionskontrahenten ein reiches Argumentarium zu einer differenzierteren Handhabung von Abrede-Sachverhalten, als es mit der bundesgerichtlichen Leitentscheidung derzeit erscheinen mag. Daran anschliessend bietet der Autor eine ebenso sorgfältige Aufarbeitung und dogmatische Analyse von Rechtsprechung und Praxis von UVP, welche ein besonderes – aktuell natürlich speziell interessantes – Augenmerk den Effizienzgründen im Fall der UVP widmet; so dem Investitionsschutz für die Erschliessung neuer Märkte, der Sicherung der Einheitlichkeit

und Qualität der Produkte, dem Schutz vertragspezifischer Investitionen, der Vermeidung von Trittbrettfahrerproblematik und der doppelten Marginalisierung sowie den Transaktionskosteneinsparungen und der Preisinformation der Konsumenten.

Die Arbeit schliesst mit praxisnahen Ausführungen zu den prozessualen Aspekten der Beweismittel und der subjektiven wie objektiven Beweisführungslasten im Kartellverwaltungsverfahren hinsichtlich UVP-basierter Abreden. Damit legt uns der Autor eine dogmatisch ausgereifte, mit ökonomischen Erkenntnissen gut unterlegte und auch für den Praktiker sehr lesenswerte kartellrechtliche Analyse der in verschiedener Ausgestaltung weitverbreiteten unverbindlichen Preisempfehlungen vor.

Daniel Alder, Dr., Rechtsanwalt, Zürich