

Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

(VertBek-Erläuterungen)

vom 12. Dezember 2022

Zweck der Erläuterungen

1. Nachfolgende Erläuterungen dienen als Auslegehilfe für die Regeln der Vertikalbekanntmachung (VertBek)¹. Fokussiert werden praxisrelevante Fragestellungen, für die eine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden besteht. Die Erläuterungen enthalten somit nicht zu jeder Regel der Vertikalbekanntmachung Ausführungen und auch keine zusätzlichen Regeln. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Erläuterungen bei Bedarf anzupassen.
2. Die Erläuterungen lehnen sich an die EU-Vertikalleitlinien² an, welche gemäss Erw. VII. VertBek – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – analog auch für die Schweiz gelten.³ Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Rechtssicherheit wird der Wortlaut der EU-Vertikalleitlinien in den vorliegenden Erläuterungen möglichst übernommen, soweit darauf Bezug genommen wird.

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12, 14 Bst. a VertBek)

Grundsatz

3. Unternehmen, die an einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG⁴ beteiligt sind, werden nach Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert. Unzulässig und folglich sanktionierbar sind sowohl jene vertikalen Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen (Art. 5 Abs. 4 KG; Art. 12 VertBek), als auch Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG; Art. 14 Bst. a VertBek).⁵ Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 4 KG; Art. 12 VertBek).

Vertikale Preisabreden (Preisbindung der zweiten Hand; Art. 12 VertBek)

4. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass zwischen der Anbieterin und ihren Abnehmerinnen im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen ein «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken» im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (Art. 1

¹ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 (BBI [Jahr] [Nummer]), abrufbar unter www.weko.admin.ch unter der Rubrik «Rechtliches / Dokumentation»; «Bekanntmachungen / Erläuterungen».

² Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI C 248, 30.6.2022, S. 1–85 (EU-Vertikalleitlinien).

³ Vgl. hierzu auch BGE 143 II 297, 326 ff. E. 6.2.3, *Gaba*.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ BGE 143 II 297, 342 f. E. 9.4.6, *Gaba*.

VertBek) besteht. In Frage kommen jegliche Formen des «bewussten und gewollten Zusammenwirkens» von abgestimmten Verhaltensweisen bis hin zu ausdrücklichen (mündlichen oder schriftlichen) Vereinbarungen.⁶

5. Die vertikale Preisabrede kann durch direkte Mittel angewendet werden. Dies trifft auf Vertragsklauseln oder abgestimmte Verhaltensweisen zu, mit denen unmittelbar der Preis festgesetzt wird, den die Abnehmerin ihren Kundinnen und Kunden in Rechnung stellen muss, oder die es der Anbieterin erlauben, den Weiterverkaufspreis festzulegen oder die es der Abnehmerin verbieten, unter einem bestimmten Preisniveau zu verkaufen.⁷ Die Beschränkung ist auch dann eindeutig, wenn eine Anbieterin eine Preiserhöhung verlangt und die Abnehmerin diesem Verlangen nachkommt.⁸

6. Eine vertikale Preisabrede kann auch durch indirekte Mittel angewendet werden, z. B. durch Anreize zur Einhaltung eines Mindestpreises oder durch negative Anreize zur Abweichung von einem Mindestpreis. Die folgenden Beispiele stellen eine nicht abschliessende Liste solcher indirekten Mittel dar:

- Festlegen der Wiederverkaufsmarge;
- Festlegen eines Rabatts, den die Händlerin auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewähren darf;⁹
- Festlegen von Bestimmungen, nach denen das Gewähren von Rabatten oder das Erstaten von Werbeaufwendungen durch die Anbieterin von der Einhaltung eines vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht wird;
- Festlegen von Mindestwerbepreisen (minimum advertised prices), wodurch es der Händlerin untersagt ist, mit Preisen unterhalb eines bestimmten von der Anbieterin festgelegten Preisniveaus zu werben;
- Binden des vorgeschriebenen Weiterverkaufspreises an die Weiterverkaufspreise von Wettbewerbern;
- Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzen von Lieferungen bzw. Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus.¹⁰

7. Höchstverkaufspreise sind vertikale Preisabreden, wenn sie sich infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.¹¹

8. Bei Preisempfehlungen von Anbieterinnen an Wiederverkäuferinnen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertikale Preisabrede vorliegt. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte relevant:

⁶ BGE 147 II 72, 77 E. 3.2 f. und 3.4.1, *Pfizer*; vgl. auch RPW 2016/3, 731 Rz 75 f., *Saiteninstrumente*.

⁷ RPW 2019/4, 1146 Rz 45, *Stöckli Ski*.

⁸ EU-Vertikalleitlinien, Rz 186.

⁹ BGE 144 II 246, 260 E. 7.3, *Altimum*; RPW 2017/2, 288 Rz 48, *Husqvarna*; RPW 2016/2, 400 Rz 141, *Altimum*.

¹⁰ EU-Vertikalleitlinien, Rz 187.

¹¹ Vgl. Artikel 4 Buchstabe a Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 2022 L 134/4) (Vertikal-GVO); EU-Vertikalleitlinien, Rz 188.

- Preisempfehlungen, die weder den Tatbestand der Vereinbarung noch den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (einseitige Preisempfehlungen), sind kartellrechtlich unbedenklich. Mit anderen Worten sind Preisempfehlungen, die vom Anbieter einseitig abgegeben werden, wie etwa Preisempfehlungen, die in Katalogen festgeschrieben werden, ohne weitere Hinweise auf eine Abstimmung kartellrechtlich unbedenklich.¹²
- Entscheidend ist, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung; liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen.¹³ Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolgungsgrad). Zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ist ein Kausalzusammenhang notwendig.¹⁴ Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann.¹⁵ Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlungen ergeben.¹⁶ Eine solche Abstimmung kann vorliegen, wenn beispielsweise Preisempfehlungen von Herstellerinnen oder Lieferantinnen wiederholt in die Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden.¹⁷ Ist eine Vereinbarung oder Abstimmung zu bejahen, ist nicht massgebend, wenn die Preisempfehlung als «unverbindlich» oder als «für das Publikum bestimmt» bezeichnet wird.¹⁸
- Abgestimmte Verhaltensweisen über Preisempfehlungen sind vertikale Preisabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolgungsgrads tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.¹⁹
- Eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG ist eine vertikale Preisabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG, wenn sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.²⁰
- Eine als Preisempfehlung getarnte vertikale Preisabrede wird von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst (Art. 12 Abs. 3 VertBek).

9. Insbesondere folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- der Umstand, dass Herstellerinnen oder Lieferantinnen Druck auf Wiederverkäuferinnen und Händlerinnen ausüben, damit die Preisempfehlungen eingehalten werden;
- der Umstand, dass Herstellerinnen oder Lieferantinnen den Wiederverkäuferinnen und Händlerinnen Anreize gewähren, damit die Preisempfehlungen eingehalten werden;

¹² BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹³ BGE 147 II 72, 86 E. 4.3, *Pfizer*.

¹⁴ BGE 147 II 72, 78 ff. E. 3.4, *Pfizer*.

¹⁵ BGE 147 II 72, 89 E. 4.5.1, *Pfizer*.

¹⁶ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, *Pfizer*.

¹⁷ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹⁸ BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹⁹ BGE 147 II 72, 103 ff. E. 6.4.4, 105 E. 6.5, *Pfizer*.

²⁰ Vgl. Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO.

- der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen befolgt wird;
- der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen;
- der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellerinnen oder Lieferantinnen in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland.

Vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz (Art. 12 VertBek)

10. Ein absoluter Gebietsschutz im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG erfordert zunächst das Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (Art. 1 VertBek). Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes in Artikel 5 Absatz 4 KG setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung,²¹ drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.²² Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen; derartige Klauseln finden sich z. B. in Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträgen.²³ Erfasst werden nicht nur schriftliche Vertragsklauseln, sondern sämtliche Arten und Formen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 1 VertBek über einen absoluten Gebietsschutz (z. B. auch Konditionenblätter und mündliche Vereinbarungen). Gefordert wird nicht eine bestimmte Art von Vertriebsvertrag wie ein Alleinvertriebs- oder Selektivvertriebsvertrag (Art. 4 und 5 VertBek).²⁴ Unabhängig von der Art des Vertriebssystems kann das Gebiet somit entweder einer einzelnen oder mehreren Händlerinnen gleichzeitig zugewiesen worden sein.²⁵ Dabei genügt bei Vorliegen eines Alleinvertriebssystems die Zuweisung des Gebiets der Schweiz; die Zuweisung anderer Gebiete im Ausland an andere Händlerinnen ist nicht erforderlich.²⁶ Die Gebietszuweisung kann direkt oder indirekt (vgl. unten Rz 12) erfolgen.²⁷ Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z. B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten.²⁸ Allerdings ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (Art. 3 VertBek) durch gebietsfremde Vertriebspartnerinnen in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung von aktiven Verkäufen (Art. 2 VertBek).²⁹ Als

²¹ BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²² BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

²³ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, 331 f. E. 6.4.1, *Gaba*.

²⁴ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁵ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 7.5, *Diffulivre/WEKO*.

²⁷ BGE 143 II 297, 329 f. E. 6.3.2, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁸ RPW 2018/2, 366 Rz 39, *RIMOWA*; vgl. auch BGE 148 II 25 E. 8.2, *Dargaud/WEKO* m.w.Hw.

²⁹ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5, *Gaba*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

Form des Passivverkaufs gilt auch der Verkauf infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren (im offenen und selektiven Verfahren³⁰)³¹ oder privaten Aufforderungen zur Interessenbekundung.³²

11. Beispiele für Abreden über einen absoluten Gebietsschutz sind Vereinbarungen zwischen Herstellerinnen und ihren Vertriebspartnerinnen, wonach den Vertriebspartnerinnen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das Gebiet des EWR bzw. ein Gebiet im EWR zugewiesen wird und gleichzeitig Verkäufe aus dem EWR bzw. aus einem Gebiet des EWR heraus ausgeschlossen werden.³³ Derartige vertragliche Exportverbote führen zum Ausschluss von passiven Verkäufen an Händlerinnen und Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz. Als absolute Gebietsschutzabreden gelten auch Beschränkungen des passiven Verkaufs von zugelassenen Händlerinnen in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb selektiv organisiert ist, an Händlerinnen in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb offen bzw. frei organisiert ist.³⁴

12. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise umgesetzt werden (Art. 12 Abs. 2 VertBek).³⁵ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händlerinnen dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z. B. durch die Verweigerung oder Reduzierung von Prämien oder Rabatten, Einstellung der Lieferung, Beschränkung oder Verringerung der Liefermengen, Drohung, die vertikale Vereinbarung zu kündigen oder nicht zu verlängern und die Berechnung höherer Händlerpreise für auszuführende Produkte.³⁶ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlerinnen auf direkt oder parallel importierten³⁷ Produkten erbracht werden.³⁸ Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.³⁹

Sachverhalte, die den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG nicht erfüllen

13. Folgende Sachverhalte erfüllen für sich allein genommen den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG nicht:

³⁰ Vgl. Art. 18 und 19 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

³¹ RPW 2017/1, 98 ff. Rz 32 ff., *Eflare*, RPW 2016/3, 654 Rz 4 f., *Flügel und Klaviere*.

³² EU-Vertikalleitlinien, Rz 215.

³³ BGE 144 II 194, 204-205 E. 6.4, *BMW*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2021/4, 844 Rz 53, *Pöschl Tabakprodukte*; RPW 2018/2, 365 Rz 29ff., 366 Rz 41 f., *RIMOWA*.

³⁴ Vgl. RPW 2016/2, 479 Rz 315, *Nikon*.

³⁵ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

³⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 204; RPW 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; RPW 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.

³⁷ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händlerinnen Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der von der Herstellerin vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

³⁸ Vgl. BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2016/3, 881 Rz 100, *Umfrage Motion Hess*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 204 Bst. I.

³⁹ Auf Schweizer Praxis beruhende Regelung; vgl. BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; vgl. auch RPW 2019/4, 1165 Rz 69, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

- Verbote des Passivverkaufs zulasten der Herstellerin:⁴⁰ Die Verpflichtung ausländischer Herstellerinnen gegenüber der Schweizer Generalimporteurin, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz diese an die Schweizer Generalimporteurin zu verweisen, stellt keine absolute Gebietschutzabrede dar.⁴¹
- Konzerninterne Sachverhalte: Eine Wettbewerbsabrede setzt eine Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von mindestens zwei voneinander unabhängigen Unternehmen voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Bei konzerninternen Absprachen wird diese Voraussetzung nicht erfüllt. Dies bedeutet, dass Artikel 5 Absatz 4 KG auf konzerninterne vertikale Preisabsprachen und absolute Gebietschutzabsprachen nicht anwendbar ist.⁴² Keine Wettbewerbsabrede ist etwa der Verweis eines ausländischen Unternehmens an die gruppenzugehörige Gesellschaft in der Schweiz, wenn es unaufgeforderte Bestellanfragen von Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz erhält.
- Reine internationale Preisunterschiede ohne Hinweise auf vertikale Preisabreden oder Abreden über einen absoluten Gebietsschutz fallen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 4 KG.
- Beschränkungen von passiven Verkäufen an bestimmte Kundengruppen werden nicht von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst.
- Sind passive Verkäufe zulässig, aktive dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind nicht im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG ausgeschlossen (vgl. oben, Rz 9).⁴³ Abgesehen von den in Artikel 15 Buchstabe b bis d VertBek genannten Ausnahmen werden Beschränkungen von Aktivverkäufen indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet.

Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen (Art. 14 Bst. a VertBek)

14. Das Kriterium der Erheblichkeit ist eine Bagatellklausel. Bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁴⁴ Die in Artikel 5 Absatz 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d. h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG.⁴⁵ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.⁴⁶ Dabei genügt es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁴⁷ Das heisst, ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht

⁴⁰ Auf Schweizer Praxis beruhende Regelung, soweit sie sich nur auf die Herstellerin, jedoch nicht auf alle Anbieterinnen, bezieht; vgl. BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 9.1, 9.4 und 9.5, *Flammarion/WEKO*; RPW 2010/4, 796 E. 3.3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

⁴¹ BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 9.1, *Flammarion/WEKO*; vgl. auch RPW 2018/2, 243 Rz 54 f., *gym80*.

⁴² Vgl. BGer 2C_43/2020 vom 21.12.2021, E. 7.3, *Dargaud/WEKO* (nicht publ. in BGE 148 II 25); BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 6.2 f., *Dargaud/WEKO*. Zu beachten sind jedoch gegebenenfalls die Bestimmungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, einschliesslich der relativen Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 und 2bis KG, Art. 7 KG; BGer 2C_39/2020 vom 3.8.2022, E. 6.2.7, *Diffulivre/WEKO*; BGer 2C_43/2020 vom 21.12.2021, E. 7.4, *Dargaud/WEKO*).

⁴³ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5, *Gaba*.

⁴⁴ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6, *Gaba*.

⁴⁵ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6, *Gaba*; BGE 144 II 194, 198 f. E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246, 262 E. 10.1, *Altimum*.

⁴⁶ BGE 143 II 297, 315 f. E. 5.2.1, 324 f. E. 5.5, *Gaba*.

⁴⁷ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4, 325 E. 5.6, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.3.2, *BMW*.

erforderlich.⁴⁸ Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gemäss Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG sind vorbehältlich einer im Einzelfall zu prüfenden Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG; Art. 18 VertBek) unzulässig.⁴⁹

Selektive Vertriebssysteme (Art. 5, 15 Bst. b, c, 16, 17, 18 VertBek)

Selektionskriterien (Art. 5 VertBek)

15. Die von der Anbieterin für die Auswahl der Händlerinnen angewandten Kriterien können qualitativer und/oder quantitativer Art sein. Mit quantitativen Kriterien wird die Zahl der Händlerinnen unmittelbar begrenzt, indem beispielsweise eine feste Zahl von Händlerinnen vorgeschrieben wird. Qualitative Kriterien begrenzen die Zahl der Händlerinnen mittelbar durch Bedingungen, die nicht von allen Händlerinnen erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen. Qualitative Kriterien können sich auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wie Bekämpfung des Klimawandels, Umweltschutz oder Begrenzung des Verbrauchs natürlicher Ressourcen beziehen. Anbieterinnen könnten beispielsweise von den Händlerinnen verlangen, dass sie in ihren Verkaufsstellen Ladestationen oder Recyclingeinrichtungen anbieten oder dafür sorgen, dass die Auslieferung der Waren auf nachhaltige Weise, beispielsweise per Lastenfahrzeug statt Kraftfahrzeug, erfolgt.⁵⁰

Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden (Art. 15 Bst. c VertBek)

16. Artikel 15 Buchstabe c VertBek qualifiziert eine Reihe von Wettbewerbsabreden in selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend. Deren Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) gilt es im Einzelfall zu prüfen (Art. 14 Bst. b, 18 Abs. 3 VertBek).

17. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händlerinnen durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Art. 15 Bst. c (i) 2. VertBek). Solche Beschränkungen dienen dem Schutz selektiver Vertriebssysteme vor dem Vertrieb durch systemfremde Händlerinnen. Folglich liegt bspw. auch dann keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor, wenn eine Herstellerin ihre Garantieleistungen auf Produkte beschränkt, die bei zugelassenen Händlerinnen bezogen wurden.⁵¹

18. Als qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändlerinnen an Endverbraucherinnen und Endverbraucher (Art. 15 Bst. c (iii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek) sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs zwischen zugelassenen Händlerinnen (Art. 15 Bst. c (ii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek). Werden passive Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnerinnen an zugelassene Händlerinnen oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in (gewissen Gebieten) der Schweiz ausgeschlossen, liegen grundsätzlich erhebliche absolute Gebietsschutzabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG vor (vgl. oben, Rz 9 ff.).

19. Die Kombination aus selektivem Vertrieb und Alleinvertrieb innerhalb desselben Gebiets führt zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen. Dies gilt auch, wenn die Anbieterin den Alleinvertrieb auf der Grosshandelsstufe und den selektiven Vertrieb auf der Einzelhandelsstufe anwendet.⁵²

⁴⁸ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.4.1, *BMW*.

⁴⁹ BGE 143 II 297, 334 ff. E. 7, *Gaba*; BGE 144 II 194, 201 E. 4.5, *BMW*.

⁵⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 144.

⁵¹ EuGH, ECLI:EU:C:1994:5, Rz 32 ff., *Metro/Cartier*; RPW 2014/2, 411 Rz 42, *Jura*.

⁵² Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 236.

Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile (Art. 16 VertBek)

20. Selektive Vertriebssysteme, welche keine Beschränkungen nach Artikel 12 oder Artikel 15 Buchstabe c VertBek enthalten, sind in der Regel mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % von keinem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Diese Marktanteilsschwelle wird bei kumulativen Wirkungen von parallelen Vertriebsnetzen auf 5 % herabgesetzt (Art. 16 Abs. 2 VertBek).⁵³ Bei selektiven Vertriebssystemen ist eine kumulative Wirkung unwahrscheinlich, wenn solche Systeme weniger als 50 % eines Marktes abdecken oder wenn die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieterinnen unter 50 % liegt.⁵⁴

Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb (Art. 17 VertBek)

21. Selektive Vertriebssysteme, welche die in Artikel 17 VertBek dargelegten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen, sind unabhängig von der Höhe der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig.⁵⁵

Rechtfertigung (Art. 18 VertBek)

22. Selektive Vertriebssysteme gelten unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % weder von der Anbieterin auf ihrem Absatzmarkt noch von den Abnehmerinnen auf ihrem Beschaffungsmarkt überschritten wird.⁵⁶ Davon ausgenommen sind selektive Vertriebssysteme, die Abreden nach Artikel 15 Buchstabe c VertBek oder Abreden beinhalten, die sich mit anderen kumulativ auf dem Markt auswirken (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Wird die Marktanteilsschwelle von 30 % von einem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten, ist im Einzelfall zu prüfen, ob selektive Vertriebssysteme, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aus Effizienzgründen zulässig sind (Art. 18 Abs. 3 VertBek).

Online-Handel (Art. 2, 9, 12, 15 Bst. e und j VertBek)

Aktive Verkäufe (Art. 2 VertBek)

23. Bezüglich der Definition aktiver Verkäufe gilt es zu präzisieren, dass auf Websites von in der Schweiz niedergelassenen Abnehmerinnen die Landessprachen und die englische Sprache als üblicherweise verwendete Sprachen betrachtet werden.

Online-Vermittlungsdienste (Art. 9 VertBek)

24. Ein Unternehmen, das Online-Vermittlungsdienste im Sinne des Artikels 9 VertBek erbringt, wird im Hinblick auf diese Dienstleistungen als Anbieterin eingestuft. Ein Unternehmen, das Waren oder Dienstleistungen unter Nutzung von Online-Vermittlungsdiensten anbietet oder verkauft, wird in Bezug auf diese Online-Vermittlungsdienste als Abnehmerin eingestuft, unabhängig davon, ob sie für die Nutzung der Online-Vermittlungsdienste etwas bezahlt.⁵⁷

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12 VertBek)

25. Vertikale Wettbewerbsabreden betreffend den Online-Handel können eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz darstellen, wenn sie von qualifizierenden Umständen

⁵³ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 26.

⁵⁴ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 155; RPW 2011/3, 389 Rz 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁵ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1977:167, Rz 20 f., *Metro/Kommission*; vgl. auch EU-Vertikalleitlinien, Rz 148 f. Die erste Voraussetzung, wonach die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern muss, erfüllt beispielsweise die Zahnpasta Elmex rot gemäss Praxis der WEKO nicht (RPW 2010/1, 84 Rz 157, *Gaba*).

⁵⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 151.

⁵⁷ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 64 ff.

begleitet werden. Ob qualifizierende Umstände vorliegen und der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 4 KG erfüllt ist, erfordert eine Beurteilung anhand der konkreten Umstände im Einzelfall.⁵⁸

26. Als qualifizierende Umstände für eine vertikale Wettbewerbsabrede über absoluten Gebietsschutz kommen z. B. in Frage:

- Abreden, welche die Abnehmerin dazu verpflichten, zu verhindern, dass Kundinnen und Kunden aus einem anderen Gebiet ihre Website einsehen können, oder auf ihrer Website eine Umleitung einzurichten zum Online-Shop der Herstellerin oder einer anderen Verkäuferin; die Verpflichtung der Abnehmerin, Links zu den Online-Shops der Anbieterin oder anderer Verkäuferinnen einzurichten, ist jedoch kein qualifizierender Umstand;⁵⁹
- Abreden, welche die Händlerin dazu verpflichten, Online-Transaktionen von Endkundinnen und Endkunden zu beenden, sobald deren Kreditkartendaten eine Adresse ergeben, die nicht im Gebiet der Händlerin liegt.⁶⁰

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Art. 15 Bst. e VertBek)

27. Vertikale Wettbewerbsabreden werden als qualitativ schwerwiegend erachtet, wenn sie die wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen und Kunden verhindern. Dazu gehören insbesondere Beschränkungen von Online-Verkäufen oder der Online-Werbung, die es der Abnehmerin de facto verbieten, das Internet für den Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen zu nutzen sowie Beschränkungen, welche die Nutzung eines oder mehrerer ganzen Online-Werbekanäle (z. B. Suchmaschinen oder Preisvergleichsdienste) oder die Gründung oder den Betrieb eines eigenen Online-Shops verhindern.⁶¹

28. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen von Online-Verkäufen in Bezug auf die Art und Weise, wie die Vertragswaren oder -dienstleistungen online verkauft werden sollen, unabhängig vom Vertriebssystem. Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung bestimmter Online-Verkaufskanäle, z. B. von Online-Marktplätzen⁶², oder die Vorgabe von Qualitätsstandards für Online-Verkäufe gelten ebenfalls nicht als qualitativ schwerwiegend, sofern sie nicht indirekt zum Gegenstand haben, die wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen und Kunden zu verhindern. Beschränkungen von Online-Verkäufen dienen in der Regel nicht diesem Ziel, wenn es der Abnehmerin freisteht, ihren eigenen Online-Shop zu betreiben⁶³ und online zu werben⁶⁴.

⁵⁸ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 139, *Kosmetikprodukte*.

⁵⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 206 Bst. a; vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

⁶⁰ Vgl. EU-Leitlinien, Rz 206 Bst. b; vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

⁶¹ Vgl. Vertikal-GVO, Erw. 15; EU-Vertikalleitlinien, Rz 203 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rz 54 ff., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*; vgl. auch RPW 2014/1, 198 Rz 143, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 414 Rz 66, *Jura*.

⁶² Bei Online-Marktplätzen handelt es sich in der Regel um Anbieterinnen von Online-Vermittlungsdiensten, die Händlerinnen und potenzielle Kundinnen und Kunden miteinander in Kontakt bringen (EU-Vertikalleitlinien, Rz 332).

⁶³ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rz 56 f., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁶⁴ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EU-KOMM, COMP/AT. 40428 vom 17.12.2018, Rz 118 bis 126, *Guess*.

29. Nachstehend sind Beispiele für Anforderungen im Zusammenhang mit Online-Verkäufen aufgeführt, die nicht als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden:⁶⁵

- Anforderungen, mit denen die Qualität oder ein bestimmtes Erscheinungsbild des Online-Shops einer Abnehmerin sichergestellt werden soll;
- Anforderungen hinsichtlich der Darstellung der Vertragswaren oder -dienstleistungen im Online-Shop (beispielsweise die Mindestanzahl der dargestellten Artikel, die Art und Weise, in der die Marken der Anbieterin dargestellt werden);
- ein mittel- oder unmittelbares Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen;⁶⁶
- eine Anforderung, dass die Abnehmerin eine oder mehrere physische Verkaufsstätten oder Ausstellungsräume betreibt, beispielsweise als Voraussetzung dafür, dass sie Mitglied des selektiven Vertriebssystems der Anbieterin wird;
- eine Anforderung, dass die Abnehmerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen in einem nach Wert oder Menge, aber nicht nach dem Anteil ihres Gesamtumsatzes bestimmten absoluten Mindestumfang offline verkauft, um einen effizienten Betrieb ihrer physischen Verkaufsstätte zu gewährleisten; diese Anforderung kann für alle Abnehmerinnen identisch sein oder anhand objektiver Kriterien, wie der Grösse der Abnehmerin im Vergleich zu anderen Abnehmerinnen oder ihrer geografischen Lage, unterschiedlich festgelegt werden.

30. Eine Anforderung, dass die Abnehmerin für online verkaufte Produkte einen anderen Grosshandelspreis zahlt als für offline verkaufte Produkte (*Doppelpreissystem*), stellt in der Regel keine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede dar, wenn der Unterschied im Grosshandelspreis in einem angemessenen Verhältnis zu den Unterschieden bei den Investitionen und Kosten steht, die die Anbieterin für die Erzielung von Verkäufen in den einzelnen Kanälen trägt.⁶⁷

31. In Anbetracht der Tatsache, dass Online- und Offline-Kanäle unterschiedliche Merkmale aufweisen, liegt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor, wenn eine Anbieterin, die ein selektives Vertriebssystem betreibt, ihren zugelassenen Händlerinnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt, die nicht mit denen für Verkäufe in physischen Verkaufsstätten gleichwertig sind, sofern die für Online-Verkäufe vorgeschriebenen Anforderungen nicht indirekt bezwecken, die Abnehmerin an der wirksamen Nutzung des Internets für den Online-Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen an bestimmte Kundinnen und Kunden zu hindern.⁶⁸

32. Die Erheblichkeit von vertikalen Wettbewerbsabreden, die Beschränkungen zum Gegenstand haben, die Abnehmerinnen oder ihre Kundinnen daran hindern, das Internet wirksam für den Online-Verkauf ihrer Waren oder Dienstleistungen zu nutzen oder einen oder mehrere ganze Online-Werbekanäle wirksam zu nutzen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen (Art. 14 Bst. b, 18 Abs. 3 VertBek).

Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten (Art. 15 Bst. j VertBek)

33. Paritätsverpflichtungen, auch Meistbegünstigungsklauseln oder plattformübergreifende Paritätsverpflichtungen genannt, verpflichten eine Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen, diese einer anderen Partei zu Bedingungen anzubieten, die nicht ungünstiger sind

⁶⁵ EU-Vertikalleitlinien, Rz 208.

⁶⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2017:941, Rz 64 bis 69, *Coty Germany*.

⁶⁷ EU-Vertikalleitlinien, Rz 209.

⁶⁸ EU-Vertikalleitlinien, Rz 235.

als die Bedingungen, die die Anbieterin bestimmten anderen Parteien oder auf bestimmten anderen Kanälen anbietet. Die Bedingungen können Preise, Bestand, Verfügbarkeit oder andere Angebots- oder Verkaufsbedingungen betreffen.⁶⁹

34. Weite Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten auf Einzelhandelsstufe sind qualitativ schwerwiegend.⁷⁰ Weite Paritätsverpflichtungen beziehen sich auf die Bedingungen, die in allen Verkaufskanälen angeboten werden. Dahingegen beziehen sich enge Paritätsverpflichtungen auf die Bedingungen, die in direkten Verkaufskanälen der Händlerin von Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Enge Paritätsverpflichtungen sowie alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen sind nicht qualitativ schwerwiegend.⁷¹

35. Weite Paritätsverpflichtungen führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Wird die Marktanteilsschwelle überschritten, sind die Erheblichkeit der weiten Paritätsverpflichtung sowie die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Einzelfall zu prüfen. Alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % von keinem an der vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Art. 18 Abs. 3 VertBek).

Wettbewerbsverbote (Art. 15 Bst. g VertBek)

36. Unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote gelten als qualitativ schwerwiegend, wenn ihre Dauer unbestimmt ist oder fünf Jahre überschreitet (Art. 15 Bst. g VertBek). Davon ausgenommen sind Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, sofern die Abnehmerin die vertikale Vereinbarung, die die Verpflichtung enthält, mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann, sodass sie nach Ablauf der Fünfjahresfrist ihre Anbieterin effektiv wechseln könnte.⁷² Führen Wettbewerbsverbote zu einer Bezugsverpflichtung in der Schweiz und werden dadurch passive Verkäufe (Art. 3 VertBek) indirekt ausgeschlossen, kann ein indirekter absoluter Gebietsschutz i.S.v. Artikel 5 Absatz 4 KG vorliegen (vgl. Rz 12).

⁶⁹ EU-Vertikalleitlinien, Rz 356.

⁷⁰ RPW 2016/1, 77, Rz 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁷¹ Vgl. dazu EU-Vertikalleitlinien, Rz 356 ff. Zu beachten ist jedoch der am 1. Dezember 2022 in Kraft getretene Artikel 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG).

⁷² EU-Vertikalleitlinien, Rz 248.