

Dezember 2022



Revision der Vertikalbekanntmachung – Mehr Flexibilität für Vertriebsstrukturen, doch Vorsicht vor dem «Swiss Finish»

Autor



Dr. Martin Rauber
Legal Director

Einleitung

Am 14. Dezember 2022 hat die Schweizer Wettbewerbskommission («Weko») ihre revidierte Vertikalbekanntmachung zu Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener Marktstufen samt den dazugehörigen aktualisierten Erläuterungen publiziert. Damit möchte die Weko den Entwicklungen in der EU, aber auch der jüngsten Rechtsprechung und Fallpraxis in der Schweiz Rechnung tragen.

Die revidierte Vertikalbekanntmachung ist am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. Der vorliegende Beitrag soll die wesentlichsten Neuerungen sowie das Bewusstsein für den aus wettbewerbsrechtlicher Sicht notwendigen Handlungsbedarf schärfen.

1. Grundsätzlich: Kongruenz mit den europäischen Regeln...

Die Weko beabsichtigt mit der Publikation der Vertikalbekanntmachung sowie den dazugehörigen Erläuterungen, den Unternehmen aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen und Abreden in vertikalen Vereinbarungen erlaubt sind und welche nicht.

Nachdem am 1. Juni 2022 in der EU die neue Vertikal-Gruppen-Freistellungsverordnung («Vertikal-GVO») in Kraft getreten ist, beabsichtigt die Weko mit der Revision grundsätzlich, die Kongruenz der Schweizer Regelung mit den überarbeiteten EU-Regeln herzustellen.

Die Revision ermöglicht einer Herstellerin mehr Flexibilität bei der Organisation ihres Vertriebsnetzes. Die wesentlichen Neuerungen in der revidierten Vertikalbekanntmachung respektive den Erläuterungen können wie folgt zusammengefasst werden:

- **Zuweisung von exklusiven Kundengruppen oder Gebieten an bis zu fünf Händler:** Neu ist es einer Herstellerin im Zusammenhang mit einem Alleinvertriebssystem möglich, ein Gebiet oder eine Kundengruppe sich selbst oder bis zu fünf Abnehmerinnen exklusiv zuzuweisen und Aktivverkäufe in dieses exklusiv zugewiesene Gebiet oder an die exklusiv zugewiesene Kundengruppe durch andere Abnehmer zu verbieten.
- **Kombination Alleinvertrieb und selektiver Vertrieb, inkl. Schutz von Gebieten mit selektivem Vertrieb:** Ebenso besteht für eine Herstellerin neu die Möglichkeit, ein selektives Vertriebssystem mit einem Alleinvertriebssystem zu kombinieren, indem in bestimmten Gebieten ein selektives Vertriebssystem und in anderen Gebieten ein Alleinvertriebssystem eingeführt werden. Der Alleinvertriebshändlerin und ihren Kunden dürfen dabei aktive und passive Verkäufe an nicht zugelassene Abnehmer in einem Gebiet, wo ein selektives Vertriebssystem betrieben wird, verboten werden.
- **Verbot aktiver Verkäufe durch mittelbare Abnehmer:** Die Vertikalbekanntmachung erlaubt es der Herstellerin wie bisher, ein Verbot von aktiven Verkäufen durch ihre unmittelbaren Abnehmer vorzusehen. Neu können zusätzlich auch aktive Verkäufe an exklusiv zugewiesenen Gebiete oder an

exklusive Kundengruppen durch die Direktkunden der Abnehmer, mithin auf Unternehmer der tieferen Vertriebsstufe, verboten werden.

- **Informationsaustausch im dualen Vertrieb:** Mit Bezug auf sog. duale Vertriebssysteme, mithin wenn die Herstellerin gleichzeitig auch im Wettbewerb mit ihren Abnehmern steht, regelt die Vertikalbekanntmachung zudem neu, dass ein Informationsaustausch zwischen der Herstellerin und ihren Abnehmern unter die Bekanntmachung fällt, wenn dieser Austausch direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen notwendig ist.
- **Regelungen im Bereich Online-Vertrieb:** Auch im Onlinebereich bringt die revidierte Vertikalbekanntmachung Änderungen mit sich. Auch in diesem Bereich übernimmt die Weko die Regelungen der Vertikal-GVO. So gelten die beim dualen Vertrieb anwendbaren Ausnahmeregelungen nicht für Online-Vermittlungsdienste, wenn die Anbieterin der Online-Vermittlungsdienste eine Wettbewerberin auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen ist.

Sodann gilt – ebenfalls analog zur Vertikal-GVO – die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kunden neu ausdrücklich als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede. Dazu gehören insbesondere Beschränkungen von Online-Verkäufen oder der Online-Werbung, die es einer 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.

Beschränkungen von Online-Verkäufen in Bezug auf die Art und Weise, wie die Vertragswaren oder -dienstleistungen online verkauft werden sollen, in Bezug auf die Nutzung bestimmter Online-Verkaufskanäle, z.B. von Online-Marktplätzen, oder die Vorgabe von Qualitätsstandards für Online-Verkäufe, sind indessen grundsätzlich unproblematisch. Vorausgesetzt ist, dass solche Beschränkungen nicht indirekt zum Gegenstand haben, die wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kunden zu verhindern.

- **Unterschiedliche Preise für Online- und Offline-Vertrieb:** Auch die Anforderung, dass die Abnehmerin für online verkaufte Produkte einen anderen Grosshandelspreis zahlt als für offline verkaufte Produkte (sog. Doppelpreissystem), stellt in der Regel keine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede dar. Voraussetzung dafür ist, dass 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.
- **Mengenvorgaben für stationäre Geschäfte:** In Anlehnung an die Vertikal-GVO wird in den Erläuterungen ausdrücklich festgehalten, dass es Herstellern erlaubt ist, ihren Abnehmern vorzuschreiben, mindestens ein stationäres Geschäft zu betreiben. Zudem darf den Abnehmern vorgeschrieben werden, dass sie Vertragswaren oder -dienstleistungen in einem nach Wert oder Menge, aber nicht nach dem Anteil ihres Gesamtumsatzes bestimmten absoluten Mindestumfang offline verkaufen. 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.
- **Regelungen betreffend weite und enge Paritätsverpflichtungen:** Der bisherigen Praxis folgend wird in der Vertikalbekanntmachung neu ausdrücklich festgehalten, dass die Verpflichtung einer Abnehmerin von Online-Vermittlungsdienstleistungen (z.B. Online-Buchungsplattformen für Hotels), Waren oder Dienstleistungen nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen (sog. weite Paritätsverpflichtungen), als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede qualifiziert wird.

Demgegenüber werden Paritätsverpflichtungen, welche sich auf die Bedingungen beziehen, die in direkten Verkaufskanälen der Händlerin (beispielsweise des Hotels selbst) von Waren oder Dienstleistungen angeboten werden (sog. enge Paritätsverpflichtungen), als nicht qualitativ schwerwiegend und damit als zulässig erachtet. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass seit dem 1. Dezember 2022 im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eine neue Bestimmung in Kraft getreten ist. Gemäss dieser handelt ein Betreiber einer Online-Buchungsplattform von Beherbergungsdienstleistungen (also namentlich Hotels) insbesondere unlauter, wenn er allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben durch Paritätsklauseln, namentlich bezüglich Preis, Verfügbarkeit oder Konditionen, direkt oder indirekt einschränken.

- **Stillschweigende Verlängerung von Wettbewerbsverboten:** Wie bisher werden vertikale Wettbewerbsverbote als eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede betrachtet, wenn ihre Dauer unbestimmt ist oder fünf Jahre überschreitet. In Anlehnung an die EU-Regeln wird in den Erläuterungen nun aber klargestellt, dass diese Regelung nicht anwendbar ist, wenn Wettbewerbsverbote stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, sofern die Abnehmerin über eine wirksame und angemessene Kündigungsfrist oder Neuverhandlungsmöglichkeit zu angemessenen Kosten verfügt.

2. ...aber mit einem Swiss Finish

Die Rechtsprechung der Schweizer Gerichte haben in den vergangenen Jahren punktuell zu Verschärfungen der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Vertriebsverträgen geführt. In der revidierten Vertikalbekanntmachung sind diese Verschärfungen, welche wesentliche Aspekte von Vertriebsstrukturen betreffen, nun aufgenommen worden. Entsprechend muss diesem «Swiss Finish» zukünftig sorgfältig Beachtung geschenkt werden.

Verschärfte Praxis bei unverbindlichen Preisempfehlungen: Eine Abweichung von den EU-Regeln im Sinne einer Verschärfung gilt mit Bezug auf Preisempfehlungen. Bis vor Kurzem wurde davon ausgegangen, dass eine unzulässige vertikale Preisabrede besteht, sofern auf einen Abnehmer Druck ausgeübt oder Anreize geschaffen werden, damit dieser die Preisempfehlungen einhält. Nach der jüngsten Rechtsprechung genügt indessen bereits eine «intensive Kommunikation» sowie ein hoher Befolgungsgrad der Preisempfehlungen, um auch ausdrücklich als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlungen als unzulässig zu erachten. Die Ausübung von Druck oder das Schaffen von Anreizen ist somit nur noch ein mögliches Aufgreifkriterium, damit auch als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlungen in den Fokus der Weko geraten.

In den Erläuterungen wird diese verschärfte Praxis zusammengefasst. Zwar wird einleitend festgehalten, dass Preisempfehlungen, die weder als Vereinbarung noch als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren sind, kartellrechtlich unbedenklich sind. Damit indessen eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, genügt es gemäss der Weko, dass eine «Fühlungnahme» zwischen den Unternehmen (d.h. eine Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolgungsgrad) sowie ein Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und dem Verhalten vorliegt. Eine Abstimmung kann sich dabei bereits aus einer besonders intensiven Kommunikation ergeben. Ebenso liegt eine vertikale Preisabrede vor, wenn sich die Preisempfehlungen infolge des Befolgungsgrads tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken. Der Umstand, dass auch ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnete Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Anbieter oder Abnehmer befolgt werden, kann somit bereits ausreichen, dass die Preisempfehlungen in den Fokus der Wettbewerbsbehörden gelangen. Daneben erwähnt die Weko, dass auch der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise, sondern nur an die Anbieter oder Abnehmer abgegeben werden, dass Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden, oder dass das Preisniveau deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland, dazu führen können, dass die Preisempfehlungen aufgegriffen werden.

Potenzielle Auswirkung von Exportverboten reicht für die Anwendbarkeit des Schweizer Kartellrechts: Eine weitere Verschärfung betrifft Exportverbote in

die Schweiz, mithin insbesondere die Einschränkung von Passivverkäufen. Ebenfalls gestützt auf eine verschärfte Rechtsprechung geht die Weko neu davon aus, dass auch Wettbewerbsabreden, die zwischen Unternehmen ausserhalb der Schweiz abgeschlossen wurden, bereits dann unter das Schweizer Kartellgesetz fallen können, wenn diese Abreden nur schon potentielle Auswirkungen auf den Schweizer Markt haben können.

Vereinbart somit ein Hersteller aus Deutschland mit seiner Abnehmerin in Frankreich, dass diese Abnehmerin die Produkte nicht an weitere Abnehmer und/oder Endkonsumenten in die Schweiz liefern darf, ist dies aufgrund dieser Verschärfung der Praxis bereits problematisch.

3. Handlungsbedarf prüfen und umsetzen

Die vorstehenden Neuerungen zeigen auf, dass spätestens mit dem Erlass der revidierten Vertikalbekanntmachung Unternehmen gut darin beraten sind, ihre bestehenden Vertriebsverträge gerade mit Blick auf den «Swiss Finish» zu überprüfen.

Dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend verstanden wird. Er beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen. Zu nennen sind dabei insbesondere Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträge.

Die Unternehmen verfügen über eine Übergangsfrist von einem Jahr, um ihre bestehenden Verträge an die neuen Regeln anzupassen. Während des Jahres 2023 findet die neue Bekanntmachung nämlich auf diejenigen Wettbewerbsabreden noch keine Anwendung, welche am 1. Januar 2023 bereits in Kraft waren und den Kriterien der bisherigen Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 genügen.

Daneben gilt es für Unternehmen, zu prüfen, inwieweit sie die neu geschaffenen Flexibilitäten bei der Organisation ihres Vertriebsnetzes nutzen können.

Bei Fragen stehen Ihnen die Kartellrechtsexperten von Eversheds Sutherland Schweiz gerne zur Verfügung.

Ihr Kontakt für Wettbewerbsrecht



Daniel Bachmann
Partner

T: +41 58 255 56 00
daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch



Dr. Martin Rauber
Legal Director

T: +41 58 255 56 50
martin.rauber@eversheds-sutherland.ch

eversheds-sutherland.ch

Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen sind ausschliesslich zu Informationszwecken gedacht und können keinesfalls eine angemessene Rechtsberatung ersetzen. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), übernimmt keinerlei Verantwortung für Handlungen, die gestützt auf die in diesem Dokument enthaltenen Informationen getroffen werden.

© Eversheds Sutherland 2020. Alle Rechte vorbehalten. Eversheds Sutherland ist ein globaler Anbieter von juristischen Dienstleistungen, der seine Dienstleistungen über verschiedene, voneinander unabhängige Rechtsträger erbringt. Eversheds Sutherland ist der Name und die Marke, unter der die Mitglieder von Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP und Eversheds Sutherland (US) LLP) sowie die von diesen kontrollierten oder verwalteten oder mit diesen verbundenen Unternehmen sowie die Mitglieder von Eversheds Sutherland (Europe) Limited (nachfolgend je einzeln als "Eversheds Sutherland Gesellschaft" und zusammen als "Eversheds Sutherland Gesellschaften" bezeichnet) juristische oder andere Dienstleistungen für Klienten auf der ganzen Welt erbringen. Die Eversheds Sutherland Gesellschaften bestehen und sind reguliert gemäss den jeweils auf sie anwendbaren behördlichen und gesetzlichen Bestimmungen und treten unter ihrer jeweiligen Firma auf. Die Verwendung des Namens Eversheds Sutherland dient nur der Beschreibung und bedeutet nicht, dass die Eversheds Sutherland Gesellschaften eine Gesellschaft bilden oder Teil einer globalen LLP sind. Die Mandatsvereinbarung zwischen dem Klienten und der beauftragten Kanzlei ist massgebend bezüglich der Verantwortung für

die Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen an einen Klienten. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), ist Mitglied von Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.