

Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

(VertBek-Erläuterungen)

vom [Datum]

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. VI. 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 lit. 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 lit. 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 VertBek) besteht. In Frage kommen jegliche Formen des «bewussten und gewollten

¹ Beschluss der Wettbewerbskommission vom [Datum] (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*.

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. Keine vertikale Preisabrede liegt vor, wenn eine Anbieterin Höchstverkaufspreise festsetzt, sofern sich diese nicht insbesondere infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.¹¹

8. Bei vertikalen 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 Litera 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.
- 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.¹² 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.¹³ Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann.¹⁴ Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlungen ergeben.¹⁵ Ist eine Vereinbarung oder Abstimmung zu bejahen, ist nicht massgebend, wenn die Preisempfehlung als «unverbindlich» oder als «für das Publikum bestimmt» bezeichnet wird.¹⁶
- Eine als Preisempfehlung getarnte vertikale Preisabrede wird von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst (Art. 12 Abs. 3 VertBek).
- Eine vertikale Preisabrede liegt auch vor, wenn sich Preisempfehlungen insbesondere infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.¹⁷

Vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz (Art. 12 VertBek)

9. 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, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.¹⁸ 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.¹⁹ 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).²⁰ Unabhängig von der Art des Vertriebssystems kann das Gebiet somit

¹² BGE 147 II 72, 86 E. 4.3, *Pfizer*.

¹³ BGE 147 II 72, 78 ff. E. 3.4, *Pfizer*.

¹⁴ BGE 147 II 72, 89 E. 4.5.1, *Pfizer*.

¹⁵ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, *Pfizer*.

¹⁶ BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

¹⁷ Vgl. Artikel 4 Litera a Vertikal-GVO.

¹⁸ 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.*

¹⁹ BGE 143 II 297, 328 f. E. 6.3.1, 331 f. E. 6.4.1, *Gaba*.

²⁰ 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*.

entweder einem einzelnen oder mehreren Händlerinnen gleichzeitig zugewiesen worden sein.²¹ Die Gebietszuweisung kann direkt oder indirekt (vgl. unten Rz 10) erfolgen.²² Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z. B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten.²³ 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).²⁴ Als Form des Passivverkaufs gilt auch der Verkauf infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren (im offenen und selektiven Verfahren²⁵)²⁶ oder privaten Aufforderungen zur Interessenbekundung.²⁷

10. 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 und den Vertriebspartnerinnen in der Schweiz das Gebiet der Schweiz zugewiesen wird und gleichzeitig Verkäufe aus dem EWR bzw. aus einem Gebiet des EWR heraus ausgeschlossen werden.²⁸ Derartige vertragliche Exportverbote führen zum Ausschluss von passiven Verkäufen an Händlerinnen und Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz. Als absolute Gebietschutzabreden 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.²⁹

11. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise umgesetzt werden (Art. 12 Abs. 2 VertBek).³⁰ 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.³¹ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlerinnen auf direkt oder parallel importierten³² Produkten erbracht werden.³³ Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz

²¹ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

²² 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*.

²³ RPW 2018/2, 366 Rz 39, *RIMOWA*; vgl. auch BGE 148 II 25E. 8.2, *Dargaud/WEKO* m.w.Hw.

²⁴ 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.

²⁵ Vgl. Art. 18 und 19 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

²⁶ RPW 2016/3, 654 Rz 4 f., *Flügel und Klaviere*.

²⁷ EU-Vertikalleitlinien, Rz 215.

²⁸ 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 2017/1, 100 Rz 40 f., *Eflare*.

²⁹ Vgl. RPW 2016/2, 479 Rz 315, *Nikon*.

³⁰ BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

³¹ 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*.

³² 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.

³³ 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 lit. I.

führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.³⁴

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

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

- Verbote des Passivverkaufs zulasten der Herstellerin:³⁵ Die Verpflichtung ausländischer Herstellerinnen gegenüber der Schweizer Generalimporteurin, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlerinnen oder Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz diese an den Schweizer Generalimporteurin zu verweisen, stellt keine absolute Gebietsschutzabrede dar.³⁶
- 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 konzerninterne vertikale Preisabsprachen und absolute Gebietsschutzabsprachen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 4 KG fallen.³⁷ 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).³⁸ Abgesehen von den in Artikel 15 Litera b bis d VertBek genannten Ausnahmen werden Beschränkungen von Aktivverkäufen indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet .

³⁴ Ausschliesslich 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*.

³⁵ Ausschliesslich 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*.

³⁶ BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 9.1, *Flammarion/WEKO*; vgl. auch RPW 2018/2, 243 Rz 54 f., *gym80*.

³⁷ 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_43/2020 vom 21.12.2021, E. 7.4, *Dargaud/WEKO*).

³⁸ BGE 143 II 297, 330 f. E. 6.3.5, *Gaba*.

Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen (Art. 14 lit. a VertBek)

13. Das Kriterium der Erheblichkeit ist eine Bagatellklausel. Bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.³⁹ 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.⁴⁰ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.⁴¹ Dabei genügt es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁴² Das heisst, ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht erforderlich.⁴³ 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.⁴⁴

Selektive Vertriebsysteme (Art. 15 lit. c, 16, 17, 18 VertBek)

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

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

15. 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 lit. 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.⁴⁵

16. Als qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändlerinnen an Endverbraucherinnen und Endverbraucher (Art. 15 lit. c (iii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek) sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs zwischen zugelassenen Händlerinnen (Art. 15 lit. c (ii) i.V.m. Art. 2, 3 VertBek). Werden passive Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnern 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.).

Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile (Art. 16 VertBek)

17. Selektive Vertriebsysteme, welche keine Beschränkungen nach Artikel 12 oder Artikel 15 Litera 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

³⁹ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.6, *Gaba*.

⁴⁰ 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*.

⁴¹ BGE 143 II 297, 315 f. E. 5.2.1, 324 f. E. 5.5, *Gaba*.

⁴² BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4, 325 E. 5.6, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.3.2, *BMW*.

⁴³ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2, *Gaba*; BGE 144 II 194, 199 E. 4.4.1, *BMW*.

⁴⁴ BGE 143 II 297, 334 ff. E. 7, *Gaba*; BGE 144 II 194, 201 E. 4.5, *BMW*.

⁴⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1994:5, Rz 32 ff., *Metro/Cartier*; RPW 2014/2, 411 Rz 42, *Jura*.

(Art. 16 Abs. 2 VertBek).⁴⁶ Bei selektiven Vertriebssystemen ist eine kumulative Wirkung wahrscheinlich, wenn solche Systeme weniger als 50 % eines Marktes abdecken oder wenn die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieterinnen unter 50 % liegt.⁴⁷

Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb (Art. 17 VertBek)

18. 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.⁴⁸

Rechtfertigung (Art. 18 VertBek)

19. 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.⁴⁹ Davon ausgenommen sind selektive Vertriebssysteme, die Abreden nach Artikel 15 Litera 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, 12, 15 lit. e und j VertBek)

Aktive Verkäufe (Art. 2 VertBek)

20. 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.

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12 VertBek)

21. Vertikale Wettbewerbsabreden betreffend den Online-Handel können eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz darstellen, wenn sie von qualifizierenden Umständen 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.⁵⁰

22. 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

⁴⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 26.

⁴⁷ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 155; RPW 2011/3, 389 Rz 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴⁸ 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*).

⁴⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 151.

⁵⁰ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 139, *Kosmetikprodukte*.

Anbieterin oder anderer Verkäuferinnen einzurichten, ist jedoch kein qualifizierender Umstand;⁵¹

- 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.⁵²

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

23. 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.⁵³

24. 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-Marktplätzen⁵⁴, 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 betreiben⁵⁵ und online zu werben⁵⁶.

25. Nachstehend sind Beispiele für Anforderungen im Zusammenhang mit Online-Verkäufen aufgeführt, die nicht als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden:⁵⁷

- 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;⁵⁸

⁵¹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 206 lit. 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*.

⁵² Vgl. EU-Leitlinien, Rz 206 lit. 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*.

⁵³ 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*.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rz 56 f., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁵⁶ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 208 mit Verweis auf EU-KOMM, COMP/AT. 40428 vom 17.12.2018, Rz 118 bis 126, *Guess*.

⁵⁷ EU-Vertikalleitlinien, Rz 208.

⁵⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2017:941, Rz 64 bis 69, *Coty Germany*.

- 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.

26. 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.⁵⁹

27. 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 Online-Werbekanäle wirksam zu nutzen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen (Art. 14 lit. b, 18 Abs. 3 VertBek).

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

28. 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 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.⁶⁰

29. Weite (plattformübergreifende) Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten auf Einzelhandelsstufe sind qualitativ schwerwiegend.⁶¹ 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.⁶²

30. 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 Paritätsverpflichtun-

⁵⁹ EU-Vertikalleitlinien, Rz 209.

⁶⁰ EU-Vertikalleitlinien, Rz 356.

⁶¹ RPW 2016/1, 77, Rz 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁶² Vgl. dazu EU-Vertikalleitlinien, Rz 356 ff. Zu beachten ist jedoch gegebenenfalls der auf die Motion Bischof (16.3902) zurückgehende Artikel 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG) [*Datum des Inkrafttretens noch unbekannt*].

gen gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilschwelle von 30 % von keinem an der vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Art. 18 Abs. 3 VertBek).