

# Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht –

## Eine Kritik des Entscheids *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente*

Mani Reinert\*

### Inhaltsübersicht

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Generelles zur Zulässigkeit von Preisempfehlungen
  - A. Die Ausübung von Druck
    - 1. Androhen eines erheblichen Nachteils
    - 2. Schaffung einer Zwangslage durch die Nachteilsandrohung
    - 3. Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler
    - 4. US-amerikanisches Recht
  - B. Die Gewährung von Anreizen
    - 1. Gewährung von Anreizen
    - 2. Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler
  - C. Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen
    - 1. Der Fall *AEG*
    - 2. Der Fall *Ford*
    - 3. Der Fall *VW II*
  - D. Blosser Befolgung der Preisempfehlungen?
  - E. Massgebliche Beteiligung oder Mitwirkung des Händlers an der Herausgabe der Preisempfehlung?
  - F. Geschlossenheit des Vertriebssystems?
  - G. Weitere von der Weko in Betracht gezogene Faktoren
    - 1. Allgemeinzugänglichkeit der Preisempfehlung
    - 2. Ausdrückliche Unverbindlichkeit
    - 3. Preise im benachbarten Ausland
- III. Würdigung der Argumentation im Fall *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente*

---

\* Mani Reinert, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Bär&Karrer, Zürich

- A. Befolungsgrad der Preisempfehlungen
    - 1. Widerspruch zum EU-Recht
    - 2. Unmöglichkeit, Abrede zwischen den Hersteller und einzelnen Apothekern zu erstellen
    - 3. Übertrieben dargestellter Befolungsgrad
  - B. Früheres kollusives Verhalten ("Sanphar")
  - C. Druck der Apotheken zur Herausgabe von PPE
  - D. Interesse der Hersteller an hoher Händlermarge
  - E. Eingabe der PPE in die Datenbanken von e-mediat
  - F. Fehlende Allgemein zugänglichkeit der PPE
- IV. Schlussfolgerungen

## I. Einleitung

Pfizer AG ("Pfizer"), Eli Lilly (Suisse) SA ("Eli Lilly") und Bayer (Schweiz) AG ("Bayer") sprechen u.a. für ihre Medikamente Viagra, Cialis und Levitra Preisempfehlungen aus. Diese Preisempfehlungen sind in die branchenspezifischen Informatiksysteme (Galdat) integriert oder werden direkt von den Grossisten an die Apotheken und an die selbstdispensierenden Ärzte übermittelt. Diese Preisempfehlungen wurden in den Jahren 2005 bis 2006 gemäss Auffassung der Wettbewerbskommission ("Weko") von einem grossen Teil der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte befolgt.<sup>1</sup> Die Weko kam zum Schluss, dass diese Verhaltensweisen unzulässige Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen und büsste Pfizer, Eli Lilly und Bayer mit insgesamt CHF 5.7 Mio.

Dieser Beitrag analysiert die Argumentation der Weko im Hinblick darauf, wie die Weko begründete, dass die Preisempfehlungen das Tatbestandsmerkmal der Abrede erfüllten.

## II. Generelles zur Zulässigkeit von Preisempfehlungen

Bevor indessen auf den Entscheid *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente* eingegangen wird, sind ein paar allgemeine Ausführungen zur Zulässigkeit von vertikalen Preisempfehlungen zumal im Lichte des Rechts der EU angebracht.

<sup>1</sup> Siehe hierzu indessen unten S. 44f.

Preisempfehlungen werden grundsätzlich nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 4 Abs. 1 KG erfasst, da es sich bei Preisempfehlungen um einseitige Verhaltensweisen (meist des Herstellers) handelt. Leading Case ist diesbezüglich das *Pronuptia*-Urteil aus dem Jahr 1986, in welchem der EuGH u.a. darüber zu befinden hatte, ob Preisempfehlungen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>2</sup> erfasst würden. § 6 Absatz 1 des dem Verfahren zugrunde liegenden Franchisevertrags sah vor, dass Pronuptia der Franchisenehmerin angemessene Richtpreise empfehlen würde, und beide Parteien diese Richtpreise (unbeschadet der Freiheit der Franchisenehmerin, die Preise selbst festzusetzen) als Richtlinien für den Wiederverkauf ansehen würden.<sup>3</sup> Der EuGH hielt fest, dass diese Bestimmung nicht vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werde:

"Wenn auch Bestimmungen, die die Möglichkeit des Franchisenehmers zur freien Preisgestaltung beeinträchtigen, eine Einschränkung des Wettbewerbs darstellen, so gilt dies doch nicht, wenn der Franchisegeber den Franchisenehmern Richtpreise mitteilt, vorausgesetzt allerdings, dass zwischen dem Franchisegeber und den Franchisenehmern oder unter den Franchisenehmern keine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise hinsichtlich der tatsächlichen Anwendung dieser Preise besteht."<sup>4</sup>

Ausgehend vom *Pronuptia*-Urteil stellt sich damit die Frage, wann bei Preisempfehlungen von einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen Franchisegeber und -nehmer bzw. unter den Franchisenehmern auszugehen ist.

Dies wird nachstehend im Hinblick auf folgende Faktoren und Konzepte untersucht:

- Ausübung von Druck,
- Gewährung von Anreizen,
- Konzept der Aufforderungen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen,
- blosser Befolgung von Preisempfehlungen,
- massgebliche Beteiligung oder Mitwirkung des Händlers an der Herausgabe der Preisempfehlung,
- sog. Geschlossenheit des Vertriebssystems und
- weitere in der Vertikalabreden-Bekanntmachung der Weko genannte Faktoren.

<sup>2</sup> Aus Gründen der redaktionellen Einfachheit wird vorliegend durchgängig die neue Nomenklatur (Art. 101 AEUV) und nicht die jeweils zeitlich passende wie "Art. 85 EWGV" oder "Art. 81 EG" verwendet.

<sup>3</sup> Schlussanträge des Generalanwalts, 19.6.1985, Rs. 161/84, Slg. 1986, 357; EuGH, 28.1.1986, Rs. 161/84, *Pronuptia*, Slg. 1986, 377 Randnr. 6.

<sup>4</sup> EuGH, 28.1.1986, Rs. 161/84, *Pronuptia*, Slg. 1986, 384 Randnr. 25.

## A. Die Ausübung von Druck

Die meisten Fälle, in denen die Europäische Kommission und andere Wettbewerbsbehörden auf das Bestehen einer abgestimmten Verhaltensweise im Rahmen von Preisempfehlungen erkannt haben, betreffen Situationen, in denen sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.<sup>5</sup>

Damit sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck wie Mindestverkaufspreise auswirken, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Androhung eines erheblichen Nachteils,
- Schaffung einer Zwangslage durch die Nachteilsandrohung und
- Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler

### 1. Androhen eines erheblichen Nachteils

In ihren Leitlinien für vertikale Beschränkungen spricht die Europäische Kommission im Zusammenhang mit Wiederverkaufspreisen von "Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus".<sup>6</sup> Die Druckausübung setzt damit die Inaussichtstellung/**Androhung** von **Nachteilen** voraus. Die von der Europäischen Kommission genannten Beispiele zeigen auch, dass der Nachteil eine gewisse Intensität haben muss. Er muss mit anderen Worten **erheblich** sein.

Von einer derartigen Androhung eines erheblichen Nachteils kann z.B. in folgenden Fällen keine Rede sein:

- Keine Nachteilsandrohung stellt es dar, wenn der Hersteller den Händler an die Preisempfehlungen **erinnert**. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Umstand, dass der Lieferant dem Händler eine Liste mit Preisempfehlungen oder Preisobergrenzen übergibt, nicht als Tatbestand beurteilt wird, der eine vertikale Preisbindung bewirkt.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Vgl. Art. 4 lit. a VO (EU) Nr. 330/2010.

<sup>6</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABl. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48.

<sup>7</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABl. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48; KRAUSKOPF/GRABER, sic! 2008, 784; vgl. auch EuG, 13.1.2004, T-67/01, JCB Service/Kommission, Slg. 2004, I-101 Ziff. 130.

- Keine Nachteilsandrohung stellen auch bloss **betriebswirtschaftliche Feststellungen** dar. Ein Beispiel ist die Aussage des Herstellers, dass tiefere Preise die Marge des Händlers senken. Ein anderes Beispiel sind Darstellungen, die illustrieren, wie viele Vertragswaren der Händler zusätzlich verkaufen muss, wenn er seinen Preis um den Betrag X reduziert. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um die neutrale Vermittlung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse.
- Auch die **nachträgliche Thematisierung der Preispolitik des Händlers** stellt grundsätzlich keine Nachteilsandrohung dar. So wurde z.B. im Fall *JCB Service* vom EuG der Umstand nicht als abgestimmtes Verhalten gewertet, dass JCB gegenüber der Händlervereinigung ihrer Besorgnis über zu niedrig empfundene Einzelhandelspreise Ausdruck gegeben hatte.<sup>8</sup> Abzulehnen ist deshalb die vom Bundeskartellamt geäußerte Auffassung, dass "[j]ede Kontaktaufnahme, die über die reine Übermittlung von UVP [unverbindlichen Preisempfehlungen] hinausgeht und diesen durch nachträgliche und erneute Thematisierung – insbesondere mit Blick auf das bisherige Preissetzungsverhalten des Händlers - Nachdruck verleiht, [...] deren Unverbindlichkeit in Frage [stellt] und [...] als Druckausübung [...] zu werten [ist]."<sup>9</sup> Hier setzt das Bundeskartellamt unrichtigerweise Thematisierung mit Druckausübung gleich.
- Auch **Preisüberwachungssysteme** stellen grundsätzlich keine Nachteilsandrohung dar. Dies gilt sicher dann, wenn die Existenz eines solchen Systems dem Händler nicht bekannt ist. Denn diesfalls kann er es nicht als Nachteilsandrohung empfinden. Doch auch ein dem Händler bekanntes Preisüberwachungssystem stellt grundsätzlich keine Nachteilsandrohung dar. Von einer Androhung von Nachteilen kann erst gesprochen werden, wenn der Hersteller z.B. Sanktionen formuliert, die ausgefällt werden, wenn die empfohlenen Preise unterschritten werden. Entsprechend erwähnt die Europäische Kommission Preisüberwachungs- und -meldesysteme nur als "unterstützende Massnahme" im Rahmen der Durchsetzung einer Mindestpreisbindung. Für sich alleine bewirken solche sog. "unterstützenden Massnahmen" keine vertikale Mindestpreisbindung.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> EuG, 13.1.2004, Rs. T-67/01, *JCB Service/Kommission*, Slg. 2004, II-100 Randnr. 128.

<sup>9</sup> BKartA, Entscheidung vom 25.9.2009, B 3 - 123/08, Rz. 48 (erhältlich auf [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

<sup>10</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABl. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48.

- Auch Erläuterungen und Erklärungen zu den **Gründen** für die Wahl der **Höhe der empfohlenen Preise** stellen keine Nachteilsandrohung dar. Ein Beispiel ist der Fall, dass ein Hersteller eines neuen Schokoladeprodukts dem Händler erläutert, dass der empfohlene Preis CHF 12.— betrage, um den Eindruck der Wertigkeit zu unterstützen, damit das Produkt z.B. auch als Mitbringsel für eine Einladung geeignet sei (was z.B. bei einem Preis von unter CHF 10.— nicht mehr der Fall sei).

Umgekehrt kann die Androhung folgender Handlungen in Reaktion auf eine Unterschreitung der empfohlenen Preise eine Androhung eines erheblichen Nachteils darstellen (wobei die Grenzen zur Gewährung von Anreizen fließend sind).<sup>11</sup>

- Kündigung von Lieferverträgen,
- Streichung von Rabatten,
- Streichung von Entschädigungen für Werbeaufwendungen,
- Aussetzen von Lieferungen oder
- Verzögerung von Lieferungen.

Zu beachten ist dabei, dass eine Androhung von Nachteilen nur dann im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 KG von Bedeutung ist, wenn der Hersteller die Nachteile ausdrücklich oder konkludent in einen **Konnex mit der Unterschreitung der empfohlenen Preise stellt**.

Ein solcher Konnex besteht, wenn der Hersteller einem Händler z.B. droht, den Händlervertrag zu kündigen, wenn dieser weiterhin die empfohlenen Preise unterschreite.

Demgegenüber dürfte ein solcher Konnex fehlen, wenn der Hersteller einen Händlervertrag wegen der Preispolitik des Händlers ohne entsprechende Vorwarnung und ausspricht und dabei weder ausdrücklich noch implizit gegenüber dem Händler oder den anderen Händlern den Grund der Kündigung kommuniziert. Denn diesfalls können weder der gekündigte Händler noch dessen Kollegen die Kündigung als Reaktion auf die Unterschreitung der empfohlenen Preise verstehen.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABI. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48.

<sup>12</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. b N 459 (für Lieferbeschränkungen).

## 2. Schaffung einer Zwangslage durch die Nachteilsandrohung

Der angedrohte Nachteil muss eine Zwangslage für den Drohungsempfänger schaffen. Zudem muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Nachteilsandrohung und der Zwangslage bestehen.

Eine Zwangslage dürfte z.B. dann zu verneinen sein, wenn ein KMU-Lieferant einem grossen Detailhändler "droht", ihn nicht mehr zu beliefern. Denn in den meisten Fällen wird der Detailhändler auf den KMU-Lieferanten verzichten können.

## 3. Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler

Die Nachteilsandrohung und Schaffung einer Zwangslage reicht für sich alleine nicht aus, um eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu begründen.

Erforderlich ist zusätzlich, dass in Reaktion auf die Nachteilsandrohung und Zwangslage tatsächlich eine Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler über die Anwendung der empfohlenen Preise zustande kommt. Diese Willensübereinstimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend (z.B. durch eine Verhaltensänderung des Händlers) erfolgen. Eine derartige Willensübereinstimmung ist im Einzelfall nachzuweisen.<sup>13</sup>

Ein anschauliches Beispiel für das Erfordernis der Willensübereinstimmung ist der Fall *VW II*, der auf S. 32 beschrieben ist. Hier übte VW durch Rundschreiben und direkte Abmahnungsbriefe Druck auf die Händler aus, keine übermässigen Rabatte auf die empfohlenen Preise zu geben. Diese Druckausübung führte indessen mangels einer Willensübereinstimmung zwischen VW und ihren Händlern nicht dazu, dass sich die Preisempfehlungen von VW wie Abreden über Fest- und Mindestverkaufspreise auswirkten.

<sup>13</sup> Vgl. EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5143 Randnr. 32, 36 und 38, Volkswagen/Kommission; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6585 ff. Randnr. 39 und 46, Volkswagen/Kommission.

#### 4. US-amerikanisches Recht

Hinzuweisen ist der Vollständigkeit halber darauf, dass das US-amerikanische Recht im Hinblick auf die Frage, wann Druckausübung bei Preisempfehlungen zulässig ist, toleranter als das Recht der EU ist.<sup>14</sup>

Da vertikale Mindestpreisbindungen nach *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*<sup>15</sup> (welches die vertikale Mindestpreisbindung der Rule of Reason unterstellte) heute de facto zulässig sind, hat die Frage, wann Druckausübung im Zusammenhang mit Preisempfehlungen eine Mindestpreisbindung zur Folge hat, nur noch eine untergeordnete praktische Bedeutung. Trotzdem ist die diesbezügliche Fallpraxis der US-amerikanischen Gerichte vor *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* illustrativ:

Die von den unteren Gerichten entwickelte Grundregel lautete, dass Zwang („coercion“) problematisch sei, während es als zulässig erachtet wurde, dass der Hersteller die Mittel der „exposition, persuasion and argument“<sup>16</sup> verwende, um Händler zur Befolgung der von ihm bevorzugten Preispolitik anzuhalten.<sup>17</sup> Massnahmen der Hersteller jenseits der Schwelle von „exposition, persuasion and argument“ wurden nach dem Urteil *Monsanto* des Supreme Courts toleranter beurteilt.<sup>18</sup> So wurde es als zulässig erachtet, dass der Hersteller dem Händler mit der Kündigung des Vertragsverhältnisses drohte, wenn dieser sich nicht an die Preispolitik des Herstellers halte.<sup>19</sup>

#### B. Die Gewährung von Anreizen

Bei der Gewährung von Anreizen kommt grundsätzlich dasselbe Prüfschema wie bei der Ausübung von Druck zur Anwendung. Damit Preisempfehlungen sich infolge der Gewährung von Anreizen wie Mindestverkaufspreise auswirken, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

<sup>14</sup> Wohl gl.M. CLERC, 49.

<sup>15</sup> 551 U.S. 877 (2007).

<sup>16</sup> Gray v. Shell Oil., 469 F.2d 742, 748 (9th Cir. 1972); Yentsch v. Texaco, Inc. 630 F.2d 46, 53 (2d Cir. 1980).

<sup>17</sup> Für Einzelheiten dieser Praxis vgl. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (Sixth), 137 ff.

<sup>18</sup> In *Monsanto* wurde entschieden, dass ein Hersteller Endverkaufspreise herausgeben und gleichzeitig ankünden darf, dass er Händler, die diese Preise nicht einhielten, nicht beliefern würde (Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 [1984]).

<sup>19</sup> Glacier Optical v. Optique Du Monde, Ltd. 1995-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70,878, 73,855 (9th Cir. 1995); Jeanery, Inc. v. James Jeans, Inc., 849 F.2d 1148, 1158 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1988).

- Gewährung eines Anreizes für die Einhaltung der Preisempfehlungen und
- Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler.

#### 1. Gewährung von Anreizen

Unter die Kategorie der Gewährung von Anreizen fallen v.a. Fälle, in denen der Hersteller dem Händler **finanzielle Anreize** dafür gewährt, dass der Händler die Preisempfehlung einhält. Hierunter fallen z.B. Skonti, Boni, Rabatte und Werbekostenbeiträge für den Fall der Einhaltung der empfohlenen Preise.<sup>20</sup> Denkbar sind aber auch andere Formen von Anreizen wie die Verkürzung der Lieferfristen und die Verlängerung des Händlervertrags im Gegenzug zur Einhaltung der empfohlenen Preise.

Für sich genommen keinen Anreiz stellt das Aufdrucken des empfohlenen Abgabepreises auf das Produkt dar.<sup>21</sup> Dies nur schon deshalb, weil bereits aufgedruckte Abgabepreise den Händlern die Möglichkeit eröffnen, das Produkt augenfällig mit Rabatten bewerben.<sup>22</sup>

#### 2. Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler

Wie bei der Ausübung von Druck reicht auch eine Gewährung von Anreizen für sich alleine nicht aus, um eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu begründen.

Erforderlich ist zusätzlich, dass in Reaktion auf die Gewährung von Anreizen tatsächlich eine Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler über die Anwendung der empfohlenen Preise zustande kommt. Diese Willensübereinstimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend (z.B. durch eine Verhaltensänderung des Händlers) erfolgen. Eine derartige Willensübereinstimmung ist im Einzelfall nachzuweisen.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABI. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48.

<sup>21</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010, ABI. 2010 C 130/1 ff. Rz. 48.

<sup>22</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. a N 424; BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 7; a.M. ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 203.

<sup>23</sup> Vgl. EuG, 2003, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5143 Randnr. 32, 36 und 38, Volkswagen/Kommission; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6585 ff. Randnr. 39 und 46, Volkswagen/Kommission.

## C. Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen

In Anbetracht der Beweisschwierigkeiten, die mit dem Nachweis einer Vereinbarung zwischen dem Hersteller und Wiederverkäufer mit Blick auf Preisempfehlungen verbunden sind, ist die Europäische Kommission z.T. auf das Konzept der **Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen** ausgewichen.

Nach diesem Konzept stellen Aufforderungen des Lieferanten eine Vereinbarung dar, wenn sie im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen erfolgen, die einer im Voraus getroffenen Vereinbarung unterliegen.<sup>24</sup>

### 1. Der Fall AEG

Erstmals angewendet wurde dieses Konzept im Fall *AEG/Kommission*. AEG hatte nach Auffassung der Europäischen Kommission mit seinem selektiven Vertriebssystem den grundsätzlichen Ausschluss bestimmter Vertriebsarten und die Aufrechterhaltung bestimmter Preise verfolgt. AEG wandte ein, dass die Nichtzulassung bestimmter Händler und die auf die Beeinflussung der Händlerpreise gerichteten Initiativen von AEG einseitiger Natur seien (und deshalb nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fielen).<sup>25</sup>

Der EuGH teilte diese Auffassung nicht. Er argumentierte, dass sich das Verhalten von AEG in die vertraglichen Beziehungen einfüge, die AEG mit ihren Wiederverkäufern unterhalte. Im Fall der Aufnahme eines Händlers in die Vertriebsbindung gründe die Aufnahme darauf, dass die Vertragsparteien die von AEG verfolgte Politik, nach der unter anderem Händler, die die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, aber nicht bereit seien, dieser Politik zuzustimmen, vom Händlernetz ausgeschlossen würden, ausdrücklich oder stillschweigend akzeptieren.<sup>26</sup> Selbst Entscheidungen, durch die eine Aufnahme abgelehnt werde, seien Handlungen, die zu den vertraglichen Beziehungen mit zugelassenen Händlern gehörten. Denn sie bezweckten, die Einhaltung der wettbewerbsbeschränkenden Abreden, die die Grundlage der Verträge zwischen den Herstellern und den zugelassenen Händlern bildeten, zu gewährleisten.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> EuGH, 18.9.2003, Rs. C-338/00 P, Slg. 2003, I-9256 f. Randnr. 60, Volkswagen/Kommission m.w.H.

<sup>25</sup> EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3195 f. Randnr. 38 f., AEG/Kommission.

<sup>26</sup> EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3195 Randnr. 38, AEG/Kommission.

<sup>27</sup> EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3195 Randnr. 39, AEG/Kommission.

## 2. Der Fall Ford

Das Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen wurde vom EuGH auch im Fall *Ford* verwendet:

Ford Werke Aktiengesellschaft Köln ("Ford AG") hatte ihre deutschen Händler auch mit rechtgelenkten Fahrzeugen beliefert. Vom Frühjahr 1981 an war die Nachfrage von Kunden aus UK nach rechtgelenkten Fahrzeugen in Deutschland stark gestiegen, da die Preise der deutschen Händler u.a. aufgrund von Währungsschwankungen deutlich unter den in UK verlangten lagen. Ford teilte deshalb den deutschen Händlern mit Rundschreiben vom 27. April 1982 mit, dass Ford ab 1. Mai 1982 keine Aufträge für rechtgelenkte Fahrzeuge mehr annehmen werde. Deutsche Händler müssten deshalb in Zukunft rechtgelenkte Fahrzeuge bei UK-Händlern oder einer Tochtergesellschaft der in UK ansässigen Ford Motor Company Limited erwerben.<sup>28</sup>

Die Europäische Kommission verweigerte aufgrund dieses Rundschreibens dem von Ford AG verwendeten Vertriebssystem die Freistellung.<sup>29</sup>

Ford AG focht die Entscheidung der Europäischen Kommission mit der Begründung an, dass das Rundschreiben eine einseitige Verhaltensweise darstelle und deshalb von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfasst werde.

Der EuGH folgte dieser Auffassung nicht. Er stellte fest, dass Vertriebsverträge wie derjenige von Ford AG den Vertrieb der Vertragswaren für eine bestimmte Anzahl von Jahren regelten. Da die technische Entwicklung für einen derartigen Zeitraum nicht immer vorhersehbar sei, müssten diese Vereinbarungen bestimmte Gesichtspunkte der späteren Entscheidung des Herstellers überlassen. In Anlage 1 des Vertriebsvertrages seien solche Entscheidungen der Ford AG im Hinblick auf die zu liefernden Fahrzeugmodelle vorgesehen. Eine derartige Entscheidung des Herstellers füge sich damit in die vertraglichen Beziehungen ein, die der Hersteller mit den Wiederverkäufern unterhalte. Die Zulassung zum Händlernetz der Ford AG impliziere nämlich, dass die Vertragspartner der Politik von Ford AG hinsichtlich der auf dem deutschen Markt zu liefernden Modelle zustimmten.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> EuGH, 17.9.1985, verb. Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985 2739 Randnr. 6, Ford/Kommission.

<sup>29</sup> EuGH, 17.9.1985, verb. Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985 2739 f. Randnr. 8 ff., Ford/Kommission.

<sup>30</sup> EuGH, 17.9.1985, verb. Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985 2743 Randnr. 21, Ford/Kommission.

Das Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen fand auch Anwendung in den Fällen *BMW/Kommission*<sup>31</sup> sowie *VW/Kommission*,<sup>32</sup> in welchen es beide Male um die Behinderung von Parallelimporten ging.

### 3. Der Fall *VW II*

Zumindest in den Fällen *AEG/Kommission* und *Ford/Kommission* ging der EuGH in der Auslegung des Begriffes der Vereinbarung recht weit, indem er de facto eine Vermutung für eine Willensübereinstimmung schuf. Es überrascht deshalb nicht, dass sich die Europäische Kommission das Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen auch im Falle von Preisempfehlungen zunutze machte. Dies geschah im Fall *VW II*.

Volkswagen ("VW") hatte mit ihren Händlern Vertriebsverträge abgeschlossen. Nach § 2 Ziffer 6 des Händlervertrages in der Fassung von Januar 1989 waren die Händler verpflichtet, „die Interessen [von Volkswagen], der Volkswagen Vertriebsorganisation sowie der Marke Volkswagen zu vertreten und in jeder Weise zu fördern“. Diese Bestimmung hielt zusätzlich fest, dass der Händler „[d]abei ... allen dem Vertragszweck dienenden Anforderungen hinsichtlich des Vertriebs fabrikneuer Volkswagen-Automobile, der Ersatzteilebevorratung, des Kundendienstes, der Absatzförderung, Werbung und Schulung sowie der Sicherung des Leistungsstands für die jeweiligen Bereiche des Volkswagen Geschäfts nachkommen“ werde. Nach § 8 Ziffer 1 des Händlervertrages gab VW „für die Endabnehmerpreise und Preisnachlässe unverbindliche Preisempfehlungen heraus“.

Anlässlich der Einführung des neuen Passats bot das Autohaus Binder diesen in der Werbung zu sehr tiefen Preisen an. Das konkurrierende Autohaus Neuhagen wies VW auf dieses Inserat mit den Worten "Muss dies sein?" hin. VW schickte dem Autohaus Binder umgehend eine eingeschriebene Abmahnung. VW wies darin auf § 2 Ziffer 6 des Händlervertrages hin sowie darauf, dass das Werbeverhalten diese Bestimmung "in eklatanter Weise" verletze und "ausserordentlich marktschädigend" sei. Der Händler wurde aufgefordert, dieses Verhalten zu unterlassen. Zudem drohte VW mit der Kündigung des Vertragsverhältnisses im Wiederholungsfall. Das Autohaus Binder antwortete,

<sup>31</sup> EuGH, 12.7.1979, verb. Rs. 32/78 und 36 bis 82/78, Slg. 1979, 2472 f. Randnr. 15, *BMW/Kommission*.

<sup>32</sup> EuGH, 18.9.2003, Rs. C-338/00 P, Slg. 2003, I-9256 f. Randnr. 60, *Volkswagen/Kommission*.

dass es zwar die rechtliche Einschätzung nicht teile, aber den zuständigen Mitarbeiter angewiesen habe, in Zukunft derartige Werbung zu unterlassen.<sup>33</sup>

In mehreren Rundschreiben forderte VW die Händler auf, "Preisdisziplin" zu wahren.<sup>34</sup> In einem der Rundschreiben kündigte VW an, dass VW es nicht hinnehmen könne, wenn durch ruinöses Preisverhalten die Erfüllung des Händlervertrages gefährdet werde. Hierauf musste VW energisch reagieren.<sup>35</sup>

Zudem wurden mehrere Händler, die den Passat mit hohen Rabatten beworben hatten, abgemahnt.<sup>36</sup>

Die Europäische Kommission entschied gestützt auf das Konzept der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen, dass die Aufforderungen von VW eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellten. Sowohl die Rundschreiben als auch die Abmahnungen knüpften an die vertraglichen Beziehungen von VW mit den Händlern an und legten die Vertriebspolitik von VW für den Passat fest. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH beinhaltet die Zulassung zum Händlernetz, dass die Vertragspartner die Vertriebspolitik des Herstellers stillschweigend akzeptierten.<sup>37</sup>

Die Europäische Kommission begründete die Zustimmung der Händler zur Vertriebspolitik von VW, wonach die Preisempfehlungen für den Passat im Wesentlichen einzuhalten seien, u.a. mit § 2 Ziffer 6 und § 8 Ziffer 1 des Händlervertrages sowie damit, dass VW die Unterschreitung der unverbindlichen Preisempfehlungen als Verstoß gegen den Händlervertrag und als markenschädigend bezeichnet hatte.<sup>38</sup>

Die Europäische Kommission unterliess es, zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Händler ihre Preisgestaltung aufgrund der Rundschreiben und Mahnungen tatsächlich geändert hatten.<sup>39</sup> Im Rechtsmittelverfahren vor dem EuG begründete sie dies damit, dass es kaum möglich sei, das genaue Verhalten der Händler festzustellen.<sup>40</sup>

Sowohl das EuG als auch der EuGH geboten der extensiven Anwendung des Konzepts der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen durch die Europäische Kommission Einhalt. EuG und EuGH verlangten, dass

<sup>33</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/19 Rz. 29 ff., *Volkswagen*.

<sup>34</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/21 Rz. 35, *Volkswagen*.

<sup>35</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/20 f. Rz. 32 ff., *Volkswagen*.

<sup>36</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/23 ff. Rz. 44 ff., *Volkswagen*.

<sup>37</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/25 Rz. 57, *Volkswagen*.

<sup>38</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/25 ff. Rz. 56 ff., *Volkswagen*.

<sup>39</sup> KOMM. COMP/F-2/36.693, ABI. 2001 L 262/25 ff. Rz. 56 ff., *Volkswagen*.

<sup>40</sup> EuG, 2003, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5143 Randnr. 38, *Volkswagen/Kommission*.

die Europäische Kommission auch bei der Anwendung des Konzepts der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen das Vorliegen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung der übrigen Partner zum Verhalten des Herstellers bzw. eine Willensübereinstimmung zwischen beiden Parteien nachweisen müsse.<sup>41</sup>

Im Hinblick auf den Fall *VW II* stellten EuG und EuGH fest, dass die Europäische Kommission nicht dargetan habe, dass sich aus dem Verhalten der Parteien oder einer gegebenenfalls stillschweigend erteilten Zustimmung der Händler der übereinstimmende Wille von VW und der Händler ergebe.<sup>42</sup> Im Hinblick auf die Auslegung des Händlervertrages durch die Europäische Kommission hielten EuG wie auch EuGH im Ergebnis fest, dass § 2 Ziffer 6 und § 8 Ziffer 1 des Händlervertrages nicht dahin ausgelegt werden könnten, dass sie es VW gestattet, verbindliche Empfehlungen in Bezug auf den Preis von Neuwagen zu richten.<sup>43</sup>

Die Urteile von EuG und EuGH im Fall *VW II* haben Konsequenzen, die über die Auslegung des Konzepts der Aufforderung im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen hinausgehen. Auch die Ausübung von Druck und die Gewährung von Anreizen, die den Händler dazu bewegen sollen, Aufforderungen des Herstellers nachzukommen, stellen nur dann eine abgestimmte Verhaltensweise oder Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, wenn sie die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Händler finden. Dies ist immer beweismässig darzutun.

#### D. Blosser Befolgung der Preisempfehlungen?

In der Schweiz ist umstritten, was zu gelten hat, wenn die empfohlenen Preise mehrheitlich befolgt bzw. angewendet werden. Für das Recht der EU geht die herrschende Lehre davon aus, dass auch eine weitgehende Befolgung der empfohlenen Preise durch die Preisempfehlungsempfänger **keine abgestimmte**

<sup>41</sup> EuG, 2003, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5156 Randnr. 36, Volkswagen/Kommission; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6613 Randnr. 40, Volkswagen/Kommission.

<sup>42</sup> EuG, 2003, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5143 Randnr. 38 f., Volkswagen/Kommission; EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6585 Randnr. 46 f., Volkswagen/Kommission.

<sup>43</sup> EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6585 Randnr. 52, Volkswagen/Kommission; der EuGH folgte dem EuG insofern nicht, als das EuG diesen Schluss auch aus der neutralen Formulierung der betreffenden Bestimmungen abgeleitet hatte, was im Ergebnis allerdings nichts änderte (EuGH, 13.7.2006, Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6585 Randnr. 44 ff., 53 und 54, Volkswagen/Kommission).

**Verhaltensweise** bzw. Vereinbarung zur Folge hat.<sup>44</sup> Dasselbe hat auch für das Schweizer Recht zu gelten.<sup>45</sup>

Dass die blosser Befolgung vertikaler Preisempfehlungen keine Abrede darstellt, ist einmal darin begründet, dass der Hersteller ansonsten nur dann Preisempfehlungen herausgeben könnte, wenn er sicher wäre, dass diese von den Händlern nicht befolgt würden.<sup>46</sup> Damit der Hersteller indessen diese Sicherheit erlangen könnte, müsste er systematisch die Preispolitik seiner Händler kontrollieren. Dies wäre einerseits sehr aufwändig. Andererseits wird gerade eine derartige Preiskontrolle von den Wettbewerbsbehörden zum Teil argwöhnisch beäugt (siehe oben S. 25).

Zudem ist daran zu erinnern, dass der Begriff der Empfehlung gerade wesentlich das Bestreben beinhaltet, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, im Sinne der Empfehlung zu beeinflussen.<sup>47</sup> Trotzdem unterliegen Preisempfehlungen unbestrittenermassen keinem Per-se-Verbot.<sup>48</sup> Würde die blosser Befolgung von Preisempfehlungen indessen den Tatbestand einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise erfüllen, wäre dies einem Per-se-Verbot von Preisempfehlungen gleichzusetzen.<sup>49</sup>

Dass die blosser Befolgung vertikaler Preisempfehlungen nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst wird, entspricht auch der ständigen Praxis der Europäischen Kommission:

- Es gibt keine einzige Entscheidung, in welcher die Europäische Kommission vertikale Preisempfehlungen nur aufgrund einer Befolgung als abgestimmte Verhaltensweise bzw. Vereinbarung qualifizierte. Dem *Pronuptia*-Urteil folgend hat die Europäische Kommission bei vertikalen

<sup>44</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. a N 471a; VEELKEN, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG Teil 1, Vertikal-VO N 182; PERTEK, 231. Nicht einschlägig für das Recht der EU ist EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV N 128, da sich diese Textstelle auf horizontale Empfehlungen bezieht, was auch aus der dort zitierten Entscheidpraxis hervorgeht.

<sup>45</sup> BAUDENBACHER, 97 f.; BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 8; AMSTUTZ/REINERT 2004, 88 f.; JACOBS, SJZ 104 (200), 219; im Ergebnis wohl auch grundsätzlich ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 204 f. a.M. für das schweizerische Recht: RPW 2010/4, 662f. Rz. 111 ff. und 661 Rz. 106 f., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra, Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e der Bekanntmachung der Weko über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 180 Rz. 375; WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 184 und wohl auch DOSS, 107 Rz. 186.

<sup>46</sup> A.M. ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 202.

<sup>47</sup> BGH, 14.1.1960, 1960 KRB 12/59, "Kohlenpreise", in: GRUR 7 (1960), 353 ff., 354.

<sup>48</sup> Vgl. (für horizontale Preisempfehlungen) KOMM., 24.6.2004, COMP/A.38549 — Belgische Architektenkammer, Rz. 77.

<sup>49</sup> PERTEK, 231.

Preisempfehlungen untersucht, ob die Empfehlungsempfänger in ihrer Preisgestaltung frei waren, nicht indessen, ob die Preisempfehlungen tatsächlich befolgt wurden.<sup>50</sup>

- Nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 und Art. 4 Bst. a der VO (EU) Nr. 330/2010 sind Preisempfehlungen bis zu 30% Marktanteil des Lieferanten oder Händlers zulässig, auch wenn sie befolgt werden.<sup>51</sup>
- Für Fälle, in denen der Marktanteil des Lieferanten oder Händlers über 30% liegt, enthalten die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen keine gegenteilige Aussage. Bemerkenswert ist diesbezüglich auch, dass der etwas zweideutige Satz in Rz. 227 der Leitlinien aus dem Jahr 2000 "*Unter diesen Bedingungen kann die Praxis, für den Weiterverkauf [...] eine Preisempfehlung auszusprechen, unter Artikel 81 Absatz 1 fallen, wenn sie ein einheitliches Preisniveau bewirkt*" in der Fassung der Leitlinien von 2010 ersatzlos gestrichen wurde.<sup>52</sup> Dies zeigt, dass die Europäische Kommission nicht die Frage als relevant erachtet, ob die Preisempfehlungen befolgt werden, sondern ob sie mit Druck- und Zwangsmassnahmen verbunden sind.

Für das Recht der Schweiz wird zur Verteidigung der Auffassung, dass die Befolgung von Preisempfehlungen für sich allein eine Abrede darstellen könne, angeführt, dass auch bei **horizontalen Preisempfehlungen** geprüft werde, in welchem Ausmass diese befolgt würden.<sup>53</sup> Die analoge Anwendung der Praxis zu horizontalen Preisempfehlungen überzeugt indessen nicht. Denn der Erlass von Verbandsempfehlungen setzt ein horizontales abgestimmtes Verhalten der Verbandsmitglieder voraus bzw. indiziert dieses zu einem gewissen Grade. Wenn z.B. in einer Verbandsversammlung beschlossen wird, Preisempfehlungen an die Verbandsmitglieder abzugeben, ist dies ein Hinweis auf ein abgestimmtes Verhalten unter den zustimmenden Verbandsmitgliedern.<sup>54</sup> Dieses Element der Abstimmung fehlt bei vertikalen Preisempfehlungen.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Exemplarisch: KOMM., 17.12.1986, IV/30.937 – Pronuptia, ABl. 1987 L 13/41 Rz. 12 und 13/44 Rz. 27; KOMM., 17.12.1986, IV/31.428-31.432 – Yves Rocher, ABl. 1987 L 8/53 Rz. 30 und 8/56 Rz. 51; KOMM., 16.12.1985, IV/30.665, - Villeroy & Boch, ABl. 1985 L 376/16 Rz. 7 und 376/19 Rz. 33; EuG, 13.1.2004, T-67/01, JCB Service/Kommission, Slg. 2004, I-101 Ziff. 130.

<sup>51</sup> H.M.: SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. a N 471a; VEELKEN, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG Teil 1, Vertikal-VO N 182.

<sup>52</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010 ABI. 2010 C 130/1ff. Rz. 228.

<sup>53</sup> RPW 2010/4, 661 Rz. 106, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra; ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 197.

<sup>54</sup> Vgl. auch RPW 2000/2, 172 Rz. 29, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC).

<sup>55</sup> AMSTUTZ/REINERT 2004, 88.

Auch die Praxis der Europäischen Kommission unterscheidet diesbezüglich zwischen horizontalen und vertikalen Preisempfehlungen, wobei horizontale Preisempfehlungen strenger als vertikale behandelt werden.<sup>56</sup>

Rechtsvergleichend sei auch der Hinweis erlaubt, dass im US-amerikanischen Recht die Befolgung von vertikalen Preisempfehlungen des Herstellers ebenfalls keine Abrede darstellt.<sup>57</sup>

### E. Massgebliche Beteiligung oder Mitwirkung des Händlers an der Herausgabe der Preisempfehlung?

Nach einer in der Literatur geäusserten Meinung können Preisempfehlungen Teil einer abgestimmten Verhaltensweise darstellen, wenn die Händler an der Herausgabe solcher Preisempfehlungen massgeblich beteiligt waren oder mitgewirkt haben oder diese initiiert haben.<sup>58</sup>

Diese Literaturmeinung verweist auf das Urteil *Van Landewyck/Kommission*.<sup>59</sup> In diesem Urteil wies der EuGH indessen das Argument von Unternehmen zurück, die sich der Anmeldung einer horizontalen Verbandsempfehlung ausdrücklich angeschlossen hatten, wonach die Verbandsempfehlung nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werde, da die Empfehlungen unverbindlich seien. Der EuGH wies darauf hin, dass die vor dem EuGH klagenden Mitglieder des Verbandes der Europäischen Kommission mitgeteilt hätten, dass sie sich der Anmeldung der Empfehlung anschlossen. Überdies hätten die vor dem EuGH klagenden Mitglieder eingeräumt, die Empfehlung befolgt zu haben. Die Empfehlung sei somit ein getreuer Ausdruck des Willens der Verbandsmitglieder, sich auf dem belgischen Zigarettenmarkt der Empfehlung entsprechend zu verhalten.

Das Urteil *Van Landewyck/Kommission* kann aufgrund des Vorstehenden (zumal des Umstandes, dass es sich um horizontale Preisempfehlungen handelte) nicht als Argument für die These dienen, dass Preisempfehlungen Teil

<sup>56</sup> EuGH, 17.10.1972, Rs. 8/72, Vereniging van Cementhandelaren/Kommission, Slg. 1972, 977, Rdnr. 21; EuGH, 8.11.1983, verb. Rs. 96/102, 104, 105, 108 und 110/82, NV IAZ International Belgium/Kommission, Slg. 1983, 3369, Randnr. 22 ff.; EuGH, 28.3.1984, verb. Rs. 29 und 30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA und Rheinink GmbH/Kommission, Slg. 1984, 1679, Randnr. 26; Bekanntmachung der Europäischen Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101/97 Rz. 21 f.

<sup>57</sup> *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29, 44 (1960).

<sup>58</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. a N 420.

<sup>59</sup> EuGH, 19.10.1980, verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, *Van Landewyck/Kommission*, Slg. 1980, 3125 Randnr. 86.

einer abgestimmten Verhaltensweise darstellen können, wenn die Händler an der Herausgabe solcher Preisempfehlungen massgeblich beteiligt waren oder mitgewirkt haben oder diese initiiert haben.

Dies zeigt auch der Umstand, dass EuGH und EuG in den Fällen *Pronuptia* und *VW II* Vertragsklauseln als unbedenklich qualifizierten, in denen festgehalten wurde, dass VW<sup>60</sup> bzw. *Pronuptia*<sup>61</sup> Preisempfehlungen aussprachen. Mit anderen Worten erachteten es EuGH und EuG als unbedenklich, dass sich VW und die Händler bzw. *Pronuptia* und ihre Franchisenehmer darüber geeinigt hatten, dass VW bzw. *Pronuptia* Preisempfehlungen herausgaben. Wenn es unschädlich ist, dass Hersteller und Händler schriftlich vereinbaren, dass der Hersteller Preisempfehlungen ausspricht, muss es auch unschädlich sein, wenn der Hersteller auf Anregung der Händler Preisempfehlungen herausgibt.

Ausgehend von diesen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs muss die Beteiligung oder Mitwirkung des Händlers an der Herausgabe der Preisempfehlung zusätzliche Elemente der Koordination beinhalten, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise die Rede sein kann. Von einer abgestimmten Verhaltensweise wird man z.B. erst dann allenfalls ausgehen dürfen, wenn der Händler den Hersteller überzeugt, dass dieser die empfohlenen Preise bei einem bestimmten Betrag, z.B. CHF 150, festsetzen solle, der Hersteller dieser Aufforderung nachkommt und der Händler den Preis von CHF 150 später einhält.<sup>62</sup>

## F. Geschlossenheit des Vertriebssystems?

Zum Teil scheint die Meinung vertreten zu werden, dass die Geschlossenheit von Vertriebssystemen Preisempfehlungen den Charakter einer abgestimmten Verhaltensweise geben könne.

So vertritt z.B. eine Literaturstelle unter Berufung auf die Entscheidung *Yves Rocher* die Meinung, dass nach der Praxis der Europäischen Kommission die Geschlossenheit des Vertriebssystems und Strenge der Durchsetzung einer Preisdisziplin dazu führen könnten, dass Preisempfehlungen zu einer abgestimmten Verhaltensweise führten.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Vgl. EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Volkswagen/Kommission, Slg. 2003, II-5145 Randnr. 2.

<sup>61</sup> Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts, 19.6.1985, Rs. 161/84, Slg. 1986, 357; EuGH, 28.1.1986, Rs. 161/84, *Pronuptia*, Slg. 1986, 377 Randnr. 6.

<sup>62</sup> Ähnlich wohl ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 204

<sup>63</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Art. 4 lit. a N 420.

Diese Interpretation der Praxis der Europäischen Kommission ist indessen falsch. Der Fall *Yves Rocher* enthält keinen entsprechenden Hinweis. Denn die Europäische Kommission hielt im Fall *Yves Rocher* ausdrücklich fest, dass die Richtpreise, die in den von Yves Rocher an die Franchisenehmer verteilten Katalogen enthalten seien, insoweit unbedenklich seien, als die Franchisenehmer in der Gestaltung ihrer Verkaufspreise frei seien und sich im Verlauf der Untersuchung keine Hinweise auf abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Franchisenehmern ergeben hätten.<sup>64</sup>

Im Sinne der hier abgelehnten Literaturmeinung könnte auf den ersten Blick auch das Urteil des EuG in Sachen *JCB Service/Kommission* gelesen werden. In diesem Urteil findet sich im Zusammenhang mit der Frage, ob JCB Service mit der Herausgabe von Preisempfehlungen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV versties, die Aussage, dass eine Verstärkung der Starrheit der Preisstruktur, die ein Hemmnis für einen wirksamen Preiswettbewerb bilden könne, abgestellt werden müsse.<sup>65</sup> Das EuG berief sich hierbei auf das Urteil *Leclerc/Kommission*. M.E. kann auch diese Aussage des EuG nicht so gelesen werden, dass Preisempfehlungen in starren selektiven Vertriebssystemen zu einer vertikalen Preisabrede führten. Vielmehr ist die Aussage des EuG so zu lesen, dass ein einfaches selektives Vertriebssystem als solches unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, wenn die Zahl der selektiven Vertriebssysteme im relevanten Markt keinen Raum mehr für Vertriebsformen lässt, denen eine andere Wettbewerbspolitik zugrunde liegt, oder wenn sie zu einer Starrheit der Preisstruktur führt, die nicht durch andere Faktoren des Wettbewerbs zwischen Erzeugnissen derselben Marke oder durch das Bestehen eines echten Wettbewerbs zwischen verschiedenen Marken ausgeglichen wird<sup>66</sup> (was vom EuGH allerdings bislang in sämtlichen Fällen verneint wurde).<sup>67</sup>

Allgemein lässt sich aufgrund des Obenstehenden festhalten, dass die Geschlossenheit des Vertriebssystems und Strenge der Durchsetzung einer Preisdisziplin, entgegen einer hie und da durchschimmernden Meinung kein ausreichender Grund ist, um Preisempfehlungen den Charakter einer abgestimmten Verhaltensweise zuzusprechen.

<sup>64</sup> KOMM., 17.12.1986, IV/31.428-31.432 – Yves Rocher, ABl. 1987 L 8/53 Rz. 30 und 8/56 Rz. 51.

<sup>65</sup> EuG, 13.1.2004, T-67/01, *JCB Service/Kommission*, Slg. 2004, II-101 f. Ziff. 131.

<sup>66</sup> EuG, 12.12.1996 in der Rechtssache T-88/92, *Leclerc/Kommission*, Slg. 1996, II-1961 Randnr. 171.

<sup>67</sup> EuG, 12.12.1996 in der Rechtssache T-88/92, *Leclerc/Kommission*, Slg. 1996, II-1961 Randnr. 172 ff. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Feststellung des EuGH, dass allein das Bestehen einer grossen Zahl selektiver Vertriebssysteme für ein bestimmtes Erzeugnis nicht den Schluss zulasse, dass der Wettbewerb im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV beschränkt oder verfälst sei (EuGH, 22.10.1986, Rs. 75/84, *Metro/Kommission*, Slg. 1986, 3085 Randnr. 41).

## G. Weitere von der Weko in Betracht gezogene Faktoren

In der Bekanntmachung der Weko über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 ("Vert-BM 2010") werden zusätzlich zur weitgehenden Befolgung der Preisempfehlung durch die Händler (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. d Vert-BM 2010) weitere Umstände genannt, die Anlass geben können, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. a Vert-BM 2010);
- der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. b Vert-BM 2010);
- der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. c Vert-BM 2010).

Diese Aufzählung orientiert sich an Ziff. 11 Abs. 2 der Bekanntmachung der Weko über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007<sup>68</sup> ("Vert-BM 2007").

Dabei ist allerdings festzuhalten, dass die Weko unter der Vert-BM 2010 offenbar nicht länger davon ausgeht, dass die in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 aufgezählten Umstände Indizien für das Bestehen einer Preisabrede sind:

- In Ziff. 11 Abs. 2 Vert-BM 2007 hielt die Weko noch fest, dass die dort genannten Umstände bei der Prüfung, "ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG vorliegt", relevant seien. Demgegenüber ist in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 nur noch davon die Rede, dass die in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 genannten Umstände "Anlass geben" können, "Preisempfehlungen aufzugreifen". Während die oben genannten Umstände unter der Vert-BM 2007 noch als Indiz für eine Wettbewerbsabrede aufgefasst wurden, wird in der Vert-BM 2010 zwischen den Zeilen festgestellt, dass diese Umstände allenfalls zu einer Untersuchungseröffnung führen können, dass hieraus aber nichts im Hinblick auf das Bestehen einer Abrede abgeleitet werden kann.
- Zugleich hält Ziff. 15 Abs. 2 Vert-BM 2010 unter Hinweis auf den gleichlautenden Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a Vert-BM 2010 fest, dass Preisemp-

<sup>68</sup> BBl 2007 7597 ff.

fehlungen dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Eine entsprechende Aussage fehlt für die in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 aufgeführten Umstände

- In Ziff. 16 Abs. 2 Vert-BM 2010 hält die Weko zusätzlich fest, dass vertikale Abreden unter Vorbehalt der Überschreitung der Marktanteilschwelle von 30% "in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt" gelten. Hiervon ausgenommen sind nur "Abreden nach Ziffer 12 (2) und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen". Ein Verweis auf die in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 genannten "Aufgreifkriterien" fehlt.

Dies bedeutet mit anderen Worten: Die in Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM 2010 genannten Umstände sind nur dann allenfalls von Beachtung, wenn der Marktanteilschwellenwert von 30% überschritten oder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge kumulativer Wirkungen im Sinne von Ziff. 13 Abs. 2 Vert-BM 2010 vorliegt.

Nachfolgend wird gezeigt, weshalb die in Ziff. 15 Abs. 3 Bst. a-c Vert-BM 2010 genannten Umstände auch sonst grundsätzlich unbeachtlich sind, wenn das Bestehen einer Abrede geprüft wird:

### 1. Allgemeinzugänglichkeit der Preisempfehlung

Die allgemeine Zugänglichkeit einer Preisempfehlung nach Ziff. 15 Abs. 3 Bst. a Vert-BM 2010 ist kein Argument gegen das Bestehen einer Abrede. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die allgemeine Zugänglichkeit einer Preisempfehlung ein Faktor sein soll, der einer Preisabrede zwischen Hersteller und Händler entgegen stehen soll, wie das die Weko offensichtlich glaubt.<sup>69</sup>

Überdies geht diese Anforderung klar über das Recht der EU hinaus.<sup>70</sup> Diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass eine allgemeine Weitergabepflicht von Preisempfehlungen den Geheimwettbewerb erschweren kann, was in bestimmten Fällen allenfalls kollusionsfördernd wirken kann.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 7; JACOBS, SJZ 104 (200), 219.

<sup>70</sup> JACOBS, SJZ 104 (200), 219; CLERC, 52.

<sup>71</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Beschränkungen vom 20. April 2010 ABI. 2010 C 130/ff. Rz. 227; HEIZMANN/ZÄCH, recht 2009, 203.

## 2. Ausdrückliche Unverbindlichkeit

Auch das Kriterium, ob die Preisempfehlung ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet wird (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. c Vert-BM 2010), geht über die Anforderungen des Rechts der EU hinaus.<sup>72</sup>

Das Erfordernis der ausdrücklichen Unverbindlichkeit ist auch sachlich unangebracht, weil in der kartellrechtlichen Beurteilung nicht die Form sondern die wirtschaftliche Realität massgebend ist. Wesentlich ist das Verständnis der Parteien, ob die Preisempfehlungen als bindend zu gelten haben oder nicht. Die Bezeichnung der Preisempfehlung ist nur Ausgangspunkt der Untersuchung. Auch wenn z.B. von "Endverkaufspreisen" statt "empfohlenen Preisen" die Rede ist, liegt eine unverbindliche Preisempfehlung vor, wenn es das Verständnis der Parteien ist, dass die betreffenden Preise als unverbindliche Empfehlungen zu verstehen sind.

## 3. Preise im benachbarten Ausland

Schliesslich sind auch die Preise im benachbarten Ausland im Hinblick auf den Nachweis einer Abrede kein schlüssiges Kriterium. Es ist nicht einzusehen, was dieses Kriterium mit dem Vorliegen einer Abrede zwischen Händler und Hersteller zu tun hat.<sup>73</sup>

Zudem ist dieses Kriterium unklar: Was heisst «deutlich höher liegen»? Was heisst «vergleichbare Gegenleistung»? Spielen beispielsweise höhere schweizerische Kosten eine Rolle oder nicht?<sup>74</sup>

## III. Würdigung der Argumentation im Fall *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente*

Im auf S. 22 geschilderten Fall *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente* bejahte die Weko ein abgestimmtes Verhalten im Zusammenhang mit Preisempfehlungen gestützt auf u.a. folgende Faktoren:

- Befolgungsgrad der Preisempfehlungen,
- Früheres kollusives Verhalten ("Sanphar"),

<sup>72</sup> BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 7; CLERC, 52.

<sup>73</sup> BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 7; JACOBS, SJZ 104 (200), 219; AMSTUTZ/REINERT, NZZ 28.8.2007, Nr. 198, S. 25.

<sup>74</sup> AMSTUTZ/REINERT, NZZ 28.8.2007, Nr. 198, S. 25.

- Druck der Apotheken auf die Hersteller zur Herausgabe von Preisempfehlungen,
- Interesse der Hersteller an hoher Händlermarge,
- Eingabe der empfohlenen Preise in die Datenbanken von e-mediat (Gal-dat) und
- fehlende Allgemeinzugänglichkeit der empfohlenen Preise.

Im Folgenden wird untersucht, wie diese Argumente zu würdigen sind.

## A. Befolgungsgrad der Preisempfehlungen

Das Hauptargument der Weko ging dahin, dass die Publikumspreisempfehlungen ("PPE") von ca. 81.7% der SD-Ärzte und 89.3% der Apotheken befolgt wurden.<sup>75</sup>

Dieses Argument ist aus folgenden Gründen nicht überzeugend:

### 1. Widerspruch zum EU-Recht

Einmal steht das Argument des Befolgungsgrades in deutlichem Widerspruch zur Praxis des EU-Rechts (s. oben S. 34ff.). Diese Abweichung vom EU-Recht wird nicht überzeugend begründet:

Zunächst weist die Weko auf ihre Praxis bezüglich horizontaler Preisempfehlungen hin.<sup>76</sup> Dieser Hinweis ist wie auf S. 36f. ausgeführt nicht überzeugend, da der Erlass von Verbandsempfehlungen auf einem abgestimmten Verhalten der Vereinsmitglieder beruht oder dieses zumindest indiziert, was bei vertikalen Preisempfehlungen aber nicht der Fall ist.

Zudem verweist die Weko auf Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e) Vert-BM 2007, die die Befolgung von Preisempfehlungen als Umstand bezeichnete, der bei der Beurteilung von Preisempfehlungen im Hinblick auf Art. 5 KG massgebend sei. Auch dieser Hinweis überzeugt nicht, da Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e) Vert-BM 2007 ja dem EU-Recht widersprach.

<sup>75</sup> RPW 2010/4, 662 Rz. 111 ff., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>76</sup> RPW 2010/4, 661 Rz. 106, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

## 2. Änderung der Praxis der Weko in der Vert-BM 2010

Der Hinweis auf Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e) Vert-BM 2007 ist zumindest im Rückblick auch deshalb belanglos, weil die Weko das Kriterium der Befolgung in der Vert-BM 2010 aufgegeben hat bzw. im Zusammenhang mit der Begründung einer Abrede nun selbst als irrelevant betrachtet (siehe hierzu oben S. 40f.).

## 3. Befolgung nicht alleiniger Grund für Bestehen eine Abrede

Die Weko machte in der Verfügung ausserdem geltend, dass sie nicht alleine aufgrund des Befolgungsgrads auf das Bestehen einer Abrede erkannt habe.<sup>77</sup>

Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass auch die anderen Argumente der Weko für das Bestehen einer Abrede nicht stichhaltig sind.

## 4. Unmöglichkeit, Abrede zwischen den Hersteller und einzelnen Apothekern zu erstellen

Ein weiterer Kritikpunkt ist der Argumentation der Weko ist, dass die Weko an anderer Stelle festhielt, dass es jeden vernünftigen Rahmen sprengen würde, rechtsgenügend und unter Nennung von konkreten Namen festzustellen, welche Verkaufsstellen die PPE befolgt hätten und welche nicht.<sup>78</sup>

Es ist widersprüchlich, eine Abrede anzunehmen, wenn deren Teilnehmer nicht eruiert werden können. Die Argumentation der Weko läuft überspitzt formuliert auf die Aussage hinaus "Es besteht eine Abrede, aber wir wissen nicht zwischen wem". Ein solches Vorgehen genügt den Erfordernissen an die Begründungspflicht und die Erfüllung des erforderlichen Beweismasses nicht.

## 5. Übertrieben dargestellter Befolgungsgrad

Zudem spricht einiges dafür, dass die Befolgungsgrad von der Weko übertrieben hoch dargestellt wurde.

<sup>77</sup> RPW 2010/4, 661 Rz. 109 und 663 Rz. 122, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>78</sup> RPW 2010/4, 699 Rz. 382 f., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Einmal enthält der Befolgungsgrad von über 80% auch Verkaufsstellen, dieangaben, die PPE grundsätzlich zu befolgen, aber darauf Rabatte zu gewähren. Dies geht klarerweise zu weit. Händler, die Rabatte auf die empfohlenen Preise gewähren, befolgen diese gerade nicht.<sup>79</sup>

Überdies ergab ein von RBB verfasstes ökonomisches Parteigutachten, dass der Befolgungsgrad der PPE je nach Marke und Jahr nur 20.6% bis 68.1% betrug.<sup>80</sup> Bei Zugrundelegung der impliziten Durchschnittspreise (Umsatz geteilt durch Verkaufsmenge pro Verkaufsstelle) ergab sich nach dem Gutachten von RBB je nach Marke und Jahr ein Befolgungsgrad von nur 37.8% bis 44.6%.<sup>81</sup>

Auch wenn man darauf abstellt, wie viele Packungen zu den empfohlenen Preisen verkauft wurden (was den Befolgungsgrad tendenziell erhöht), ergeben sich selbst nach Berechnung der Weko je nach Art der Verkaufsstelle (Apotheker oder selbstdispensierende Ärzte) und Jahr deutlich tiefere Befolgungsgrade, nämlich 63.5% bis 72.8%.<sup>82</sup>

Zudem ist fraglich, ob die Berechnung des Befolgungsgrads wirklich auf einer hinreichend genauen Grundlage beruhte. Einmal war die Fragestellung in den Fragebogen zumindest teilweise unklar. So z.B. ist aus der Frage "Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?"<sup>83</sup> nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass es um den Befolgungsgrad der Preisempfehlung für die drei Medikamente geht. Zudem unterschied die Weko in ihren Fragebogen offensichtlich nicht zwischen den drei Medikamenten. Schliesslich waren die Antworten lückenhaft.<sup>84</sup>

## B. Früheres kollusives Verhalten ("Sanphar")

Ein weiteres Argument der Weko zur Begründung einer Abrede ist, dass eine der Grundideen des im Jahr 2000 verbotenen Branchenkartells Spanphar, nämlich dessen Margenordnung, in den Preisempfehlungen überlebt habe. Denn die aus der PPE resultierende Marge für die Verkaufsstellen werde immer noch unter Anwendung der damaligen Margenordnung berechnet.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> HEIZMANN/ZÄCH, recht 2009, 204.

<sup>80</sup> RPW 2010/4, 662 Rz. 116, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>81</sup> RPW 2010/4, 676 Rz. 207, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>82</sup> RPW 2010/4, 675ff. Rz. 205 ff., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>83</sup> RPW 2010/4, 662 Rz. 112 FN 154 und Rz. 155, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>84</sup> RPW 2010/4, 662 Rz. 112 FN 153, 675 Rz. 205 FN 263, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra,

<sup>85</sup> RPW 2010/4, 664 Rz. 125, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Pfizer habe im Jahr 2004 die Absicht angekündigt, die PPE nicht mehr nach der Marktordnung zu berechnen, sondern nach der Formel des BAG für Medikamente auf der Spezialitätenliste (SL) (die eine wesentlich geringere Marge vorsieht). In Reaktion auf Proteste der Apotheken habe Pfizer zunächst gar keine PPE mehr veröffentlicht. Da dies indessen nur noch heftigere Reaktionen der Apotheken ausgelöst habe, habe Pfizer wieder die alte PPE herausgegeben.<sup>86</sup>

Das Argument der Fortsetzung eines früheren kollusiven Verhaltens erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig:

Die sich aus den PPE und der nach der Margenordnung von Sanphar ergebenden Margen sind gemäss den Ausführungen der Weko **unterschiedlich** (-0.5% bis 7.5% Differenz zur Sanphar-Marge).<sup>87</sup> Auch das Gutachten von RBB kommt in einer Margendispersionsanalyse zum Schluss, dass die Margen für Viagra und Cialis unter der Sanphar-Marge liegen.<sup>88</sup> Die Weko legte bei ihrem Hinweis auf Sanphar grossen Wert darauf, dass die Preise nach SL-System und den gegenwärtigen PPE unterschiedlich seien (-11% bis -18.3%).<sup>89</sup> Dies ist aber belanglos, da die Spezialitäten-Liste kassenpflichtige Medikamente erfasst, bei denen die Margen staatlich tiefgehalten werden (vgl. Art. 67 KVV).

Levitra und Cialis kamen 2003 bzw. 2004 auf den Markt, d.h. nach der Aufhebung von Sanphar (im Jahr 2000). Auch insoweit ist das Argument des Überlebens der Margenordnung von Sanphar ungläubwürdig.

Die Weko scheint denn auch nicht behaupten zu wollen, dass die PPE eine Fortsetzung von Sanphar darstellten (in welchem Fall sich zusätzlich die Frage von Sanktionen gemäss Art. 50 KG gestellt hätte). Die Weko spricht vielmehr etwas unverbindlich davon, dass eine der Grundideen von Sanphar überlebt hätte.<sup>90</sup> Damit verliert das Argument des früheren kollusiven Verhaltens indessen seine (ohne schon schwache) Aussagekraft.

<sup>86</sup> RPW 2010/4, 664 Rz. 126, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>87</sup> RPW 2010/4, 667 Rz. 139 Tabelle 4, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>88</sup> RPW 2010/4, 666 Rz. 138, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>89</sup> RPW 2010/4, 664 Rz. 126 Tabelle 3, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>90</sup> RPW 2010/4, 663f. Rz. 124 und Rz. 125, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Auch der Hinweis auf den Streit zwischen Pfizer und den Apothekern führt zu keinem anderen Schluss, da die Margen aus den PPE und gemäss Margenordnung von Sanphar unterschiedlich sind.

### C. Druck der Apotheken zur Herausgabe von PPE

Ein weiteres Argument der Weko für das Bestehen einer Abrede war, dass die Apotheken Druck auf die Hersteller ausüben würden, PPE zu kommunizieren. Als Beispiel wird die auf S. 46 beschriebene heftige Reaktion der Apotheken auf die Ankündigung von Pfizer im Jahr 2004 genannt, keine PPE mehr für Hors-Liste Medikamente herausgeben zu wollen.<sup>91</sup>

Dieses Argument wäre nach dem oben auf S. 37f. Ausgeführten allenfalls ansatzweise geeignet gewesen, um als Basis für den Beweis einer Abrede zu dienen. Erforderlich wäre hierzu allerdings der Nachweis gewesen, dass die Herausgabe einer zahlenmässig bestimmten PPE tatsächlich Teil einer Vereinbarung zwischen der betreffenden Apotheke und Pfizer darstellte. Dieser Nachweis wurde indessen von der Weko nicht erbracht:

Zunächst hätte die Weko dartun müssen, welche Apotheken mit welchen Drohungen auf Pfizer zuzugingen. Weiter wäre dann darzutun gewesen, dass die Apotheken auf Pfizer Druck ausgeübt hätten, um einen bestimmten Preis als PPE auszusprechen. Schliesslich hätte die Weko beweisen müssen, dass sich dann die betreffenden Apotheken tatsächlich an die empfohlenen Preise gehalten hätten. Diesen Beweis hat die Weko indessen weder geführt noch erbracht. Neben dem mit einer solchen Beweisführung verbundenen Aufwand dürfte ein Grund vielleicht auch gewesen sein, dass diese Beweisführung nur das Bestehen einer vertikalen Preisbindungsabrede zwischen Pfizer und den betreffenden Apotheken, nicht indessen auch im Hinblick auf die übrigen Marktteilnehmer dargetan hätte.

Die Argumentation der Weko ist auch insofern widersprüchlich, als die Weko zwar den Druck der Apotheker zur Herausgabe von PPE als Argument für das Bestehen einer Abrede verwendete, aber nicht einmal versuchte, die betreffenden Apotheken ausfindig zu machen und diesen eine Busse aufzuerlegen, sondern einzig und allein die Hersteller büsste.<sup>92</sup> Nicht einmal die Verfahrenskosten wurden den Apotheken anteilig auferlegt.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> RPW 2010/4, 666 Rz. 136, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>92</sup> RPW 2010/4, 699 Rz. 382 ff., Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>93</sup> RPW 2010/4, 700 Rz. 397, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Dieser Verstoß gegen das Gebot der Rechtsgleichheit hat zudem einen von der Weko nicht bedachten Nebeneffekt: Die ungerechtfertigte rechtsungleiche Behandlung von Hersteller und Händler verunmöglicht es einem Hersteller, Preisempfehlungen abzuschaffen, wenn dessen Kunden (d.h. die Händler) dagegen sind. Da der Hersteller im Ergebnis die **kartellrechtlichen Risiken der Unzulässigkeit von Preisempfehlungen alleine zu tragen hat**, hat der Handel keinerlei Anreiz an deren Aufhebung. Der Handel kann zudem seinem Wunsch nach Preisempfehlungen straflos mit Boykottandrohungen und ähnlichem Nachdruck verschaffen. Auch Versuche von Herstellern zur Abschaffung von Preisempfehlungen werden in Zukunft unterbleiben, da der Hersteller befürchten muss, dass er im Falle des Widerstands der Händler und einem dadurch notwendigen Einlenken gegenüber dem Begehren des Handels nach Preisempfehlungen ein Argument für das Bestehen einer Abrede schafft.

#### D. Interesse der Hersteller an hoher Händlermarge

Ein weiteres Argument der Weko zur Begründung der Abrede war, dass die Hersteller ein Interesse an PPE hätten. Denn die Apotheken hätten aufgrund der PPE höhere Margen, was dazu führe, dass die Ex-factory Preise der Hersteller nicht in Frage stellen würden.<sup>94</sup>

Auch dieses Argument überzeugt nicht:

Einmal ist die Argumentation der Weko beweismässig nicht weiter belegt, sondern beruht auf blossen Behauptungen. Sachverhaltsmässig ist zumindest zu bedenken, dass die Hersteller in Anbetracht des Interbrand-Wettbewerbs und fehlender Kassenpflicht kein Interesse haben, ihre Ex-factory Preise künstlich zu erhöhen. Denn dies hätte Absatzeinbussen zur Folge.

Zudem ist das Argument untauglich, um das Bestehen einer Abrede zu beweisen. Selbst wenn die Argumentation der Weko richtig wäre, ist festzuhalten, dass gleichläufige Interessen kein hinreichendes Argument für das Bestehen eines abgestimmten Verhaltens darstellen.

#### E. Eingabe der PPE in die Datenbanken von e-mediast

Die Weko machte überdies geltend, dass die PPE in die Datenbanken der e-mediast (Pharmavista und Galdat) (einer Tochtergesellschaft der Galenica-

<sup>94</sup> RPW 2010/4, 666 Rz. 137, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Gruppe) eingegeben und mit dem EAN-Code des entsprechenden Artikels verbunden würden. Sei die Apotheke an Galdat angeschlossen, würde beim Scannen des EAN-Codes an der Kasse das Arzneimittel identifiziert und die entsprechende PPE automatisch in die Kasse eingelesen. Galdat werde von der überwiegenden Mehrheit der Apotheken benutzt.<sup>95</sup>

Auch dieser Umstand ist kein Argument für das Bestehen einer Abrede:

Einmal können die in Galdat eingegebenen Preise von Apotheken in ihren Systemen ohne Weiteres geändert werden.

Zudem wäre dieses Argument der Weko nur dann von einer gewissen (aber für sich allein nicht ausreichenden) Indizkraft, wenn erstellt wäre, dass an Galdat angeschlossene Apotheken einen höheren Befolgungsgrad hatten als nicht an Galdat angeschlossene. Ob dem tatsächlich so war, hat die Weko indessen nicht untersucht.

Schliesslich ist ganz grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass es Dritten (wie Galenica) erlaubt sein muss, Preisdaten zu sammeln und zur Verfügung zu stellen.<sup>96</sup>

#### F. Fehlende Allgemein zugänglichkeit der PPE

Schliesslich machte die Weko sinngemäss geltend, die PPE seien nicht – wie in Art. 11 Abs. 2 Bst. a Vert-BM 2007 gefordert – in allgemein zugänglicher Weise abgegeben worden.<sup>97</sup>

Dieses Argument ist aus folgenden Gründen unrichtig:

Einmal ist die fehlende allgemeine Zugänglichkeit einer Preisempfehlung kein Argument für das Bestehen einer Abrede.<sup>98</sup>

Zudem werden (wie auch die Weko einräumt) die PPE im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz publiziert, das auch über das Internet zugänglich ist.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> RPW 2010/4, 654 Rz. 41 ff., 663 Rz. 119, 668 Rz. 152, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>96</sup> Vgl. auch BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 153 ff.

<sup>97</sup> RPW 2010/4, 667f. Rz. 145, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

<sup>98</sup> BSK KG-NEFF, Ziff. 11 Vert-BM N 7.

<sup>99</sup> RPW 2010/4, 667f. Rz. 145, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra.

Schliesslich fragt sich, ob dieses von der Weko geltend gemachte Kriterium in Anbetracht des von der Weko ebenfalls erwähnten Verbots der Publikumswerbung (Art. 14 AWW) im Lichte von Art. 3 Abs. 1 KG überhaupt Geltung beanspruchen kann.

#### IV. Schlussfolgerungen

Schlussfolgernd lässt sich festhalten, dass die Begründung der Weko, weshalb im Fall *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente* eine Abrede vorlag, nicht überzeugt. Die Weko erbringt keinen rechtsgenügenden Nachweis für das Bestehen einer Abrede zwischen einzelnen Apotheken und dem Hersteller. Darüber hinaus ist die Begründung der Abrede mit dem EU-Recht nicht vereinbar, weil auf Faktoren wie den Befolgungsgrad oder die Allgemeinzugänglichkeit der PPE abgestellt wird. Die Begründung des Vorliegens einer Abrede stützt sich zudem auf beweismässig nicht weiter belegte Argumente wie z.B. die Fortsetzung der Margenordnung von Sanphar oder das herstellerseitiges Interesse an einer grossen Händlermarge. Überhaupt ist der Fall zumal im Europäischen Umfeld sehr singulärer Natur, da die PPE, wie auch die Weko eingestanden, seitens der Hersteller weder mit Druckausübung noch mit Gewährung von Anreizen verbunden waren. Schliesslich stört die rechtungleiche Behandlung der Hersteller gegenüber den Apotheken.

Die Verfügung der Weko im Fall *Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente* hat viel Rechtsunsicherheit geschaffen. Sollte sie von den Rechtsmittelinstanzen nicht aufgehoben werden, wird sie ein De-facto-Verbot für Preisempfehlungen bedeuten. Denn der Hersteller darf dann Preisempfehlungen nur noch aussprechen, wenn er sicher ist, dass sie nicht befolgt werden. Dies ist jedoch im Voraus unmöglich zu prognostizieren. Einem Hersteller bliebe damit nichts Anderes übrig, als keine Preisempfehlungen mehr auszusprechen.<sup>100</sup>

#### Literatur

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER).
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI, *Vorurteile gegen Preisempfehlungen - Problematische Politik der Wettbewerbskommission*, NZZ 28. August 2007, Nr. 198, S. 25

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI: *Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG*, in: WALTER STOFFEL/ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen*, Zürich (zit. AMSTUTZ MARC/REINERT MANI 2004).
- ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments (Sixth)*, Chicago 2007
- BANKS THEODORE L., *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, Bd. 1, 2. Aufl., New York/Gaithersburg 2003.
- BAUDENBACHER CARL, *Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement*, St. Gallen 2008.
- CLERC EVELYNE, *Les recommandations de prix en droit de la concurrence: le temps de l'approche économique est-il arrivé?*, in: Zen-Ruffinen (Hrsg.), *Le temps et le droit*, Basel 2008
- DOSS ANDREA, *Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Diss. Zürich, 2009.
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1, EG Teil 1, München 2007 (zit. Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG Teil 1*).
- JACOBS RETO, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht /Le Point sur le droit de la concurrence et des cartels*, SJZ 106 (2010), 216 ff.
- JACOBS RETO, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht /Le Point sur le droit de la concurrence et des cartels*, SJZ 104 (2008), 218 ff.
- KRAUSKOPF PATRICK/GRABER ANDREA, *Die neue Vertikalbekenntmachung . Ein Leitfaden für Praktiker*, sic! 2008, 781 ff.
- PERTEK FRANZISKA ULRIKE, *Der Begriff der Vereinbarung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV im Rahmen von scheinbar einseitigen Massnahmen*, Konstanz 2007.
- SCHULTZE JÖRG-MARTIN/PAUTKE STEPHANIE/WAGENER DOMINIQUE, *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar*, 2. A., Frankfurt a.M. 2008.
- WEBER ROLF H./ZEIER PRISKA, *Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht*, ZWeR 2005, 178 ff.
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2.A., Bern 2005.
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., *Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Recht*, recht 2009, 194 ff.

<sup>100</sup> G.L.M. JACOBS, SJZ 106 (2010) 220.