

«Vertriebsverträge – aktuelle Herausforderungen aus Sicht des Schweizer Kartellrechts»

Dr. LL.M. Monique Sturny, Rechtsanwältin
Walder Wyss AG, Zürich

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| I. Vertriebskartellrecht im Kontext der «Hochpreisinsel» Schweiz | VII. Preisbindungen zweiter Hand und Verkaufspreisempfehlungen |
| II. Organisationsformen im Vertrieb | 1. Unzulässige Preisbindung zweiter Hand gemäss <i>Altimum</i> -Entscheid |
| III. Überblick zum gesetzlichen Rahmen und Einfluss des EU-Kartellrechts | 2. Zulässigkeit unverbindlicher Verkaufspreisempfehlungen |
| IV. Reformbestrebungen im Rahmen der sogenannten «Fair-Preis-Initiative» | VIII. Ausgewählte Aspekte zum Online-Handel |
| V. Räumlicher Anwendungsbereich des KG in Bezug auf Vertikalabreden | IX. Schlussbemerkungen |
| VI. Gebietsabschottungen/Behinderung von Parallelimporten | |

Schweizer Vertriebskartellrecht – ausgewählte aktuelle Entwicklungen

Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Präsentation der Autorin zu den aktuellen Herausforderungen und Entwicklungen im Schweizer Vertriebskartellrecht anlässlich der Tagung der DACH Anwaltsvereinigung in Brüssel am 21. September 2018.¹ Der Vortragsstil wird beibehalten.

¹ MONIQUE STURNY, Präsentation «Vertriebsverträge – aktuelle Herausforderungen aus Sicht des Schweizer Kartellrechts», 2018, <<https://www.walderwyss.com/publications/2390.pdf>> (zuletzt besucht am 10. Januar 2019).

I. Vertriebskartellrecht im Kontext der «Hochpreisinsel» Schweiz

Der Hauptfokus des vorliegenden Beitrags liegt auf den vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen.² Er bezieht sich somit auf die Bezugs- und Lieferbeziehung zwischen einem Lieferanten bzw. Hersteller und einem Abnehmer bzw. Händler in seiner Funktion als Wiederverkäufer. Ausgeklammert werden vorliegend andere Vertriebsformen wie namentlich die Agentur und Kommission, welche ebenfalls verschiedene kartellrechtliche Fragen aufwerfen.³

Die aktuellen Herausforderungen im Bereich des Schweizer Vertriebskartellrechts haben einen engen Bezug zur Problematik der sog. «Hochpreisinsel» Schweiz und zur Behinderung von Parallelimporten in die Schweiz. Das in der Schweiz im Vergleich zum umliegenden (EU- bzw. EWR-)Ausland höhere Preisniveau für Konsumgüter, wie beispielsweise für Kosmetika, Bücher und Haushaltsgeräte, ist eine Hauptsorge der Schweizer Bevölkerung. Die Ursachen des teilweise hohen Preisniveaus sind freilich nicht nur – und auch nicht überwiegend – in Kartellrechtsverstössen zu suchen.⁴ Haupttreiber für höhere Preise sind namentlich technische Handelshemmnisse (die auch nach Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips nach wie vor zahlreich vorhanden sind)⁵ wie beispielsweise vom EU-Ausland abweichende Verpackungs- und Kennzeichnungsvorschriften. Aber auch Zölle, nationale Schutzvorschriften und Sonderregeln für Bereiche wie Landwirtschaft und

² Vgl. Ziff. 1 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Stand am 22. Mai 2017), BBl 2017 4543 ff.

³ Vgl. dazu statt vieler MARQUARD CHRISTEN/HADI MIRZAI, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter vom 15. Oktober 2018; MARQUARD CHRISTEN, Handelsvertreterverhältnisse, in: Michael Tschudin (Hg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariates, Basel 2018, 115 ff.

⁴ Erläuternder Bericht zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» vom 22. August 2018, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54225.pdf>> (zuletzt besucht am 11. Januar 2019), 3.

⁵ DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Eine rechtsvergleichende Studie zur Äquivalenz von Rechtsnormen im WTO-Recht, im EU-Recht und im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2014.

Pharmabranche sowie höhere Löhne und Mieten sind ursächlich. Das höhere Lohnniveau führt einerseits zu höheren Produktionskosten, die Produkte und Dienstleistungen verteuern. Es hat andererseits auch zur Folge, dass die Schweizer Konsumenten kaufkräftiger sind als Konsumenten im umliegenden Ausland, was zu einer gewissen Kaufkraftabschöpfung führt, die von vielen als ungerecht empfunden wird.⁶

Trotz der Vielschichtigkeit des Themas «Hochpreisinsel Schweiz» und dem Umstand, dass das Problem durch die Möglichkeit von Online-Käufen zunehmend entschärft wird, hat der Ruf nach einem harten Vorgehen gegen Parallelimportbeschränkungen in den letzten Jahren zu einer scharfen Schweizer Kartellrechtspraxis geführt. Zu erwähnen ist insbesondere der Leitentscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba/Elmex*⁷, welcher jüngst ebenfalls höchstrichterlich im Entscheid in Sachen *BMW*⁸ bestätigt wurde (s. Kap. VI). Zusätzlich sind Reformbestrebungen im Gang, welche auf eine zusätzliche Verschärfung des Schweizer Kartellrechts und die Bekämpfung der Hochpreisinsel zielen (s. Kap. IV).

Nach einem kurzen Überblick über die typischen Organisationsformen des Vertriebs (s. Kap. II), zu den Grundlagen des Schweizer Vertriebskartellrechts (s. Kap. III) und den erwähnten Reformbestrebungen (s. Kap. IV) werden die jüngste Praxis im Bereich der Abschottungen des Schweizer Markts bzw. Parallelimportbehinderungen (s. Kap. VI) und zu Preisbindungen zweiter Hand (s. Kap. VII) dargestellt sowie einige Grundsätze zum Online-Handel beleuchtet (s. Kap. VIII).

Andere kartellrechtlich relevante Aspekte im Vertriebskontext können vorliegend nicht näher diskutiert werden – zu erwähnen sind etwa die weitergehenden Regeln zum selektiven Vertrieb sowie die speziellen Anforderungen bei der Beteiligung marktbeherrschender Unternehmen.⁹ Ausgeklammert werden vorliegend auch die Bestimmungen zu horizontalen Abreden. Diese sind auch im Vertriebskontext in Konstellationen relevant, in welchen die

⁶ S. ausführlich zum Ganzen ANDREA GRABER CARDINAUX, Neuste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht, in: Jusletter 15. Oktober 2018, N 21 f.; NICOLAS DIEBOLD, Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts, recht 2017, 157 ff.

⁷ BGE 143 II 297.

⁸ BGE 144 II 194.

⁹ Vgl. dazu für das Schweizer Kartellrecht Art. 4 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 KG.

beteiligten Unternehmen nicht nur in einem vertikalen Verhältnis zu einander stehen, sondern zudem auch auf gleicher Marktstufe tätig sind.¹⁰

II. Organisationsformen im Vertrieb

Der Vertrieb kann unterschiedliche Organisationsformen annehmen:

- Beim **Exklusivvertrieb** weist der Hersteller bzw. Lieferant ein bestimmtes Gebiet exklusiv einem bestimmten Abnehmer zu.
- Beim **selektiven Vertrieb** werden die Abnehmer nach bestimmten qualitativen und teils auch quantitativen Kriterien ausgewählt. Der Vertrieb erfolgt beim selektiven Vertrieb sodann ausschliesslich über die zugelassenen Händler. Der selektive Vertrieb wird typischerweise, aber nicht nur, für Luxusprodukte verwendet und für komplexe Produkte, die eine gewisse Beratungsleistung und ein gewisses Qualitätsniveau der Händler erfordern.
- Vom **offenen Vertrieb** spricht man demgegenüber, wenn der Vertrieb weder exklusiv, noch selektiv organisiert ist. Die weniger straffe Organisation erfordert weniger Koordinationsaufwand, erlaubt aber auch weniger Kontrolle.
- Schliesslich ist noch der **Eigenvertrieb** zu erwähnen. Bei diesem erfolgt der Vertrieb über eigene Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen, also mit Verkaufsläden und Online-Shops, die vom Hersteller selber betrieben werden. Da die kartellrechtlichen Regeln für Wettbewerbsabreden nur für Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen mehreren Unternehmen gelten (Art. 2 Abs. 1 KG), untersteht der Eigenvertrieb nicht den kartellrechtlichen Schranken für Wettbewerbsabreden,

¹⁰ Wie namentlich bei sog. Hub-and-spoke-Konstellationen sowie beim dualem Vertrieb; vgl. dazu u. a. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch, et al. (Hg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N 98 ff. und 109 ff. Abreden zwischen Lieferanten und Händlern können horizontale Abreden darstellen, wenn beide Parteien als Wettbewerber auftreten. Vgl. Ziff. 8 (3) VertBek; s. auch namentlich WEKO, RPW 2017/2, 284, *Husqvarna*, betr. horizontaler Preis- und Kundenaufteilungsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 49a KG.

da diese nicht auf konzerninterne Sachverhalte anwendbar sind. In die Nähe des Eigenvertriebs ist auch der Vertrieb über Handelsvertreter einzuordnen, bei welchem der Vertrieb wie bereits eingangs erwähnt über **Agenten oder Kommittenten** erfolgt, welche im Namen des Herstellers auftreten.

III. Überblick zum gesetzlichen Rahmen und Einfluss des EU-Kartellrechts

Das Schweizer Kartellrecht lehnt sich eng an die Bestimmungen des EU-Kartellrechts an. Das war nicht immer so: Bis in die 1990er Jahre hat sich der Schweizer Gesetzgeber bewusst gegen eine Anlehnung an das EU-Kartellrecht entschieden. Das erste Schweizer Kartellgesetz aus dem Jahr 1962 war sogar ausgesprochen kartellfreundlich konzipiert. Auch die erste Teilrevision des Schweizer Kartellgesetzes, welche im Jahr 1986 in Kraft trat, brachte weder eine spürbare Verschärfung, noch eine Annäherung an die Bestimmungen des EU-Kartellrechts.

Erst die Totalrevision des Schweizer Kartellgesetzes im Jahr 1995 brachte einen eigentlichen Paradigmenwechsel hin zu einem griffigen Kartellgesetz mit den klassischen drei Säulen des Kartellrechts (Unzulässigkeit von wettbewerbswidrigen Horizontal- und Vertikalabreden gemäss Art. 4 und 5 Kartellgesetz [KG¹¹], Unzulässigkeit missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle). Das Kartellgesetz von 1995 strebte eine Angleichung an das EU-Kartellrecht an, soweit nicht aufgrund systematischer Unterschiede (d.h. Missbrauchsgesetzgebung in der Schweiz vs. Verbotsgesetzgebung im EU-Kartellrecht) oder aufgrund der Grösse der Schweizer Volkswirtschaft Unterschiede angezeigt waren.¹² Im Bereich der Wettbewerbsabreden wurde der heute noch geltende Art. 5 Abs. 1 KG eingeführt, welcher Abreden für unzulässig erklärt, die (i) den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder (ii) zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. Für horizontale Abreden über

¹¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (Stand 1. Dezember 2014), SR 251.

¹² MONIQUE STURNY, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Historische Entwicklung und Analyse, Diss. Bern 2014, 83 ff., m.w.H.

Preise, Mengen und Gebiete wurde zudem eine widerlegbare Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eingeführt (Art. 5 Abs. 3 KG).

Der letzte Schritt zu einem «modernem» Kartellgesetz folgte schliesslich 2003 mit der Einführung direkter Sanktionen in Form von Geldbussen für die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG (dazu sogleich) sowie für unzulässige Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG (Art. 49a Abs. 1 KG¹³). Analog zur bereits bestehenden Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG wurde im Rahmen der Revision von 2003 ein neuer Vermutungstatbestand für Vertikalabreden über absoluten Gebietsschutz und Preisbindungen zweiter Hand eingeführt (Art. 5 Abs. 4 KG).

Die Bestimmungen zu den Vertikalabreden im schweizerischen Kartellgesetz werden durch die Vertikalbekanntmachung der WEKO (**Vertikalbekanntmachung**¹⁴) vom 28. Juni 2010 (Stand 22. Mai 2017) ergänzt, welche ihrerseits die erste Vertikalbekanntmachung der WEKO vom 2. Juli 2007 ersetzt. Die Vertikalbekanntmachung lehnt sich eng an die Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalabreden¹⁵ und die Leitlinien für vertikale Beschränkungen¹⁶ der EU-Kommission an. Die WEKO legt dabei Wert darauf, dass «möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen» wie in der EU. Eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der übereinstimmenden Auslegung des Schweizer Kartellrechts mit dem EU Kartellrecht verbleibt allerdings: Einerseits besteht in der Schweiz ein grundsätzlicher Systemunterschied, indem in der Schweiz vom Missbrauchsprinzip ausgegangen wird und nicht von einem Verbotsprinzip wie im EU Kartellrecht. Andererseits ist die Bundesgerichtspraxis zur Frage, inwiefern die europäischen Gruppenfreistellungsverordnung auch für die Schweiz Gel-

¹³ Art. 49a Abs. 1 KG lautet wie folgt: «Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.».

¹⁴ S. Fn. 2.

¹⁵ Verordnung (EU) 330/2010, ABl 2010 L 102/1.

¹⁶ ABl 2010 C 130/01.

tung beanspruchen und als Orientierungshilfe dienen können, nicht immer schlüssig.¹⁷

Ergänzend zur Vertikalbekanntmachung hat die WEKO am 12. Juni 2017 Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung erlassen, in welcher sie die anwendbaren Regeln im Bereich der Vertikalabreden in Bezug auf jene Punkte erläutert, zu denen sich bereits eine gefestigte Praxis etabliert hat. Dabei wird grösstenteils die eigene schweizerische Praxis festgehalten, teils werden aber auch Entwicklungen auf europäischer Ebene in den Erläuterungen reflektiert. So hat die WEKO die Erläuterungen jüngst als Reaktion auf das wegweisende *Coty-Urteil* des EuGH¹⁸ angepasst. Die WEKO hat konkret die im *Coty-Urteil* festgehaltenen Kriterien für die Zulässigkeit von Drittplattformverboten im selektiven Vertrieb für Luxusprodukte (auf Basis der sog. *Metro-Kriterien*) auch für die Schweiz übernommen.¹⁹

IV. Reformbestrebungen im Rahmen der sogenannten «Fair-Preis-Initiative»

Im Dezember 2017 wurde eine Volksinitiative eingereicht mit dem Titel «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise», die sog. «Fair-Preis-Initiative». ²⁰ Diese fordert u. a. die Möglichkeit einer diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland für Schweizer Unternehmen. Der Bundesrat lehnt die Initiative als zu weit gehend ab. Er hat deshalb am 22. August 2018 einen indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative publiziert und in die Vernehmlassung geschickt. Mit der Reform in der vom Bundesrat abgemilderten Fassung soll das Konzept der relativen Marktmacht eingeführt werden, allerdings beschränkt auf den Import, also den Bezug

¹⁷ Zur Orientierung am EU-Recht: BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe* und BGE 143 II 297 E. 6.2.3; vgl. demgegenüber aber im gleichen Entscheid zur Relevanz der sog. Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung (Verordnung [EU] 316/2014, ABl 2014 L 93/17): BGE 143 II 297 E. 6.4.4; s. dazu DANIEL ZIMMERLI, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, in: dRSK, publiziert am 31. Mai 2017, N 20.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16, *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH*.

¹⁹ S. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Juni 2017 (Stand am 9. April 2018), Ziff. 24.

²⁰ BBl 2016 7093 ff.

von Waren und Dienstleistungen im Ausland. Ziel dieser Reformbestrebung ist es, schweizerischen Unternehmen den Bezug von Waren und Dienstleistungen im Ausland zu den dortigen Bedingungen zu ermöglichen.²¹

Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates soll einerseits der Begriff des «relativ marktmächtigen Unternehmens», wie ihn insbesondere das deutsche Kartellrecht bereits kennt, eingeführt werden. Gemäss einem neuen, vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 4 Abs. 2^{bis} KG wären demnach relativ marktmächtige Unternehmen solche, von denen «andere Unternehmen bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.» Neu würde sich ein nach dieser Bestimmung relativ marktmächtiges Unternehmen dann unzulässig verhalten, «wenn es durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt von ihm abhängige Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert, indem es diesen Unternehmen den Bezug einer Ware oder Leistung im Ausland zu den dort von ihm praktizierten Preisen und Geschäftsbedingungen ohne sachliche Gründe verweigert.» (neu Art. 7a KG, in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Version). Unbeantwortet und fraglich ist, wie eine solche Norm in der Praxis anzuwenden und durchzusetzen wäre. Offen bleibt zudem auch – wie der Bundesrat selber freimütig zugibt – ob auf diese Weise allenfalls gewonnene Einsparungen überhaupt an die Konsumenten weitergegeben würden.²²

Der Ausgang des Vernehmlassungsverfahrens ist im Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht bekannt. Zu erwarten ist einerseits, dass ein grosser politischer Wille besteht, eine entsprechende Neuerung einzuführen. Andererseits könnten auch die zu erwartenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Anwendung der vorgeschlagenen Normen zum Scheitern des Reformvorschlages führen. Es wird jedenfalls spannend sein, diese Entwicklung – welche sich nicht nur, aber insbesondere, auf die DACH-Region auswirken würde – weiter zu verfolgen.

²¹ S. Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. August 2018, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-71892.html>> (zuletzt besucht am 11. Januar 2019).

²² Vgl. Erläuternder Bericht zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» vom 22. August 2018, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54225.pdf>> (zuletzt besucht am 11. Januar 2019).

V. Räumlicher Anwendungsbereich des KG in Bezug auf Vertikalabreden

Das Schweizer Kartellgesetz basiert – gleich wie auch das EU-Kartellrecht und andere zeitgemässe Kartellrechtserlasse – auf dem Auswirkungsprinzip: Gemäss Art. 2. Abs. 2 KG ist das Kartellgesetz «[...] auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden».

Das Auswirkungsprinzip wird im Bereich der Wettbewerbsabreden – und insbesondere im Bereich der Vertikalabreden – in der schweizerischen Praxis sehr weit ausgelegt: So genügt gemäss dem Bundesgerichtsurteil *Gaba/Elmex*²³ für die Anwendbarkeit des Schweizer Kartellrechts, dass sich eine Abrede in der Schweiz *auswirken kann*. Die tatsächlichen Auswirkungen auf den Schweizer Markt sind dabei nicht entscheidend.²⁴

Der weite räumliche Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes hat zur Folge, dass dieses nicht nur auf Vertragsbeziehungen anwendbar ist, die sich effektiv in der Schweiz abspielen oder die zumindest eine Vertragspartei in der Schweiz involvieren. Es ist vielmehr *auch auf rein ausländische Konstellationen* anwendbar, so z.B. auf einen Vertriebsvertrag oder einen Lizenzvertrag zwischen einem deutschen Lieferanten und einem österreichischen Abnehmer. Auch das auf den jeweiligen Vertrag anwendbar erklärte (z.B. deutsche) Recht und/oder ein Gerichtsstand im Ausland ändert nichts an der Anwendbarkeit des Schweizer Kartellrechts in Bezug auf Klauseln, Abmachungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, welche sich auf den Schweizer Markt *auswirken können*. Zentral ist somit für Sie, dass die Regeln des Schweizer Kartellrechts selbst in Verträgen zwischen ausländischen Vertragsparteien Beachtung finden müssen, sofern der fragliche Vertrag auch nur potentielle Auswirkungen auf den Schweizer Markt haben könnte.

Im Zentrum der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis zum Vertriebskartellrecht stehen die beiden vertikalen Abredearten, welche mit direkten Sanktionen belegt werden: Einerseits die absoluten Gebietsschutzabreden und

²³ BGE 143 II 297; bestätigt in BGE 144 II 194.

²⁴ BGE 143 II 297 E. 3.3, 3.7; s. dazu DANIEL ZIMMERLI, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, in: dRSK, publiziert am 31. Mai 2017, N 4.

Behinderungen von Parallelimporten in die Schweiz (s. nachfolgend Kap. VI) und andererseits die Preisbindungen zweiter Hand (s. nachfolgend Kap. VII).

VI. Gebietsabschottungen / Behinderungen von Parallelimporten

Vermutungsweise unzulässig und mit direkten Sanktionen belegt sind sog. absolute Gebietsschutzabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG, welche sich auf dem Schweizer Markt auswirken können. Solche Abreden können mit Geldbusen in der Höhe von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden (Art. 49a Abs. 1 KG). Der Begriff der absoluten Gebietsschutzabrede lehnt sich an das EU-Kartellrecht an. Eine absolute Gebietsschutzabrede liegt dann vor, wenn dem Händler sowohl Aktivverkäufe als auch Passivverkäufe in ein bestimmtes Gebiet untersagt sind. *Passivverkäufe* sind Verkäufe aufgrund unaufgeforderter Bestellung von Kunden. Insbesondere Internetverkäufe gelten grundsätzlich als Passivverkäufe (sofern nicht eine gezielte Ansprache von Kunden in einem bestimmten Gebiet erfolgt²⁵). Demgegenüber sind *Aktivverkäufe* sämtliche Verkäufe, welche nicht als Passivverkäufe zu qualifizieren sind, so insbesondere die aktive Kundenansprache mittels Werbung.

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid in Sachen *Gaba/Elmex* vom 28. Juni 2016²⁶ eine strenge Haltung gegenüber absoluten Gebietsschutzabreden etabliert. Konkret ging es um die Beurteilung eines Lizenzvertrages zwischen der Gaba International AG mit Sitz in der Schweiz als Herstellerin der Zahnpasta Elmex und ihrer österreichischen Lizenznehmerin Gebro Pharma GmbH. Im Rahmen des Lizenzvertrags verpflichtete sich Gebro Pharma GmbH, Elmex-Zahnpasta ausschliesslich in Österreich herzustellen und zu vertreiben. Faktisch wurde somit ein Exportverbot vereinbart. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das fragliche Exportverbot eine absolute Gebietsschutzabrede darstellt, welche *per se* erheblich ist. Für das fragliche Verhalten wurde Gaba International AG mit einer Busse von rund CHF 4,8 Mio. sanktioniert.

²⁵ Ziff. 3 VertBek.

²⁶ BGE 143 II 297.

Der Entscheid ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert: Zum einen zeigt er, dass das Kartellrecht nicht nur auf klassische Vertriebsverträge anwendbar ist, sondern u. a. auch auf Lizenzverträge und ebenso auf Franchiseverträge.

Zum andern hat das Bundesgericht klargestellt, dass es im Bereich der sog. Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 4 KG (und gleichermassen auch für die horizontalen «Kernbeschränkungen» gemäss Art. 5 Abs. 3 KG) von einer *per se*-Erheblichkeit ausgeht. Nach Ansicht des Bundesgerichts waren die effektiven quantitativen Auswirkungen am Markt für die Beurteilung des fraglichen Exportverbots irrelevant.²⁷ Dies hat zur Folge, dass insbesondere der Marktanteil der involvierten Parteien für die Beurteilung keine Rolle spielt. So ist eine absolute Gebietsschutzabrede beispielsweise auch zwischen KMUs unzulässig.

Ausserdem genügt es nach Ansicht des Bundesgerichts, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* wird und den Wettbewerb beeinträchtigen könnte, selbst wenn sie gar nicht effektiv umgesetzt und gelebt wird. Es gilt vielmehr eine Beweisvermutung, dass der Vertragsinhalt tatsächlich wie im Vertrag festgehalten gelebt wurde. Eine korrekte Vertragsredaktion ist deshalb in der Praxis zentral. Auch «alte», nicht mehr gelebte Verträge mit kartellrechtswidrigen Formulierungen stellen ein Risiko dar und sollten angepasst bzw. aufgehoben werden. All dies ist wie erwähnt nicht nur für Verträge mit Schweizer Vertragsparteien relevant, sondern auch für alle Verträge zwischen ausländischen Parteien, welche Exporte in die Schweiz untersagen (s. oben Kap. V zum extensiv ausgelegten Auswirkungsprinzip).

Der Entscheid i.S. *Gaba/Elmex* wurde u.a. durch den Bundesgerichtsentscheid i.S. *BMW* vom 24. Oktober 2017²⁸ bestätigt. Auch im Entscheid i.S. *BMW* ging es um ein vertraglich vereinbartes Exportverbot, welches *BMW* dem deutschen Händler auferlegt hatte. Der Händler hatte sich vertraglich verpflichtet, die fraglichen Fahrzeuge nicht ausserhalb des EWR und somit nicht in die Schweiz zu verkaufen. Das Bundesgericht hat die von der WEKO gegenüber *BMW* verhängte Busse in der Höhe von rund CHF 157 Mio. bestätigt.²⁹

²⁷ BGE 143 II 297, insbes. E. 5.5.2, 5.2.3, 5.2.4; s. dazu DANIEL ZIMMERLI, «Gaba»-Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, in: dRSK, publiziert am 31. Mai 2017, N 7.

²⁸ BGE 144 II 194.

²⁹ BGE 144 II 194 E. 6.4.

Unzulässig und sanktionsbedroht sind nicht nur die soeben beschriebenen direkten absolute Gebietsschutzabreden, sondern auch Abreden, welche *indirekt* zu einem absoluten Gebietsschutz führen. So ist insbesondere ein *dual pricing* problematisch, bei welchem der Hersteller vom Händler höhere Preise für jene Waren verlangt, welche dieser anschliessend in die Schweiz exportiert, als für Waren, welche der Händler nicht in die Schweiz exportiert.³⁰ Auch eine solche Abrede ist als absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren. Ebenso erfüllen gemäss der Rechtsprechung in Sachen *Nikon* auch gewisse *Bezugspflichten*, welche zu einer Unterbindung von Parallelimporten in die Schweiz führen, den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.³¹ Nach Ansicht des Sekretariats der WEKO ist gar die blosser Pflicht des Abnehmers, den Hersteller über Lieferwege zu informieren bedenklich, da damit eine Einflussnahme durch den Hersteller ermöglicht wird³² – eine Betrachtung, die nach hier vertretener Ansicht aber zu weit geht.

Wie soeben gezeigt dürfen Passivverkäufe grundsätzlich nie untersagt werden aufgrund der *per se*-Erheblichkeit einer solchen Beschränkung gemäss der *Gaba/Elmex*-Bundesgerichtspraxis. Eine Ausnahme dazu bildet die zulässige Unterbindung von Aktiv- und Passivverkäufen an nicht zugelassene Händler innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.³³ Demgegenüber ist es zulässig, *Aktivverkäufe* in Gebiete zu beschränken, welche entweder exklusiv einem anderen Abnehmer zugewiesen sind oder welche der Hersteller bzw. Lieferant sich selber exklusiv vorbehalten hat. Allerdings ist eine Beschränkung der Aktivverkäufe *nur* in diesen zwei Konstellationen zulässig

³⁰ ANDREAS HEINEMANN, Parallelimporte in die Schweiz, in: Wolfgang Büscher et al. (Hg.), Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, 663 ff., mit Verweis auf WEKO-Sekretariat, RPW 2012/3, 524, *Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.

³¹ S. dazu GION GIGER, Bundesverwaltungsgericht bestätigt die Verfügung der WEKO in Sachen «Nikon», in: dRSK, publiziert am 28. November 2016.

³² WEKO-Sekretariat, RPW 2012/3, 524 f., *Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; s. auch ANDREAS HEINEMANN, Parallelimporte in die Schweiz, in: Wolfgang Büscher et al. (Hg.), Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, 663 ff.

³³ S. dazu SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, Art. 5 KG N 523.

– in allen anderen Fällen dürfen auch die Aktivverkäufe nicht beschränkt werden.

VII. Preisbindungen zweiter Hand und Verkaufsempfehlungen

1. Unzulässige Preisbindung zweiter Hand gemäss *Altimum-Entscheid*

Nebst den absoluten Gebietsschutzabreden führen auch sog. Preisbindungen zweiter Hand zu direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG. Vermutungsweise unzulässig und sanktionsbedroht ist gemäss Art. 5 Abs. 4 KG die Festsetzung eines Mindest- oder Festpreises durch den Hersteller bzw. Lieferanten für den Wiederverkauf durch den Händler. Mit anderen Worten muss der Händler bei der Festsetzung seiner Wiederverkaufspreise vollkommen frei sein. Dieser Grundsatz gilt für sämtliche Preisbestandteile, so z. B. auch für Frachtsätze und Transportzuschläge etc. Ebenso muss der Händler bei der Preisbewerbung frei sein. Problematisch und unzulässig ist insofern, wenn der Händler für Inserate und Aktionen das vorgängige Einverständnis des Herstellers einholen muss.

Jüngst hat das Bundesgericht im Entscheid *Altimum*³⁴ seine strenge Haltung gemäss dem Entscheid *Gaba/Elmex* für den Bereich der Preisbindungen zweiter Hand bestätigt. Konkret ging es im *Altimum*-Entscheid um die Festsetzung von Mindestverkaufspreisen für Bergsportartikel. Den Händlern wurde zwar ein gewisser Preissetzungsspielraum zugestanden – sie konnten Rabatte bis zu 10% gewähren. Dadurch entstand eine gewisse Preisschere zwischen den Angeboten der verschiedenen Händler. Damit konnte zwar die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden. Dennoch hielt das Bundesgericht fest, dass eine Preisbindung zweiter Hand vorliege, welche aufgrund der *per se*-Erheblichkeit der Vermutungstatbestände gemäss der beschriebenen Bundesgerichtspraxis i. S. *Gaba/Elmex* sanktionierbar sei.³⁵

³⁴ BGer, Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018.

³⁵ BGer, Urteil 2C_101/2016, insbes. E. 6.4.2 und E. 10.3. und E. 11.

Das von *Altimum* vorgebrachte Argument, die Preisbindung sei aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt, um das Trittbrettfahrer-Problem zu bekämpfen, wurde nicht erhört. *Altimum* hatte argumentiert, die Preisbindung sei notwendig, um eine fachmännische Kundenbetreuung zu gewährleisten und zu verhindern, dass die Kunden sich im Laden beraten lassen, dann aber die Ware andernorts – insbesondere im Internet – billiger kaufen. Dieses Argument liess das Bundesgericht nicht gelten. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz setze den Nachweis der Notwendigkeit voraus. Dieser sei vorliegend nicht erbracht worden.³⁶ Damit setzt das Bundesgericht die Hürde für eine Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen sehr hoch: Der Nachweis, dass eine Preisbindung zweiter Hand zur Bekämpfung des Trittbrettfahrerproblems notwendig sei und keine milderen Mittel zur Verfügung stehen, dürfte in der Praxis kaum je gelingen.³⁷ Die Haltung des Bundesgerichts ist sehr streng, zumal es sich bei den von *Altimum* vertriebenen Bergsportartikeln wohl durchaus um Produkte mit effektivem Beratungsbedarf handelte.

2. Zulässigkeit unverbindlicher Verkaufspreisempfehlungen

Im Gegensatz zu den unzulässigen und sanktionsbedrohten Mindest- und Festpreisen für den Wiederverkauf ist die Vorgabe von Höchstpreisen für den Wiederverkauf sowie die Abgabe von unverbindlichen Verkaufspreisempfehlungen zulässig.

Bei der Abgabe von Verkaufspreisempfehlungen sind die von der WEKO ausgesteckten Bedingungen zu beachten: Verkaufspreisempfehlungen sind – ähnlich wie im EU-Kartellrecht – nur zulässig, wenn weder Druck ausgeübt noch Anreize gesetzt werden, damit die Preisempfehlungen tatsächlich befolgt werden.³⁸ Gemäss der Vertikalbekanntmachung der WEKO können folgende Umstände dazu führen, dass die WEKO unverbindliche Preisempfehlungen untersucht (sog. Aufgreifkriterien):³⁹

³⁶ *Ibid.*, E. 13.

³⁷ S. dazu GION GIGER, Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung, in: dRSK, publiziert am 19. November 2018, N 17 ff.

³⁸ Ziff. 15 Abs. 2 VertBek.

³⁹ Ziff. 15 Abs. 3 VertBek.

- wenn die unverbindlichen Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Händler,
- wenn die Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind,
- wenn das Preisniveau für die fraglichen Produkte oder Dienstleistungen in der Schweiz deutlich höher sind als im benachbarten Ausland,
- wenn die unverbindlichen Preisempfehlungen durch einen bedeutenden Teil der Händler tatsächlich befolgt werden.

In Bezug auf Preisempfehlungen hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst in den Entscheiden i.S. *Hors Liste-Medikamente* vom 19. Dezember 2017⁴⁰ entschieden, dass die mehrheitliche Befolgung von unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen alleine nicht genügt, um Preisempfehlungen als Preisbindungen zweiter Hand zu qualifizieren. *In casu* wurden Publikumspreisempfehlungen, welche als unverbindlich gekennzeichnet und allgemein zugänglich waren und die zudem weder mit Druck noch mit Anreizen zu deren Einhaltung verbunden waren, als zulässig erachtet. Die unverbindlichen Preisempfehlungen hatten nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts lediglich den Charakter einer Höchstpreisempfehlung.

VIII. Ausgewählte Aspekte zum Online-Handel

Der Bereich des Online-Handels nimmt in der Praxis zunehmend eine zentrale Rolle ein. Im Rahmen des vorliegenden Beitrags können dazu nur einige Eckpunkte beleuchtet werden.

Als Grundsatz gilt zunächst, dass ein generelles Internetverkaufsverbot bereits dem Gegenstand nach problematisch und unzulässig ist.⁴¹ Wie eingangs erwähnt sind Internetverkäufe grundsätzlich Passivverkäufe. Ein Internetverkaufsverbot unterbindet Verkäufe an die Kundengruppe der Online-Käufer. Im schweizerischen Kartellrecht liegt ein sanktionierbarer Vermutungstatbestand i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG aber nur bei

⁴⁰ BVGer, Urteile B-842/2015, B-843/2015, B-844/2015, B-845/2015 und B-846/2015 vom 19. Dezember 2017.

⁴¹ WEKO, RPW 2011/3, 372, *Behinderung des Online-Handels*; bestätigt im Entscheid WEKO, RPW 2014/2, 407, *Jura*.

zusätzlichen qualifizierenden Merkmalen vor (s. oben Kap. VI und VII zum absoluten Gebietsschutz und zu Preisbindungen zweiter Hand).

Ein solches qualifizierendes Merkmal, welches zum Vorliegen einer direkt sanktionierbaren *absoluten Gebietsschutzabrede* führt, wäre z.B. eine Pflicht eines deutschen Händlers, Kunden aus der Schweiz automatisch auf die Website des Herstellers oder eines schweizerischen Händlers umzuleiten.⁴² Problematisch wäre ebenso eine Pflicht eines deutschen Händlers, Transaktionen im Online-Shop abzubrechen, sobald die Kreditkarte erkennen lässt, dass eine Anfrage von einem Schweizer Kunden stammt.

Eine Unterbindung von *Aktivverkäufen*, d. h. der aktiven Kundenansprache in einem bestimmten Gebiet, z. B. mittels Geotargeting in der Online-Werbung, ist nur zulässig in Bezug auf jene Gebiete, welche exklusiv einem anderen Händler zugewiesen wurden oder welche der Hersteller bzw. Lieferant exklusiv sich selber vorbehalten hat (analog zum Offline-Handel).

Abschliessend soll noch kurz auf die Rezeption des viel beachteten Coty-Urteils des EuGHs in der Schweiz eingegangen werden: In Bezug auf die Zulässigkeit von *Drittplattformverboten im selektiven Vertrieb* hat die WEKO im April 2018 als Reaktion auf das EuGH-Urteil i.S. Coty vom 6. Dezember 2017⁴³ ihre Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung angepasst. Die Frage der Zulässigkeit von Drittplattformverboten (also einem Verbot, Waren über nach aussen erkennbare Drittplattformen wie eBay oder Amazon zu vertreiben) war in der Schweiz bislang ungeklärt. Die WEKO hat nun in ihren Erläuterungen klargestellt, dass ein Verbot, nach aussen erkennbare Drittplattformen einzuschalten, im selektiven Vertrieb von Luxusprodukten in der Regel zulässig ist.⁴⁴ Die Erläuterungen sind somit auf den spezifischen Fall der Luxusprodukte beschränkt, was aus Gründen der Rechtssicherheit zu bedauern ist. In der Literatur wird nämlich zu Recht mehrheitlich dafür plädiert, dass ein Verbot, nach aussen erkennbare Drittplattformen einzuschalten, unabhängig vom Vertriebssystem und unabhängig

⁴² Nicht eingegangen wird vorliegend auf Beschränkungen innerhalb des EU-Binnenmarkts, welche neu zusätzlich Gegenstand der Geoblocking-Verordnung sind (Verordnung [EU] 2018/302, ABl 2018 L 60 I/1). Letztere ist in der Schweiz nicht direkt anwendbar, da die Schweiz bekanntlich nicht EU-Mitglied ist.

⁴³ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16, *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH*.

⁴⁴ Ziff. 24 VertBek-Erläuterungen.

vom Luxuscharakter eines Produkts keine Kernbeschränkungen bzw. nach schweizerischer Terminologie keine qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.⁴⁵

IX. Schlussbemerkungen

Die obigen Ausführungen beleuchten einige Kernelemente des schweizerischen Vertriebskartellrechts. Es handelt sich dabei um eine selektive, nicht abschliessende Auswahl an Themen. Beim Aufsetzen von Vertriebssystemen und bei der Vertragsredaktion sind weitere wichtige Grundregeln zu beachten, wie insbesondere die Bedingungen für die Zulässigkeit von selektivem Vertriebssystem und von Wettbewerbsverboten, welche sich relativ eng an das EU-Kartellrecht anlehnen⁴⁶.

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass das Schweizer Vertriebskartellrecht insbesondere aufgrund der jüngsten, strengen bundesgerichtlichen Praxis eine enorme Schlagkraft aufweist. Durch die extensive Auslegung des Auswirkungsprinzips und die *per se*-Erheblichkeit von absoluten Gebietsschutzabreden und Preisbindungen zweiter Hand ist das Schweizer Kartellrecht selbst in rein ausländischen Konstellationen relevant. Dies geht bei der Redaktion von Vertriebsverträgen zwischen Herstellern und Händlern im EU-/EWR-Raum ohne direkten Bezug zur Schweiz leider oftmals vergessen. So genügt es insbesondere nicht, Parallelimporte nur innerhalb des EUR- und EWR-Raums zuzulassen. Diese müssen stets zusätzlich auch in die Schweiz möglich sein.

⁴⁵ S. insbesondere ANDREA GRABER CARDINAUX, Neuste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht, in: Jusletter 15. Oktober 2018, N 26 ff. und insbes. N 36.

⁴⁶ S. Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek, wonach Wettbewerbsverbote zu Lasten des Abnehmers auf fünf Jahre zu befristen sind. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind nur unter sehr restriktiven Bedingungen zulässig, nämlich sofern sie sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen, sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke beschränken, von denen aus der Abnehmer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat, unerlässlich sind, um dem Abnehmer vom Anbieter übertragenes Know-how zu schützen und auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt sind.; s. Ziff. 12 Abs. 2 lit. g VertBek.

