



Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

(VertBek-Erläuterungen)

vom 12. Juni 2017 (Stand am 9. April 2018)

Zweck der Erläuterungen

1. Nachfolgende Erläuterungen dienen als Auslegehilfe für die Regeln der Vertikalbekanntmachung¹ (VertBek). 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 Wettbewerbsregeln. Die Wettbewerbskommission (WEKO) 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 (Ziff. 10, 12 Abs. 1 VertBek)

Grundsatz

3. Unternehmen, die an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG⁴ beteiligt sind, werden nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert. Unzulässig und folglich sanktionierbar sind sowohl jene vertikalen Abreden, die den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen (Art. 5 Abs. 4 KG; Ziff. 10 VertBek), als auch solche, 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; Ziff. 12 Abs. 1 lit. a VertBek).⁵ Bei vertikalen Abreden 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; Ziff. 10 VertBek).

Vertikale Preisabreden (Preisbindung der zweiten Hand; Ziff. 10 VertBek)

4. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass zwischen dem Anbieter und seinen Abnehmern im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen ein „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (Ziff. 1 VertBek)

¹ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 (BBI 2017 4543), abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

² Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (EU-Vertikalleitlinien).

³ Vgl. hierzu auch BGE 143 II 297, 326 ff. E. 6.2.3 (= RPW 2017/2, 354 f. 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 (= RPW 2017/2, 360 f. E 9.4.6), *Gaba*.

besteht. In Frage kommen jegliche Formen des „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“ von abgestimmten Verhaltensweisen bis hin zu ausdrücklichen (mündlichen oder schriftlichen) Vereinbarungen.⁶ Selbst Preisempfehlungen (vgl. Ziff. 15 VertBek) können eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn zwischen dem Herausgeber und dem Empfänger eine minimale Willensübereinstimmung über die Befolgung der empfohlenen Preise besteht.⁷ Von Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls erfasst werden in Empfehlungsförmig gekleidete vertikale Preisabreden (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek).⁸

5. Die Preise können auch auf indirekte Weise festgesetzt werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek). Beispiele für indirekte Massnahmen zur Preisbindung sind Rabatte und Vergütungen des Anbieters (z.B. für Werbeaufwendungen der Händler), die von der Einhaltung eines bestimmten, vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht werden, sowie Abreden über Höchststrabatte, die der Händler bei einem bestimmten, vorgegebenen Preisniveau gewähren darf.⁹ Weitere Beispiele für eine indirekte Einflussnahme durch den Anbieter auf die Wiederverkaufspreise der Händler sind Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler.¹⁰

Vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz (Ziff. 10 VertBek)

6. Ein absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfordert zunächst das Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (Ziff. 1 VertBek). Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes in Art. 5 Abs. 4 KG setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.¹¹ 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.¹² Erfasst werden nicht nur schriftliche Vertragsklauseln, sondern sämtliche Arten und Formen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Ziff. 1 VertBek über einen absoluten Gebietsschutz (z.B. auch Konditionenblätter und mündliche Vereinbarungen). Gefordert wird nicht eine bestimmte Art von Vertriebsvertrag wie ein Exklusiv-¹³ oder Selektivvertriebsvertrag (Ziff. 4 VertBek).¹⁴ Unabhängig von der Art des Vertriebssystems kann das Gebiet somit entweder einem einzelnen oder mehreren Händlern gleichzeitig zugewiesen worden sein.¹⁵ Die Gebietszuweisung kann direkt oder indirekt (vgl. unten Rz 8) erfolgen.¹⁶ Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z.B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten. Allerdings ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn passive

⁶ RPW 2016/3, 731 Rz 75 f., *Saiteninstrumente*.

⁷ RPW 2014/1, 193 Rz 85, *Kosmetikprodukte*.

⁸ RPW 2010/4, 669 Rz 155 ff., *Hors-Liste Medikamente* (nicht rechtskräftig).

⁹ RPW 2016/2, 399 ff. Rz 133 ff., *Altimum SA* (nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 737 Rz 102, *Saiteninstrumente*.

¹⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 48.

¹¹ BGE 143 II 297, 328 E. 6.3 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3), *Gaba*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 852 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

¹² BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, 331 f. E. 6.4.1 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3.1, 356 f. E. 6.4.1), *Gaba*.

¹³ In einem Exklusivvertriebsvertrag verpflichtet sich der Anbieter, seine Produkte zum Zweck des Weiterverkaufs in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe nur an einen Händler zu verkaufen (vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 51, 151).

¹⁴ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3.1), *Gaba*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 854 E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁵ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 854 E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁶ BGE 143 II 297, 329 f. E. 6.3.2 (= RPW 2017/2, 355 f. E. 6.3.2), *Gaba*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

Verkäufe (Ziff. 3 VertBek) durch gebietsfremde Vertriebspartner in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung von aktiven Verkäufen (Ziff. 2 VertBek).¹⁷ Als Formen des Passivverkaufs gelten auch Internetverkäufe, sofern sich die Verkaufsbemühungen nicht gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten (vgl. unten Rz 18 ff.), sowie die Einreichung von Offerten im Rahmen von Ausschreibungen im offenen und selektiven Verfahren.¹⁸

7. Beispiele für Abreden über einen absoluten Gebietsschutz sind Vereinbarungen zwischen Herstellern und ihren Vertriebspartnern, wonach den Vertriebspartnern im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das Gebiet des EWR bzw. ein Gebiet im EWR und den Vertriebspartnern in der Schweiz das Gebiet der Schweiz zugewiesen wird und gleichzeitig Verkäufe aus dem EWR bzw. aus einem Gebiet des EWR heraus ausgeschlossen werden.¹⁹ Derartige vertragliche Exportverbote führen zum Ausschluss von passiven Verkäufen an Händler und Endkunden in der Schweiz. Als absolute Gebietsschutzabreden gelten auch Beschränkungen des passiven Verkaufs von zugelassenen Händlern in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb selektiv organisiert ist, an Händler in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb offen organisiert ist.²⁰

8. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise implementiert werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).²¹ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händler dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z.B. durch die Verweigerung oder Reduktion von Prämien oder Rabatten, Beendigung der Belieferung, Verringerung der Liefermenge, Androhung der Vertragskündigung und höheren Preisen für auszuführende Produkte.²² Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem der Anbieter Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlern auf direkt oder parallel importierten Produkten²³ erbracht werden.²⁴ Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.²⁵

Sachverhalte, die den Tatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllen

9. Folgende Sachverhalte erfüllen für sich allein genommen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht:

- Verbote des Passivverkaufs zulasten des Anbieters:²⁶ Die Verpflichtung ausländischer Anbieter gegenüber dem Schweizer Generalimporteur, bei unaufgeforderten Bestel-

¹⁷ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

¹⁸ RPW 2016/3, 654 Rz 4 f., *Flügel und Klaviere* (nicht rechtskräftig).

¹⁹ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 801 ff. E. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2017/1, 100 Rz 40 f., *Eflare*.

²⁰ Vgl. RPW 2016/2, 479 Rz 315, *Nikon*.

²¹ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²² Vgl. RPW 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; RPW 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 50.

²³ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2016/3, 869, *Umfrage Motion Hess*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 50.

²⁵ Vgl. Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ Vgl. RPW 2016/1, 89 Rz 169, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, m.w.H.; RPW 2010/4, 793 E. 3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

lungen von Händlern oder Endkunden aus der Schweiz diese an den Schweizer Generalimporteur zu verweisen, stellt keine absolute Gebietsschutzabrede dar. So liegt bspw. keine Abrede über absoluten Gebietsschutz vor, wenn ein ausländischer Hersteller sich gegenüber dem Schweizer Generalimporteur verpflichtet, Anfragen aus der Schweiz an ihn weiterzuleiten.

- 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.²⁷ Dies bedeutet, dass konzerninterne vertikale Preisabsprachen und absolute Gebietsschutzabsprachen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG fallen, solange diese konzerninternen Absprachen keine marktabschottenden Verhaltensweisen von Händlern ausserhalb des Konzerns vorsehen.²⁸ Von diesem Konzernprivileg gedeckt ist etwa der Verweis eines ausländischen Unternehmens an die gruppenzugehörige Gesellschaft in der Schweiz, wenn es unaufgeforderte Bestellanfragen von Händlern oder 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 Art. 5 Abs. 4 KG.
- Beschränkungen von passiven Verkäufen an bestimmte Kundengruppen werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, werden indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek). Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen stellen Passivverkaufsverbote an die Kundengruppe der Internetkunden dar und fallen dementsprechend nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG, solange keine weiteren qualifizierenden Umstände vorliegen, die auf das Bestehen einer vertikalen Preisabrede oder eine Abrede über absoluten Gebietsschutz schliessen lassen (vgl. unten Rz 18 ff.).²⁹
- Sind passive Verkäufe zulässig, aktive dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Solche Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen (vgl. oben, Rz 6).³⁰ Abgesehen von den in Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/i-iii VertBek genannten Ausnahmen werden Beschränkungen von Aktivverkäufen indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b bis c VertBek).

Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Ziff. 12 Abs. 1 lit. a VertBek)

10. Das Kriterium der Erheblichkeit ist eine Bagatellklausel. Bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.³¹ Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.³² Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.³³ Dabei genügt

²⁷ BGE 143 II 297, 326 E. 6.2.2 (= RPW 2017/2, 354 E. 6.2.2), *Gaba*.

²⁸ Vgl. RPW 2014/1, 190 Rz 61 ff., 197 Rz 130 ff., *Kosmetikprodukte*; Verfügung der WEKO vom 27.5.2013 i.S. *Marché du livre écrit en français*, Rz 136 ff., 367 ff., 422 ff., abrufbar unter www.weko.ch > Aktuell > Letzte Entscheide (nicht rechtskräftig).

²⁹ Vgl. RPW 2011/3, 381 f. Rz 70 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), *Gaba*.

³¹ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.1.6), *Gaba*.

³² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 E. 5.2.5, 354 E. 5.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1 (= RPW 2017/4, 691 f. E. 4.3.1), *BMW*.

³³ BGE 143 II 297, 315 f. E. 5.2.1, 324 f. E. 5.5 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.2.1, 354 E. 5.5), *Gaba*.

es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.³⁴ D.h., ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht erforderlich.³⁵ Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG sind vorbehaltlich einer im Einzelfall zu prüfenden Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG; Ziff. 16 VertBek) unzulässig.³⁶

Selektive Vertriebssysteme (Ziff. 12 Abs. 2, Ziff. 13, 14, 16 VertBek)

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b, c, d VertBek)

11. Ziff. 12 Abs. 2 VertBek qualifiziert eine Reihe von Abreden in selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend. Deren Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) gilt es im Einzelfall zu prüfen (Ziff. 12 Abs. 1 lit. b, Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

12. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b/iii VertBek). Solche Beschränkungen dienen dem Schutz selektiver Vertriebssysteme vor dem Vertrieb durch systemfremde Händler.³⁷ Folglich liegt bspw. auch dann keine qualitativ schwerwiegende Abrede vor, wenn ein Hersteller seine Garantieleistungen auf Produkte beschränkt, die bei zugelassenen Händlern bezogen wurden.³⁸

13. Als qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändler an Endverbraucher (Ziff. 12 Abs. 2 lit. c i.V.m. Ziff. 2, 3 VertBek) sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs zwischen zugelassenen Händlern (Ziff. 12 Abs. 2 lit. d i.V.m. Ziff. 2, 3 VertBek). Werden passive Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnern an zugelassene Händler oder Endverbraucher in (gewissen Gebieten) der Schweiz ausgeschlossen, liegen grundsätzlich erhebliche absolute Gebietschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vor (vgl. oben, Rz 6 ff.).

14. Ziff. 12 Abs. 2 lit. c und d VertBek implizieren, dass die Kombination von Exklusiv- mit Selektivvertrieb in einem Gebiet in der Regel qualitativ schwerwiegend ist, wenn der aktive Verkauf (Ziff. 2 VertBek) beschränkt wird. Wird der aktive Verkauf hingegen nicht beschränkt, stellt die Verknüpfung von Exklusiv- mit Selektivvertrieb keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung dar.³⁹ So kann bspw. eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, wenn ein Hersteller in einem Gebiet einen Exklusivvertrieb auf Grosshandelsstufe mit einem Selektivvertrieb auf Einzelhandelsstufe kombiniert und den Grosshändlern untersagt, aktiv in andere als den ihnen jeweils zugewiesenen Gebieten zu verkaufen.

Unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der Marktanteile (Ziff. 13 VertBek)

15. Selektive Vertriebssysteme, welche keine Beschränkungen nach Ziff. 10 oder Ziff. 12 Abs. 2 lit. b bis e VertBek enthalten, sind in der Regel mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % von keinem an der Abrede

³⁴ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4, 325 E. 5.6 (= RPW 2017/2, 353 E. 5.4, 354 E. 5.6), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2 (= RPW 2017/4, 692 E. 4.3.2), *BMW*.

³⁵ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2 (= RPW 2017/2, 353 f. E. 5.4.2), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.4.1 (= RPW 2017/4, 692 E. 4.4.1), *BMW*.

³⁶ BGE 143 II 297, 334 ff. E. 7 (= RPW 2017/2, 358 E. 7), *Gaba*; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.5 (= RPW 2017/4, 692 E. 4.5), *BMW*.

³⁷ Vgl. EuGH vom 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15, Rz 32 f.

³⁸ Vgl. RPW 2014/2, 411 Rz 42, *Jura*.

³⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 57, 152.

beteiligten Unternehmen überschritten wird (Ziff. 13 Abs. 1 VertBek). Diese Marktanteilschwelle wird bei kumulativen Wirkungen von parallelen Vertriebsnetzen auf 5 % herabgesetzt (Ziff. 13 Abs. 2 VertBek). 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 Anbieter unter 50 % liegt.⁴⁰

Rein qualitativer Selektivvertrieb (Ziff. 14 VertBek)

16. Selektive Vertriebssysteme, welche die in Ziff. 14 VertBek dargelegten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen, sind unabhängig von der Höhe der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig.⁴¹

Rechtfertigung (Ziff. 16 VertBek)

17. Selektive Vertriebssysteme gelten unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilschwelle von 30 % weder vom Anbieter auf seinem Absatzmarkt noch von den Abnehmern auf ihrem Beschaffungsmarkt überschritten wird.⁴² Davon ausgenommen sind selektive Vertriebssysteme, die Abreden nach Ziff. 12 Abs. 2 VertBek und Abreden beinhalten, die sich mit anderen kumulativ auf dem Markt auswirken (Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Wird die Marktanteilschwelle 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 (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

Online-Handel (Ziff. 3, 10, 12 Abs. 2 lit. b, c, d VertBek)

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Ziff. 10 VertBek)

18. Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen können eine vertikale Preisabrede oder eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz darstellen, wenn sie von qualifizierenden Umständen begleitet werden (vgl. oben, Rz 9, vierter Punkt). Ob qualifizierende Umstände vorliegen und der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt ist, erfordert eine Beurteilung anhand der konkreten Umstände im Einzelfall.⁴³

19. Als qualifizierende Umstände für eine vertikale Preisabrede kommen z.B. in Frage:

- Direkte und indirekte Einflussnahmen des Anbieters auf Preise der Händler, z.B. durch Beeinflussung der Rabattpolitik;
- Massnahmen des Anbieters wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerungen oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler.⁴⁴

⁴⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 179; RPW 2011/3, 389 Rz 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴¹ Vgl. auch EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, *Metro I*, Slg. 1977 1875. Die erste Voraussetzung, wonach die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern muss, erfüllt die Zahnpasta Elmex rot gemäss Praxis der WEKO nicht (RPW 2010/1, 84 Rz 157, *Gaba*).

⁴² Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 176.

⁴³ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 139, *Kosmetikprodukte*.

⁴⁴ RPW 2011/3, 381 Rz 71, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 140, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 61, *Jura*.

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

- Abreden, welche vorsehen, dass der Händler verhindert, dass Kunden aus der Schweiz seine Website einsehen können, oder dass er auf seiner Website eine automatische Umleitung auf die Website des Herstellers oder anderer Händler in der Schweiz errichtet;
- Abreden, welche vorsehen, dass der Händler Internet-Transaktionen von Endkunden unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt.⁴⁵

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b, c, d VertBek)

21. Abreden, die Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen zulasten der Abnehmer zum Gegenstand haben, beschränken passive Verkäufe an die Kundengruppe der Internetkunden und sind somit qualitativ schwerwiegend (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b i.V.m. Ziff. 3 VertBek).⁴⁶

22. Abreden, die Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen zum Gegenstand haben, gelten im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend, da sie passive Verkäufe durch zugelassene Einzelhändler an Endverbraucher (Ziff. 12 Abs. 2 lit. c i.V.m. Ziff. 3 VertBek)⁴⁷ und/oder passive Verkäufe zwischen zugelassenen Händlern (Ziff. 12 Abs. 2 lit. d i.V.m. Ziff. 3 VertBek) beschränken.

23. Als qualitativ schwerwiegende Abrede gilt dementsprechend jede Verpflichtung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, welche die zugelassenen Händler davon abhält, das Internet zu benutzen, um mehr und andere Kunden zu erreichen, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die insgesamt den Kriterien für Verkäufe im physischen Verkaufspunkt nicht gleichwertig sind. Dies bedeutet nicht, dass die Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe identisch sein müssen, sondern dass mit ihnen dieselben Ziele verfolgt und vergleichbare Ergebnisse erzielt werden sollten und dass die unterschiedlichen Kriterien im unterschiedlichen Wesen dieser beiden Vertriebswege begründet sein müssen.⁴⁸

24. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten indes Qualitätsanforderungen, welche ein Anbieter an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellt, um zu gewährleisten, dass das Online-Geschäft des Händlers mit dem Vertriebsmodell des Anbieters in Einklang steht. Dies hat für alle Vertriebsformen Gültigkeit, kann aber insbesondere für den selektiven Vertrieb von Bedeutung sein (vgl. hierzu jedoch Rz 23). So kann der Anbieter bspw. von seinen Händlern verlangen, dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen, wenn sie Mitglied des Vertriebssystems werden wollen.⁴⁹ Ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach aussen erkennbar Drittplattformen einzuschalten, stellt grundsätzlich weder eine Beschränkung der Kundengruppe nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek

⁴⁵ RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

⁴⁶ RPW 2014/1, 198 Rz 143, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 66, *Jura*.

⁴⁷ RPW 2011/3, 386 Rz 106 ff., *Behinderung des Online-Handels*. Vgl. hierzu auch EuGH vom 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Slg. 2011 I-9447, Rz 54, 59.

⁴⁸ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 56.

⁴⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 52 lit. c, Rz 54; RPW 2011/3, 396 Rz 189, *Behinderung des Online-Handels*.

noch eine Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 lit. c VertBek dar und ist somit in der Regel nicht qualitativ schwerwiegend.⁵⁰

25. Die Erheblichkeit von Verboten bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen (Ziff. 12 Abs. 1 lit. b, Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

⁵⁰ Vgl. EuGH vom 6.12.2017, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH*, Rz 69; EU-Vertikalleitlinien, Rz 54.