

ZVertriebsR

Zeitschrift für Vertriebsrecht

24878

www.ZVertriebsR.de

Handelsvertreterrecht
Vertragshändlerrecht
Vertriebskartellrecht
Franchiserecht
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr
Michael Martinek
Karsten Metzloff
Franz-Jörg Semler
Ulf Wauschkuhn

Aus dem Inhalt

Dr. Ulf Wauschkuhn/Dr. Johannes Teichmann

Kein Investitionersatzanspruch des Vertragshändlers und
Franchisenehmers 140

Renato Bucher/Dr. Benedikt Rohrßen

Vertriebskartellrecht EU / Schweiz – Der „Reboot“ der
Vertikal-GVO mit Swiss Finish 145

Dr. Susanne Creutzig

Einseitige Festlegung von Margen und Boni – Freifahrtschein
für die Hersteller durch die Entscheidung des Oberlandes-
gerichts Frankfurt a. M. vom 14.2.2023? 153

Maximilian Höving

Das Vertriebsrecht und Social Media: (Wann) sind Influencer
Handelsvertreter? 158

Dr. Mansur Pour Rafsendjani/Michael Schäfer

LkSG und Franchising: Zur Anwendbarkeit und Reichweite
des LkSG im Franchiseverhältnis 164

Dr. Bartosz Sujecki

Das niederländische Franchisegesetz 168

EuGH

Keine Anwendung dispositiven Gesetzesrechts bei missbräuch-
licher Schadensersatzklausel des AGB-Verkäufers 184

BGH

Unbegründeter Rückzahlungsanspruch hinsichtlich eines
Darlehens nach Beendigung eines Handelsvertretervertrages 191

EuGH

Berücksichtigung von Einmalprovisionen bei der Berechnung
des Ausgleichsanspruchs eines selbständigen Handelsvertreters 196



3/2023

S. 137–204, 12. Mai 2023
12. Jahrgang



Renato Bucher, LL. M. / Dr. Benedikt Rohrßen*

Vertriebskartellrecht EU / Schweiz – Der „Reboot“ der Vertikal-GVO mit Swiss Finish

Die EU hat zum 1. Juni 2022 ihr neues Vertriebskartellrecht in Kraft gesetzt – die neue Vertikal-GVO¹ samt den am 30. Juni 2022 veröffentlichten Vertikalleitlinien.² Die Vertikal-GVO gilt seitdem für jeden neuen Vertrag – und ab 1. Juni 2023 auch für alle vorher geschlossenen Verträge. Sie berücksichtigt vor allem den extrem gewachsenen Onlinehandel samt der Plattformökonomie und gewährt grundsätzlich mehr Flexibilität beim Gestalten von Vertriebssystemen. So können Hersteller nun im Exklusivvertrieb ein Gebiet exklusiv an bis zu fünf Händler vergeben; zudem können Hersteller die Händler zur Weitergabe von Gebiets- bzw. Kundenbeschränkungen verpflichten³.

Das **Vereinigte Königreich** hat ebenfalls zum 1. Juni 2022 seine *Competition Act 1998 (Vertical Agreements Block Exemption) Order 2022* (kurz: VABEO)⁴ in Kraft und damit die bisherige EU-Vertikal-GVO außer Kraft gesetzt.

Die **Schweiz** ist rund ein halbes Jahr später nachgezogen. Dort hat die Wettbewerbskommission (WEKO) – nach dem Entwurf vom 5. Juli 2022 und Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens⁵ – am 12. Dezember 2022 ihr **Pendant zur Vertikal-GVO** finalisiert und verabschiedet: die **Schweizer Vertikalbekanntmachung** (VertBek) samt Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung (VertBek-Erläuterungen). Letztere sind mit 11 Seiten allerdings deutlich kürzer als die 85-seitigen und dichter beschriebenen Vertikalleitlinien der EU.

Obschon die VertBek als Pendant zur Vertikal-GVO bezeichnet werden kann, bestehen gewichtige rechtstechnische Unterschiede. Während die Vertikal-GVO als Verordnung in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittel-

* Renato Bucher ist Rechtsanwalt und Partner im Zürcher Büro von MLL Legal und Co-Leiter der Praxisgruppe Wettbewerbsrecht. Dr. Benedikt Rohrßen ist Rechtsanwalt und Partner im Münchener Büro der internationalen Kanzlei Taylor Wessing und leitet deren Praxisgruppe Commercial Agreements & Distribution.

1 Verordnung (EU) 2022/720 vom 10.5.2022 über die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt (ABl.) L 134 vom 11.5.2022, S. 4–13; hierzu Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 293 ff. (zum Entwurf, insbesondere bzgl. des Online-Vertriebs); Rothermel/Rohrßen, IHR 2022, 221 ff. (zur finalen Fassung).

2 Mitteilung der Europäischen Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01), ABl. C 248 vom 30.6.2022, S. 1–85.

3 Überblick und Details bei Rohrßen, VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements, 2023 (bei Springer, im Erscheinen; zit.: Rohrßen, VBER 2022), mit zahlreichen grafischen Übersichten und Checklisten.

4 Abrufbar unter <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2022/516/contents/made>>.

5 Der Vernehmlassungsentwurf und die 19 Stellungnahmen, welche von Parteien, Verbänden und weiteren interessierten Kreisen eingereicht wurden, sind unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/bekanntmachungen—erlaeuterungen.html> abrufbar. Auf derselben Seite sind auch die neue und alte VertBek und VertBek-Erläuterungen sowie weitere Bekanntmachungen wie die KFZ-Bekanntmachung inklusive Erläuterungen, die KMU-Bekanntmachung etc. abrufbar.

bar in jedem Mitgliedstaat gilt,⁶ bilden Vertikalbekanntmachungen bloß „die Praxis der Wettbewerbsbehörden ab (...), stellen also lediglich deren Stand des Wissens und die darauf basierende Kartellrechtspraxis dar.“⁷ Sie entwickeln sich ständig weiter und sind für das Bundesgericht – ungeachtet der zweifellos hohen Bedeutung in der Praxis – nicht bindend. Gemäß Bundesgericht würde „[e]ine Abstützung auf die VertBek [...] den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Kartellverwaltungsrechts unterlaufen“, weshalb das Bundesgericht nur „unter besonderen Voraussetzungen“ darauf Bezug nimmt.⁸ In rechtstechnischer Hinsicht stehen die VertBek und die VertBek-Erläuterungen damit faktisch auf derselben Stufe und sind eher mit den EU-Vertikalleitlinien als mit der Vertikal-GVO vergleichbar.

Die Unterschiede zwischen dem Entwurf und der finalen Fassung der VertBek, welche am 30. Dezember 2022 im Bundesblatt⁹ formell publiziert wurde, sind gering ausgefallen. Das Vernehmlassungsverfahren hatte primär Auswirkungen auf die VertBek-Erläuterungen, welche in mehreren Punkten angepasst wurden. So wurden beispielsweise analog zu den Ausführungen in den EU-Vertikalleitlinien am Schluss der VertBek-Erläuterungen Wettbewerbsverbote, welche stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, ergänzt. Eine solche Klarstellung wurde von zahlreichen interessierten Kreisen im Vernehmlassungsverfahren gefordert.

Eine in der Vernehmlassung mehrfach geforderte Ergänzung ist jedoch ausgeblieben – es fehlt eine klare Aussage dazu, was gilt, wenn Erläuterungen aus den umfangreicheren EU-Vertikalleitlinien in den kurzen VertBek-Erläuterungen fehlen. Die WEKO beschränkt sich darauf, im Erwägungsgrund VII der VertBek festzuhalten, dass „unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen“ die „europäischen Regelungen (...) analog auch für die Schweiz“ gelten. Dieser Erwägungsgrund VII wird teilweise auch als „Harmonisierungsklausel“ bezeichnet.

Die WEKO will nach eigener Aussage mit der Vertikalbekanntmachung ausdrücklich sicherstellen, dass in der EU und der Schweiz „grundsätzlich die gleichen Regeln zur Anwendung kommen“¹⁰. Dies entspricht grundsätzlich auch einem Gebot der Rechtsprechung; das Bundesgericht hat im wegweisenden *Gaba*-Leitentscheid festgehalten, dass der Gesetzgeber, „ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 [des Kartellgesetzes] und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden [wollte] – trotz fehlendem dynamischen Verweis“.¹¹ Die Bedeutung der Relativierungen – also des „grundsätzlich“ – darf aber nicht unterschätzt werden.

So hielt das Bundesgericht in *Gaba* auch fest, dass „[bei] aller geforderten Parallelität [der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von vertikalen Abreden in der Schweiz und der EU] nicht vergessen werden [darf], dass diese nur dann angenommen werden kann, wenn die grundlegenden Begriffe, die Rechtsprechung und das System des europä-

ischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden sich gegenüber 2003¹² nicht grundlegend geändert haben, weil ansonsten diese Verschiebungen nicht mehr durch den schweizerischen gesetzgeberischen Willen gedeckt wären.“¹³ Zudem hätten „insbesondere vertikale Abreden über absolute Gebietschutz für kleinere Länder ganz andere Auswirkungen als dies für grosse Länder oder vereinheitlichte Binnenmarkträume wie etwa die EU der Fall ist“.¹⁴

Dass die Grenzen der Parallelität vom schweizerischen und EU-Wettbewerbsrecht im Bereich der Vertikalabreden nicht bloß theoretischer Natur sind, sondern praktisch sehr bedeutsam sein können, zeigen diverse „Swiss Finishes“ in der neuen VertBek und den VertBek-Erläuterungen, welche sich aus der Gerichts- und Behördenpraxis ergeben und im Resultat mehrfach zu strengeren Vorschriften im Vergleich zum EU-Wettbewerbsrecht geführt haben. In den Fußnoten 39 und 40 der VertBek-Erläuterungen wird ausdrücklich auf gewisse „[a]uf Schweizer Praxis beruhende Regelung[en]“ hingewiesen, wobei aber einer der bedeutendsten „Swiss Finishes“, nämlich die Behandlung von Preisempfehlungen, nicht als solcher deklariert wird. Die wichtigsten materiellen Unterschiede werden nachfolgend adressiert.

Die VertBek ist zum 1. Januar 2023 **in Kraft getreten**. Analog zur Vertikal-GVO – wenn auch sieben Monate „zeitversetzt“ – sieht die VertBek vor, dass sie vom 1. Januar bis 31. Dezember 2023 noch nicht auf diejenigen Wettbewerbsabreden zur Anwendung kommt, welche den Kriterien der alten Vertikalbekanntmachung aus dem Jahre 2010,¹⁵ nicht hingegen den Kriterien der revidierten VertBek, genügen.

Für die im EU-Vertriebskartellrecht geübte Leserin bzw. den geübten Leser bietet die Schweizer Vertikalbekanntmachung gutes Anschauungsmaterial, wie die Vertikal-GVO bzw. das EU-Vertriebskartellrecht optimiert werden könnte, etwa durch klarere Gliederungen in den Definitionen und die Kodifizierung hergebrachter Grundsätze wie den wichtigen Metro-Kriterien, die in Art. 17 VertBek und nicht bloß in den VertBek-Erläuterungen ihren Nieder-

6 Art. 288 AEUV.

7 BGE 147 II 72 E. 4.4.3, *Pfizer*.

8 BGE 147 II 72 E. 4.4.3, *Pfizer*.

9 Bundesblatt (BBl) 2022 3231.

10 WEKO, Medienmitteilung «WEKO aktualisiert Vertikalvereinbarungs-Regeln» vom 14.12.2022, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74457.pdf>>.

11 BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*. Anzumerken ist, dass die «materiell identische Regelung» nicht nur in Bezug auf Mindest-/Festpreisvorgaben sowie Gebietszuweisungen gemäß Art. 5 Abs. 4 KG, sondern im gesamten Bereich der vertikalen Abreden gilt; siehe z. B. BGE 148 II 25, *Dargaud* bzw. Urteil des Bundesgerichts 2C_43/2020 vom 21.12.2021, E. 4.4 (Erwägung im BGE nicht publiziert). Dies ändert aber nichts daran, dass das Bundesgericht beispielsweise der Technologietransfer-GVO ausdrücklich die Geltung abspricht und unter Umständen auch eine parallele Anwendung ausschließt (BGE 143 II 297 E. 6.4.4, *Gaba*). Die grundsätzliche Parallelität von EU- und schweizerischem Kartellrecht ist im Übrigen nicht auf Vertikalabreden beschränkt, sondern umfasst gemäß der Rechtsprechung das gesamte Wettbewerbsrecht und insbesondere auch die Missbrauchskontrolle (vgl. etwa BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe* und BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*).

12 Gemeint ist die Revision des Schweizer Kartellgesetzes im Jahr 2003, die u. a. mit Art. 5 Abs. 4 KG einen neuen Vermutungstatbestand für vertikale Wettbewerbsabreden einführte, der die Abschottung der Schweizer Märkte bekämpfen und Parallelimporte fördern sollte; vgl. Heinemann, 25 Jahre Kartellgesetz, ius.full 2021, 166, 170 unter Ziff. 2.c).

13 BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*.

14 BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*.

15 Die alte Vertikalbekanntmachung vom 28.6.2010 wurde im Nachgang an die alte europäische Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen verabschiedet und am 22.5.2017 gestützt auf das wegweisende Urteil des Bundesgerichts i. S. *Gaba* (BGE 143 II 297) revidiert. Die alten Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung stammten hingegen erst vom 12.6.2017.

schlag gefunden haben. Hilfreich ist auch das – von der WEKO per VertBek – veröffentlichte Prüfschema in Anhang 1.

Sprachlich unterscheiden sich die Regelungen interessanterweise insofern, als die Vertikal-GVO jedenfalls in der deutschen Version schlicht allgemein das generische Maskulinum verwendet, während die VertBek teils zusätzlich (z. B. „Kundinnen und Kunden“¹⁶), teils ausschließlich die jeweiligen Begriffe im Femininum (z. B. „die Anbieterin ... allen anderen Abnehmerinnen“¹⁷) einsetzt. Dies beruht auf dem „Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen der Bundeskanzlei“¹⁸. Anzumerken ist, dass die VertBek in deutscher, französischer und italienischer Sprache existiert, aber bedauerlicherweise keine offizielle englische Übersetzung zur Verfügung steht.

Für **Unternehmen, die europaweit vertreiben** oder künftig auf dem europäischen Markt auftreten möchten, stellt sich die **höchst praxisrelevante Frage**, ob getreu „one size fits all“ man mit einem Vertriebsvertrag weiterkommt oder ob bzw. wo man differenzieren muss, um die kartellrechtliche Compliance sicherzustellen. Dieser Beitrag geht dieser Frage nach, wobei er sich auf den Vertrieb auf dem europäischen Festland – EU samt Schweiz – konzentriert: Auf einen Überblick der Neuerungen der Schweizer Vertikalbekanntmachung und VertBek-Erläuterungen (I.) folgen ein tabellarischer Vergleich zum EU-Vertriebskartellrecht (II.), abgerundet mit Tipps zum europaweiten Vertrieb (III.).

I. Die Vertikalbekanntmachung 2022 – Vergleich mit ihrer Vorgängerin von 2010

Als Ausgangspunkt lässt sich festhalten, dass die revidierte VertBek primär zum Ziel hat, die revidierte Vertikal-GVO „nachzubilden“ und damit im Einklang mit der Rechtsprechung eine möglichst EU-kompatible Regelung zu schaffen.

1. Ähnlich Gebliebenes

So erfolgten in den **Definitionen** diverse Anpassungen, welche Anpassungen der Definitionen im EU-Kartellrecht widerspiegeln. Beispiele sind die angepassten Definitionen zum aktiven und passiven Verkauf in Art. 2 und 3 VertBek oder die neuen Definitionen zu Alleinvertriebssystemen in Art. 4 VertBek und zu Online-Vermittlungsdiensten in Art. 9 VertBek.

Durch die neuen Definitionen und weitere Änderungen wurde die Artikelnummerierung in der neuen VertBek verschoben (neu insgesamt 22 Artikel im Vergleich zu 20 Ziffern der alten Vertikalbekanntmachung), wobei der Gesamtumfang der VertBek aber in etwa unverändert blieb. Es fällt auch auf, dass die neue VertBek aus „Artikeln“ und „Absätzen“ besteht, während in der alten Vertikalbekanntmachung von „Ziffern“ die Rede war und die Absätze schlicht in Klammern (z. B. „Ziffer 13 (1)“) gesetzt wurden.

In **Art. 10 VertBek** wurde der **Geltungsbereich** der VertBek im Vergleich zur alten Fassung ausgedehnt, indem diese u. a. auch auf nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen anwendbar

erklärt wird, sofern die Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber die *Flammarion*-Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche im Bereich der anbieterseitig auferlegten Beschränkungen zu einem „Swiss Finish“ geführt hat.

Ferner wurde – ähnlich wie in Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO – in Art. 10 VertBek ein Vorbehalt zum Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern eingefügt, welcher vom Anwendungsbereich der VertBek ausgenommen wird, sofern dieser „entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt“. Weiter wurden – auch in Analogie zur Vertikal-GVO – u. a. Ausschlüsse vom Geltungsbereich in Bezug auf konkurrierende Online-Vermittlungsdienste und die Übertragung oder Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums eingefügt.

Art. 12 VertBek, welcher die **Vermutungstatbestände** regelt, wurde nicht wesentlich revidiert. Dies ist nicht erstaunlich, da die Revision der VertBek die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere Art. 5 und Art. 49a KG, nicht berührt hat. Aus diesen Bestimmungen folgt – als wesentlichem Unterschied zum EU-Kartellrecht – insbesondere, dass im Bereich der Vertikalabreden nur von Art. 5 Abs. 4 KG erfasste Abreden „über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden“, direkt mit umsatzabhängigen Bußen gemäß Art. 49a KG sanktioniert werden können. Solche Abreden werden als „Vermutungstatbestände“ bezeichnet, da sie gesetzlich zu einer Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Vertikale (und selbst qualitativ schwerwiegende) Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, sind hingegen im Unterschied zum EU-Wettbewerbsrecht nach wie vor nicht direkt sanktionierbar¹⁹, selbst wenn es sich unter der Vertikal-GVO etwa um Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 Vertikal-GVO handeln würde.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang die Auftrennung der alten Ziffer 12 der Vertikalbekanntmachung zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen, welche neu in Art. 14 und 15 VertBek aufgegangen ist. In **Art. 15 VertBek** werden die sogenannten „**qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsabreden**“, welche nicht unter die Vermutungstatbestände gemäß Art. 5 Abs. 4 KG fallen, neu separat thematisiert, wobei analog zur neuen Vertikal-GVO nach Alleinvertriebssystemen, selektiven Vertriebssystemen und anderen Vertriebssystemen unterschieden wird. Art. 15 VertBek gibt im Wesentlichen Art. 4 und 5 Vertikal-GVO wieder (u. a. neuerdings auch mit einer ausdrücklichen Erwähnung von weiten Paritäts-

16 Art. 2 VertBek.

17 Art. 4 VertBek.

18 Vgl. Begleitnotiz: Übersicht der Änderungen gemäß Vernehmlassungsentwurf Vertikalbekanntmachung / VertBek-Erläuterungen, Ziff. III.

19 Indirekt sanktionierbar sind solche nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallenden Abreden dann, wenn ein Behörden- bzw. Gerichtsentscheid sie für verboten erklärt hat und ein Unternehmen gleichwohl das verbotene Verhalten fortsetzt (siehe Art. 50 KG, und wie es allgemein bis zur KG-Revision 2003 geltendes Schweizer Recht war; vgl. Heinemann, 25 Jahre Kartellgesetz, ius.full 2021, 166, 169 unter Ziff. 2.c)).

klauseln)²⁰, aber ohne Art. 4 (a) der Vertikal-GVO (Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen), welcher in Art. 15 Abs. 1 VertBek zwecks Übernahme der Gliederung der neuen Vertikal-GVO bloß mit einem Platzhalter gefüllt ist. Der Grund hierfür liegt darin, dass Verkaufspreisbeschränkungen unter die Vermutungstatbestände gemäß Art. 12 Abs. 1 (a) VertBek fallen.

Vergleich der Begrifflichkeiten in der VertBek und der Vertikal-GVO:

<p>Vermutungstatbestände gemäß Art. 5 Abs. 4 KG und Art. 12 VertBek (direkt sanktionierbar)</p>	<p>stellen stets Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 Vertikal-GVO dar, jedoch unter Vorbehalt der „Swiss Finishes“ insbesondere bezüglich Preisempfehlungen und Alleinbezugspflichten, welche Passivverkaufsverbote bewirken</p>
<p>Qualitativ schwerwiegende Beschränkungen gemäß Art. 15 VertBek (nicht direkt sanktionierbar, aber unter Art. 5 Abs. 1 KG meist unzulässig, selbst bei quantitativ geringfügigen Auswirkungen²¹)</p>	<p>stellen entweder Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 Vertikal-GVO oder nicht freigestellte Beschränkungen gemäß Art. 5 Vertikal-GVO dar</p>

Die **Bagatellschwellen** in **Art. 16 VertBek** – namentlich, dass qualitativ nicht schwerwiegende Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Art. 12 VertBek oder Art. 15 (b)-(f) VertBek fallen,²² in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen – blieben im Wesentlichen unverändert. Es gilt namentlich weiterhin, dass vertikale Abreden, die nicht unter die Vermutungstatbestände fallen und keine qualitativ schwerwiegenden Beschränkungen enthalten, regelmäßig zu keiner erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Ergänzt wurde bloß, dass im Falle von kumulativen Abschottungseffekten durch nebeneinander bestehende Netze von vertikalen Wettbewerbsabreden, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, Lieferantinnen oder Händlerinnen mit einem Marktanteil von maximal 5 % in der Regel nicht wesentlich zu solch kumulativen Abschottungseffekten beitragen.

Ebenfalls unverändert gilt gemäß **Art. 18 VertBek** unter dem Titel der **Rechtfertigung** weiterhin, dass vertikale Wettbewerbsabreden mit Ausnahme der Vermutungstatbestände und qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbs-

abreden „in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt“ gelten, wenn die Marktanteile der Anbieterin und der Abnehmerin auf dem jeweiligen relevanten Markt nicht mehr als 30 % betragen. Es ist hingegen nochmals zu betonen, dass diese **Marktanteilsschwellen** aufgrund der rechtstechnisch unterschiedlichen Regelung in der Schweiz und der EU nicht zu einem rechtlichen „safe harbour“ führen, welcher nötigenfalls mit einem Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung analog zu Art. 6 Vertikal-GVO beseitigt werden müsste. Entsprechend führt ein Unterschreiten der Marktanteilsschwellen nur „in der Regel“ zur Rechtfertigung der Vertikalabreden. Ergänzt wurde in Art. 18 Abs. 4 (f) VertBek zudem ausdrücklich, dass auch die Erzielung von Größenvorteilen beim Vertrieb als rechtfertigender Effizienzgrund geltend gemacht werden kann. Dies war in der alten Vertikalbekanntmachung noch nicht der Fall.

2. Alte und neue „Swiss Finishes“

Die vorstehend erläuterten geänderten und auch unverändert gebliebenen Bestimmungen in der VertBek bilden, wie eingangs erwähnt, im Wesentlichen – wenn auch rechtstechnisch und terminologisch unterschiedlich – die neue Vertikal-GVO nach. Darüber hinaus enthalten die VertBek und insbesondere die VertBek-Erklärungen aber auch Schweiz-spezifische Änderungen.

a) Preisempfehlungen

Am auffallendsten ist dies in Bezug auf **Preisempfehlungen**. Diesen wurde in der alten Vertikalbekanntmachung aus dem Jahr 2010 eine eigene Ziffer 15 gewidmet. Gemäß Ziffer 15 (2) der alten Vertikalbekanntmachung galten Preisempfehlungen „als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken“. Ziffer 15 (3) enthielt zudem einen Katalog von Kriterien, welche Anlass geben konnten, dass Preisempfehlungen aufgegriffen werden (z. B. fehlende allgemeine Zugänglichkeit, Aufdruck auf Produkten ohne Angabe der Unverbindlichkeit, höheres Preisniveau in der Schweiz als im benachbarten Ausland und hoher Befolgungsgrad).

Die alte Ziffer 15 wurde in der neuen VertBek hingegen vollständig gestrichen. Stattdessen wurden in Rz. 8 f. der VertBek-Erläuterungen neue Ausführungen zu Preisempfehlungen eingefügt, welche – trotz erheblicher Kritik im Vernehmlassungsverfahren – im Wesentlichen die Ausführungen des Bundesgerichts im *Pfizer*-Leitentscheid aus dem Jahr 2021 wiedergeben.

In *Pfizer* hatte das Bundesgericht u. a. ausgeführt, dass für die Subsumtion einer Preisempfehlung unter die Vermutungstatbestände gemäß Art. 5 Abs. 4 KG keine Druckausübung und dergleichen erforderlich ist.²³ Rz. 8 der VertBek-Erläuterungen hält nun fest, dass „[e]ine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG eine vertikale Preisabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG [ist], wenn sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken“. Zudem werden in Rz. 9 der VertBek-Erläuterungen Druckausübung oder Anreize zwecks Einhaltung der Preisempfehlungen als Aufgreifkriterien für

20 Weite Paritätsklauseln wurden aber bereits durch die WEKO mit Verfügung vom 19.10.2015 untersagt; siehe RPW 2016/1, 67 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*. Zu ergänzen ist, dass seit dem 1.12.2022 zudem Art. 8 a UWG in Kraft ist. Demnach handelt unlauter, «wer als Betreiber einer Online-Plattform zur Buchung von Beherbergungsdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben durch Paritätsklauseln, namentlich bezüglich Preis, Verfügbarkeit oder Konditionen, direkt oder indirekt einschränken.» Damit wurden auf gesetzgeberischem Wege auch enge Paritätsklauseln untersagt.

21 Art. 14 (b) VertBek.

22 Bei Unterschreitung der Bagatellschwelle gelten insbesondere Wettbewerbsverbote, welche als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren sind (z. B. wegen einer langen Geltungsdauer oder nachvertraglicher Geltung), in der Regel als unerheblich.

23 BGE 147 II 72 E. 6.4.6, *Pfizer*.

Preisempfehlungen bezeichnet. Darüber hinaus können aber „[a]bgestimmte Verhaltensweisen über Preisempfehlungen“ als sanktionierbare Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert werden, wenn sich die Preisempfehlungen „insbesondere infolge des Befolgungsgrads tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken“. Die VertBek-Erläuterungen enthalten ferner Ausführungen, wann eine Preisempfehlung als (sanktionierbare) abgestimmte Verhaltensweise und nicht mehr bloß als einseitig und damit kartellrechtlich unbedenklich qualifiziert werden kann. Dies kann bei einer „besonders intensive[n] Kommunikation der Preisempfehlungen“ der Fall sein, etwa, wenn Preisempfehlungen wiederholt in Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden.

Alles in allem ist durch das *Pfizer*-Urteil des Bundesgerichts eine erhebliche Rechtsunsicherheit im Umgang mit Preisempfehlungen geschaffen worden.²⁴ Insbesondere besteht keine Klarheit darüber, ab wann an sich einseitige Preisempfehlungen als Wettbewerbsabrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden können. Klar ist mit Blick auf *Pfizer* einzig, dass die bloße Abwesenheit von Druck oder Anreizen keinen „safe harbour“ schafft. Der WEKO ist es leider – wenn auch nicht überraschend – nicht gelungen, diese bundesgerichtlich geschaffene Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Jedenfalls ist bei Preisempfehlungen in der Schweiz weiterhin große Vorsicht geboten, insbesondere bei einem hohen Befolgungsgrad. In solchen Fällen kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch einseitige Preisempfehlungen als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden könnten.

b) Alleinbezugspflichten

Eine für die Vertriebspraxis äußerst relevante Abweichung zwischen der schweizerischen Praxis sowie der Vertikal-GVO wird in Fußnote 39 neuerdings ausdrücklich als auf einer „Schweizer Praxis beruhende Regelung“ bezeichnet, hat inhaltlich an sich aber nicht wesentlich geändert: die mögliche Qualifikation von Alleinbezugspflichten als direkt sanktionierbares Verbot von Passivverkäufen gemäß Art. 5 Abs. 4 KG. Rz. 8 der alten VertBek-Erläuterungen hielt bereits fest, dass vertragliche Bezugsbeschränkungen, „wonach sich die Vertriebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertriebsware nur in ihrem Vertriebsgebiet zu beziehen“, zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen können. Diese Aussage wurde in Rz. 12 der neuen VertBek-Erläuterungen inhaltlich unverändert übernommen; neben dem *Nikon*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2016 wurde neu nun jedoch auch die Verfügung der WEKO in der Sache *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren* zitiert.

Illustrativ für die Problematik von Alleinbezugspflichten ist aus der neuesten Praxis zudem der Schlussbericht des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung zum Vertrieb von Yamaha-Produkten.²⁵ Demnach wurden die Yamaha-Partner durch die Rahmenverträge vertraglich dazu verpflichtet, die Yamaha-Produkte nur bei der Generalimporteurin der Yamaha-Produkte für die Schweiz zu beziehen. Damit wurde den Yamaha-Partnern indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen und untersagt, Kaufanfragen für Yamaha-Produkte bei ande-

ren Bezugsquellen im Ausland zu tätigen, welche passive Verkäufe in die Schweiz hätten auslösen können.²⁶ Das Sekretariat der WEKO kam zur Auffassung, dass sich aus dieser Regelung Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der Generalimporteurin und den Yamaha-Partnern ergeben und hat gegenüber der Generalimporteurin angeregt, die Alleinbezugsverpflichtungen aus den Verträgen mit Yamaha-Partnern zu streichen.²⁷ Da die Generalimporteurin dem Sekretariat der WEKO zugesichert hatte, diese Anregung umzusetzen, wurde seitens des Sekretariats der WEKO darauf verzichtet, eine formelle Untersuchung zu eröffnen.²⁸

Diese strenge, nun ausdrücklich als „Swiss Finish“ deklarierte Praxis steht im Widerspruch zur Regelung in der Vertikal-GVO, welche derartige, unter den Begriff der Wettbewerbsverbote fallende Bezugsbeschränkungen grundsätzlich freistellt, sofern sie nicht für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als 5 Jahren gelten.²⁹ Gemäß der WEKO wäre eine Alleinbezugsverpflichtung jedoch dann nicht als Verbot von Passivverkäufen zu qualifizieren, „wenn einem Schweizer Generalimporteur eine Bezugsspflicht direkt beim ausländischen Hersteller auferlegt wird, während die Händler der nachgelagerten Handelsstufen sowie die Endkundinnen und Endkunden frei bleiben, die Produkte (günstiger) im Ausland zu beschaffen“.³⁰

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass im Zusammenhang mit Parallelimporten nicht nur die strengeren Regeln der VertBek-Erläuterungen und der schweizerischen Praxis im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 KG, sondern auch die seit dem 1. Januar 2022 in Kraft stehenden Bestimmungen zur relativen Marktmacht zu beachten sind. Im Zuge der Einführung der relativen Marktmacht wurde auch Art. 7 Abs. 2 (g) KG ins Gesetz aufgenommen, wonach insbesondere „die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen“, in den Katalog möglicher missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen aufgenommen wurde.³¹ Das schweizerische Recht und die Praxis schützen die Möglichkeit von Parallelimporten deutlich über die EU-Regelungen hinaus damit nicht nur im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden, sondern auch in Bezug auf einseitige Verhaltensweisen (relativ) marktmächtiger Unternehmen. Diesem Punkt ist bei der Strukturierung eines europaweiten Vertriebes zwingend große Aufmerksamkeit zu widmen.

c) Strengere Beurteilung anbieterseitiger Beschränkungen

Eine weitere Regelung, für welche in Fußnote 40 der VertBek-Erläuterungen ausdrücklich auf die Schweizer

24 Aus der neuen Praxis zu Preisempfehlungen kann insbesondere auf den Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 20.5.2022 in der Vorabklärung 22-0502 *Vertriebssystem von Yamaha-Produkten* verwiesen werden, abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html>>.

25 Schlussbericht *Vertriebssystem von Yamaha-Produkten*, zitiert in Fn. 26.

26 Schlussbericht *Vertriebssystem von Yamaha-Produkten*, zitiert in Fn. 26, Rz. 210.

27 Schlussbericht *Vertriebssystem von Yamaha-Produkten*, zitiert in Fn. 26, Rz. 273.

28 Schlussbericht *Vertriebssystem von Yamaha-Produkten*, zitiert in Fn. 26, Rz. 272.

29 Art. 5 Abs. 1 (a) Vertikal-GVO.

30 RPW 2019/4, 1155 ff., 1165, *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*.

31 Seit der Einführung dieser Bestimmung wurden mehrere Untersuchungen eröffnet, namentlich am 30.1.2023 gegen die *Madrigall*-Gruppe (französischsprachige Bücher) sowie am 15.8.2022 gegen die *Fresenius Kabi*-Gruppe (Trink-, Sondennahrung und Supplemente).

Praxis abgestellt wurde, betrifft die strengere Beurteilung von Passivverkaufsverboten zu Lasten der Anbieterinnen. In Rz. 9 der alten VertBek-Erläuterungen wurde festgehalten, dass Verbote von Passivverkäufen zu Lasten des „Anbieters“, d. h. die Verpflichtung ausländischer Anbieter gegenüber dem Schweizer Generalimporteur, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlern oder Endkunden aus der Schweiz diese an den Schweizer Generalimporteur zu verweisen, keine absolute Gebietsschutzabrede darstellen. Neuerdings gilt dies gemäß Rz. 13 der revidierten VertBek-Erläuterungen, wenn solche Verbote den *Herstellerinnen* auferlegt werden.

Diese Verschärfung – notabene auch gegenüber dem EU-Recht³² – geht auf den *Flammarion*-Leitentscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2022 zurück. Das Bundesgericht entschied darin, dass eine nicht herstellende Lieferantin („*fournisseuses non productrices*“) nicht gleich wie eine Herstellerin behandelt werden dürfe.³³ Anzumerken ist, dass zumindest im Bereich des dualen Vertriebs im Wortlaut der revidierten VertBek und Vertikal-GVO keine solche Differenz besteht.³⁴

II. Die Vertikalbekanntmachung 2022 – Vergleich zur Vertikal-GVO 2022

Die folgende Übersicht vergleicht das Schweizer und das EU-Vertriebskartellrecht anhand der wesentlichen Gesichtspunkte: Die erste Zeile listet im Fettdruck den jeweiligen Gesichtspunkt, die zweite Zeile gibt das Vergleichsergebnis in Kurzform wieder³⁵ und die dritte Zeile gibt jeweils einen kurzen Überblick der rechtlichen Regelungen:

Sachlicher Geltungsbereich	
CH < EU	
CH: Vertikale Wettbewerbsabreden und abgestimmte Verhaltensweisen ³⁶ , auch für Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträge ³⁷ , sofern Übertragung / Nutzung von IP-Rechten nicht Hauptgegenstand ³⁸ . Zu bedenken ist, dass kein Pendant zur europäischen Technologietransfer-GVO besteht und Technologietransfer-Vereinbarungen, welche einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. ³⁹	EU: Vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, inkl. Franchise-, Lizenz- und Technologietransfervereinbarungen, sofern die IP-Rechte-Übertragung nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung und unmittelbar auf Nutzung/Verkauf/Weiterverkauf bezogen. Für Technologietransfer-Vereinbarungen existiert eine separate GVO. ⁴⁰

32 Rn. 222 der revidierten Vertikalleitlinien hält ausdrücklich fest, dass der „Anbieter“ Beschränkungen des eigenen Verkaufs akzeptieren kann.

33 BGE 148 II 321 E. 9.5, *Flammarion*.

34 Art. 10 Abs. 2 VertBek und Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO.

35 Dort erfolgt eine Bewertung der Unterschiede in Kurzform: „>“, steht für Regelungen, die gemäß Schweizer Recht mehr, „<“, weniger Gestaltungsfreiheit lassen, während sie bei „=“, gleich bzw. weitgehend gleich ist.

36 Art. 10 Abs. 1 und Art. 1 VertBek.

37 Rz. 10 (bei Fn. 23) VertBek-Erläuterungen.

38 Art. 10 Abs. 6 VertBek.

39 BGE 143 II 297 E. 6.4.4, *Gaba*.

40 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 vom 21.3.2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 93 vom 28.3.2014, S. 17–23.

Zeitlicher Geltungsbereich / Inkrafttreten	
Vergleich CH / EU n. a.	
CH: 1. Januar 2023, zeitlich unbefristet ⁴¹ ; Übergangsfrist für Altverträge bis einschließlich 31. Dezember 2023.	EU: 1. Juni 2022 bis 31. Mai 2034; Übergangsfrist für Altverträge bis einschließlich 31. Mai 2023. ⁴²
Bindungswirkung	
CH < EU	
Durch die Bindungswirkung gewährt die Vertikal-GVO zumindest größere Rechtssicherheit im Sinne eines „safe harbour“ (unter Vorbehalt des Entzugs der Freistellung im Einzelfall).	
CH: Bloße Wiedergabe der Praxis; keine Bindungswirkung für Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht. ⁴³	EU: Vertikal-GVO bindet europäische Behörden und Gerichte, stellt frei. ⁴⁴
KMU / beschränkte Marktwirkung	
CH < EU	
CH: KMU-Bekanntmachung ⁴⁵ : Un-erheblich sind i. d. R. vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen ⁴⁶ , es sei denn, sie betreffen Mindest-/Fixpreise oder absoluten Gebietschutz. ⁴⁷ Die VertBek geht vor.	EU: Effect on Trade Guidelines ⁴⁸ : Vereinbarungen zwischen KMU sind regelmäßig nicht geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. ⁴⁹
Bagatellschwelle	
CH = EU	
≤ 15 % ⁵⁰	

41 Faktisch dürfte die VertBek im Zuge der nächsten Revision der Vertikal-GVO wieder revidiert werden. Bei den VertBek-Erläuterungen sind je nach Entwicklung der Praxis zudem weitere Revisionen wahrscheinlich.

42 Art. 10 und 11 Vertikal-GVO.

43 Erwägungsgrund XII VertBek; siehe auch BGE 147 II 72 E. 4.4.3, *Pfizer*.

44 Art. 288 Abs. 2 AEUV.

45 Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19.12.2005, BBl 2006 883. Die KMU-Bekanntmachung ist in der Praxis nur noch von geringer Bedeutung. Insbesondere für Kleinstunternehmen ist sie gegebenenfalls noch relevant.

46 Unternehmen < 10 Mitarbeitende und ≤ CHF 2 Mio.

47 Ziff. 3 Abs. 2 und Ziff. 5 (b) KMU-Bekanntmachung; Art. 5 Abs. 4 KG.

48 Bekanntmachung der Kommission — Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 81–96. Während die Schweiz nur Kleinstunternehmen definiert (< 10 Mitarbeitende und ≤ CHF 2 Mio. Jahresumsatz), definiert die EU sowohl Kleinstunternehmen (< 10 Mitarbeitende und ≤ EUR 2 Mio. Jahresumsatz), kleine Unternehmen (< 50 Mitarbeitende und ≤ EUR 10 Mio. Jahresumsatz) und mittlere Unternehmen (< 250 Mitarbeitende und ≤ EUR 50 Mio. Jahresumsatz); vgl. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36–41.

49 Fn. 5 der Mitteilung der Kommission — Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 291 vom 30.8.2014, S. 1–4; Ziff. 50 der Bekanntmachung über die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (zitiert in Fn. 52).

50 Schweiz: Ziff. 3 Abs. 1 (b) KMU-Bekanntmachung und Art. 16 Abs. 1 VertBek; EU: Ziff. 8 (b) De-minimis-Bekanntmachung.

Marktanteilsschwelle für Effizienzrechtfertigung bzw. Freistellung	
CH = EU	
≤ 30 % ⁵¹	
Handelsvertreter	
CH = EU	
CH: Handelsvertreterverhältnisse werden in der VertBek und den VertBek-Erläuterungen <i>nicht</i> ausdrücklich angesprochen. Die Geltung des Handelsvertreterprivilegs wird durch die WEKO aber grundsätzlich anerkannt, wobei auf die Risikotragung abgestellt wird, ⁵² während sich das Bundesgericht bislang nicht klar äußerte. ⁵³	EU: Vertriebsvereinbarungen fallen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn der Handelsvertreter keine signifikanten finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken trägt. ⁵⁴
Exklusiver Vertrieb	
CH = EU	
– Geteilter Alleinvertrieb = bis fünf Abnehmer exklusiv ⁵⁵ – Definition aktiven und passiven Verkaufs identisch ⁵⁶	
Selektiver Vertrieb	
CH = EU	
Definition identisch: (1) Anbieter verpflichtet, nur an nach festen Merkmalen ausgewählte Händler zu liefern (2) Händler verpflichten sich, nicht an Außenseiter zu verkaufen ⁵⁷	
Rein qualitativer Selektivvertrieb	
CH = EU	
Auswahl der Händlerinnen kann sich auf Produkte, Verkaufspersonal, produktbezogene Dienstleistungen, Produkt-Werbung und Produkt-Darstellung beziehen, allerdings auch auf die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen (Klimawandel-Bekämpfung, Umweltschutz, etc.) ⁵⁸	
Kombination von Exklusiv- und Selektivvertrieb	
CH = EU	
CH: Führt zu (nicht direkt sanktionierbaren) qualitativ schwerwiegen-	EU: Unzulässig. ⁶⁰

51 Schweiz: Erwägungsgrund III sowie Art. 18 Abs. 2 VertBek; EU: Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO.
 52 Vgl. Bucher, ZVertriebsR 2020, 231 ff. (insb. 233 f.); Marquard/Christen, in: Tschudin (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, S. 120 bei Rn. 5 m. w. N.
 53 Weder in der VertBek noch den VertBek-Erläuterungen erwähnt.
 54 Rn. 32 Vertikalleitlinien mit Erläuterung der a) vertragspezifischen, b) marktspezifischen und c) anderen Risiken auf demselben sachlichen Markt unter Rn. 31. Näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 1.4.5.
 55 Schweiz: Art. 4 VertBek; EU: Art. 4 (b) (i) Vertikal-GVO; näher zu letzterem Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 4.2.3.
 56 Schweiz: Art. 1 und 2 VertBek; EU: Art. 1 Abs. 1 (l) und (m) Vertikal-GVO; statt „Kunden“ nutzt die VertBek „Kundinnen und Kunden“.
 57 Schweiz: Art. 5 Abs. 2 VertBek; EU: Art. 1 Abs. 1 (g) Vertikal-GVO; näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 4.3.
 58 Schweiz: Art. 5 Abs. 2 VertBek sowie Rz. 15 VertBek-Erläuterungen (im Entwurf der VertBek-Erläuterungen noch nicht enthalten); EU: Rn. 144 Vertikalleitlinien; vgl. Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 1.2.4.
 60 Rn. 236 Vertikalleitlinien; näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 10.3.3.

den Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. Art. 15 (c) VertBek, deren Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) im Einzelfall zu prüfen ist; in der Regel unzulässig (auch unterhalb der Bagatellschwelle), da aufgrund der qualitativen Schwere schon geringfügige quantitative Auswirkungen zur Erheblichkeit führen. ⁵⁹	
Informationsaustausch im Dualvertrieb	
CH = EU	
Die Grundsätze sind gleich ⁶¹ ; allerdings mag die nach VertBek ⁶² und Vertikal-GVO ⁶³ mögliche Behandlung als horizontale Wettbewerbsabrede zu Unterschieden führen. ⁶⁴	
Online-Vertrieb, insbesondere: Beschränkungen allgemein Doppelpreise Werbekanäle Preisvergleichsmaschinen Marktplätze	
CH = EU Auch identisch: die Definition für „Online-Vermittlungsdienste“ ⁶⁵	
CH: Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden sind ⁶⁶ :	EU: Kernbeschränkungen sind ⁶⁷ :
Vertikale Abreden, die die wirksame Internetnutzung zum Verkauf verhindern.	
Zulässig sind (i) andere Online-Verkaufsbeschränkungen oder (ii) Online-Werbe-Beschränkungen, die nicht darauf abzielen, die Nutzung eines ganzen Online-Werbekanals zu verhindern.	
Preisempfehlungen	
CH < EU	
CH: Fehlen von Druck oder Anreizen stellt keinen „safe harbour“ dar;	EU: Zulässig, solange sich Preisempfehlungen

59 Vgl. Rz. 19 VertBek-Erläuterungen und Art. 14 (b) VertBek.
 61 Art. 10 Abs. 2-5 VertBek entsprechen Art. 2 Abs. 4-6 Vertikal-GVO.
 62 Vgl. Art. 10 Abs. 5 VertBek.
 63 Vgl. allgemein Rn. 113 Vertikalleitlinien sowie konkret Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO und dazu Rn. 68 und 107 Vertikalleitlinien bzgl. Dualvertrieb für den Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten, der zugleich Wettbewerber des Abnehmers der Vermittlungsdienste ist. Vgl. auch Rn. 91 Vertikalleitlinien für nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 Vertikal-GVO *nicht* freigestellte – vertikale – Dualvertriebs-Vereinbarungen, ferner Rn. 381 Vertikalleitlinien für Vorauszahlungen für den Zugang zu Vertriebsnetzen.
 64 Insbesondere weil die Vertikal-GVO für weniger Gruppen von Vereinbarungen die Möglichkeit offen hält, sie als horizontale Wettbewerbsabreden zu behandeln, siehe vorherige Fußnote, während die VertBek sich diese Behandlung für Vereinbarungen im Dualvertrieb allgemein vorbehält, siehe vorvorherige Fußnote.
 65 Art. 9 VertBek im Vergleich zu Art. 1 Abs. 1 (e) Vertikal-GVO; in der Schweizer Definition fehlt – nachvollziehbar – der Verweis darauf, dass Online-Vermittlungsdienste „Dienste der Informationsgesellschaft“ i. S. d. Richtlinie (EU) 2015/1535 sind; ferner nutzt die Schweizer Version statt des generischen Maskulinums auch hier beide Begriffe „Endverbraucherinnen und Endverbraucher“.
 66 Art. 15 (e) VertBek.
 67 Art. 4 (e) Vertikal-GVO; näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 4.5.

Preisempfehlungen können unter Umständen trotzdem als sanktionierbare Preisabrede qualifiziert werden; erhebliche Rechtunsicherheit. ⁶⁸	nicht infolge Drucks oder Anreizen wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. ⁶⁹
Preisbindung	
CH = EU	
CH: Mindest- oder Festpreise stellen sog. Vermutungstatbestände dar und können direkt sanktioniert werden. ⁷⁰	EU: Grundsätzlich verbotene Kernbeschränkung, ausnahmsweise zulässig per Individualfreistellung, vier Fallgruppen. ⁷¹
Paritätsklauseln, Bestpreis-Vorgaben	
CH < EU	
Enge Paritätsklauseln werden in der Vertikal-GVO grundsätzlich freigestellt, in der Schweiz gegenüber Beherbergungsbetrieben jedoch lauterkeitsrechtlich verboten.	
CH: Weite Paritätsklauseln gelten als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden gemäß Art. 15 VertBek. Zudem werden (auch enge) Paritätsklauseln in AGB gegenüber Beherbergungsbetrieben seit 1. Dezember 2022 durch Art. 8 a UWG als unlauter erklärt.	EU: Weite, plattformübergreifende Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen sind als „graue Klausel“ nicht freigestellt. ⁷² Teilweise gibt es in Mitgliedstaaten spezialgesetzliche Verbote ⁷³ , insbesondere in Staaten mit starkem Tourismus.
Wettbewerbsverbote	
CH = EU⁷⁴	
Definitionen der Begriffe „Wettbewerbsverbot“ ⁷⁵ und „Know-how“ ⁷⁶ inhaltlich identisch.	

III. Europaweiter Vertrieb – Zusammenfassung und Praxistipps

1. Das Vertriebskartellrecht ist für den Vertrieb höchst praxisrelevant, weil Kartellverstöße zur Unwirksamkeit führen – jedenfalls der betroffenen Regelung, im Worst Case allerdings des gesamten Vertrages bzw. dann auch

gleich bei allen vertriebssystemseitig inhaltsgleichen Verträgen. Hinzu kommt das Bußgeldrisiko.

2. Unabhängig von der jeweils vertretenen Doktrin gilt in Europa jedenfalls das jeweilige Kartellrecht, das vom Vertrag – im weitesten Sinne – betroffen ist. So bestimmt Art. 2 Abs. 3 KG für die Schweiz beispielsweise, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, „die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden“. Eine tatsächliche Auswirkung in der Schweiz ist aber gemäß der höchstrichterlichen Praxis für die Anwendung des Kartellgesetzes gar nicht nötig – es reicht bereits aus, wenn sich Sachverhalte in der Schweiz auswirken können.⁷⁷ Verträgen mit Vertriebsgebiet innerhalb der EU kann da schon ein Exportverbot in Drittländer zum Verhängnis werden, wie das Bußgeld der WEKO gegenüber u. a. BMW gezeigt hat: CHF 157 Mio., weil die Verträge des Herstellers mit den BMW-Händlern im Ergebnis ein Exportverbot in die Schweiz enthielten.⁷⁸ Selbst Exportverbote in Verträgen mit in Übersee ansässigen Händlern können unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen.⁷⁹

3. Europaweiter Vertrieb erfolgt daher nur dann rechtsicher, wenn *alle* jeweils maßgeblichen kartellrechtlichen Regelungen – namentlich auch jene in der Schweiz – eingehalten werden. Dies wird aufgrund der diversen „Swiss Finishes“ und Inkompatibilitäten, welche durch die schweizerische Kartellrechtspraxis in den letzten Jahren geschaffen wurden, stets schwieriger. Deshalb empfehlen sich, getreu dem Motto „*One size fits all – mit Anpassungen*“, folgende Leitlinien:

- Das Kartellrecht in der EU und in der Schweiz bleibt sich – trotz der „Swiss Finishes“ sehr ähnlich, spricht ist materiell in weiten Teilen identisch. Dementsprechend kann der Ausgangspunkt – „*one size fits all*“ – auch aus schweizerischer Sicht sein, Vertriebsverträge zu gestalten, welche sämtliche Bestimmungen der Vertikal-GVO einhalten und namentlich keine Kernbeschränkungen und nicht freigestellte „graue“ Klauseln enthalten.
- Aufgrund der diversen strengeren „Swiss Finishes“ reicht EU-Kartellrechtskonformität jedoch noch nicht aus, um auch in der Schweiz die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorgaben – namentlich von Art. 5 Abs. 4 KG – und damit die Vermeidung von Bußgeldrisiken sicherzustellen. Also sind „*mit Anpassungen*“ mitunter unabdingbar. Dies betrifft insbesondere folgende Punk-

⁶⁸ Rz. 8 f. VertBek-Erläuterungen.

⁶⁹ Art. 4 (a) Vertikal-GVO.

⁷⁰ Art. 12 VertBek. Die Anforderungen an eine mögliche Rechtfertigung einer Preisbindung im Einzelfall (und insbesondere die Notwendigkeit bzw. Verhältnismäßigkeit einer Preisbindung) sind sehr hoch; vgl. BGE 144 II 246 E. 13, *Altimum*.

⁷¹ Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 4.1.3.

⁷² Art. 5 Abs. 1 (d) Vertikal-GVO; näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 5.4.

⁷³ Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 343 bei Ziff. III.

⁷⁴ Vgl. für die Schweiz Art. 15 (g) VertBek und Rz. 36 VertBek-Erläuterungen; für die EU Art. 5 Abs. 1 (a) Vertikal-GVO; hierzu näher Rohrßen, VBER 2022 (zitiert in Fn. 5), Kap. 5.2.

⁷⁵ Schweiz: Art. 15 (g) VertBek und Rz. 36 VertBek-Erläuterungen; EU: Art. 1 Abs. 1 (f) Vertikal-GVO.

⁷⁶ Art. 8 VertBek im Vergleich zu Art. 1 Abs. 1 (j) Vertikal-GVO; sie unterscheiden sich nur in den Genera der Begriffe „Abnehmer/in“, wobei die Definition in der VertBek schön klar formatseitig in zwei Varianten (i) und (ii) aufgespalten ist; daran könnte die EU sich künftig ein Beispiel nehmen, da es die Lesbarkeit und damit das Verständnis erhöht. Dasselbe gilt für die Definition „Know-how“ in Art. 8 VertBek.

⁷⁷ BGE 143 II 297 E. 3, *Gaba*.

⁷⁸ Siehe BGE 144 II 194, *BMW. Corpus Delicti* war insbesondere folgende Klausel in den Händlerverträgen für den EWR-weiten Vertrieb: «*Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder außerhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten*». Da die Schweiz nicht dem EWR angehört, lag im Ergebnis (auch) ein Exportverbot in die Schweiz vor.

⁷⁹ Beispielsweise wurde durch das Sekretariat der WEKO ein Exportverbot von Harley-Davidson Motorrädern, Ersatzteilen, Accessoires und weiteren Produkten für die offiziellen Harley-Davidson-Händler mit Sitz in den USA durch die Harley-Davidson Inc. als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert, infolge unzureichender Auswirkungen auf den Markt in der Schweiz aber als nicht erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert (RPW 2013/3, 285 ff., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*). Ein derartiger Ausgang wäre mit der jetzigen Rechtsprechung – namentlich *Gaba* (BGE 143 II 297) – aber nicht mehr vereinbar (siehe auch Art. 14 (a) VertBek bezüglich der grundsätzlichen Erheblichkeit der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 4 KG bzw. Art. 12 VertBek). Vielmehr würde eine solche Abrede beinahe zwangsläufig in einer Sanktion enden, sofern nicht im Einzelfall aus Opportunitätsgründen auf ein Verfahren verzichtet wird.

te, denen bei Verträgen große Aufmerksamkeit zu widmen ist:

- Alleinbezugspflichten in Verträgen mit in der Schweiz ansässigen Händlern sind stets im Detail zu prüfen und gegebenenfalls wegzulassen, um Bußgeldrisiken zu vermeiden – insbesondere, wenn solche Pflichten über mehrere Stufen bestehen (also z. B. sowohl im Verhältnis der schweizerischen Händler gegenüber dem Schweizer Generalimporteur als auch zwischen dem schweizerischen Generalimporteur und dem ausländischen Hersteller). Auch wenn solche Klauseln, welche in Standardverträgen oftmals enthalten sind, in der EU gruppenfreigestellt wären, können sie durch die strenge schweizerische Praxis allenfalls als Verbote von Passivverkäufen qualifiziert und gebüßt werden. Ohnehin gilt aus

schweizerischer Sicht stets, dass mögliche Beschränkungen von Parallelimporten in die „Hochpreisinsel“ Schweiz rigoros verfolgt werden.

- Beschränkungen, welche anbieter- und nicht händlerseitig auferlegt werden, sind in der Schweiz ebenfalls spezifisch zu prüfen, sofern der Anbieter nicht gleichzeitig der Hersteller, sondern beispielsweise nur ein Generalimporteur ist.
- Preisempfehlungen können in der Schweiz heikel sein und als Preisbindung qualifiziert werden, selbst wenn damit kein Druck und keine Anreize verbunden sind. Insbesondere bei einem hohen Befolungsgrad besteht aufgrund der „rechtsunsicheren“ Praxis des Bundesgerichts ein latentes Risiko, dass eine sanktionierbare Preisbindung angenommen wird. ■