

---

# Vertriebsverträge – aktuelle Herausforderungen aus Sicht des Schweizer Kartellrechts

Dr. Monique Sturny, LL.M., Rechtsanwältin, Zürich  
Brüssel, 21. September 2018

---

**walderwyss** rechtsanwälte


**Luzerner Zeitung**

Menü | Startseite > Wirtschaft | Kontakt | E-Paper | Abonnement

## KARTELLRECHT: Dank Denners Kampf für Parallelimporte: Weko drückt auf die Tube

Jahrelang wehrte sich Denner gegen die Behinderung von Parallelimporten von Elmex-Zahnpasta. Der Fall zeigt Wirkung: Die Wettbewerbskommission könnte nun schneller zu Entscheiden kommen. Das passt nicht allen.

Maurizio Minetti  
11.9.2017, 04:39 Uhr



**MEISTGELESEN IM RE...**

**Cascada, LUKB, Bo Group gehören zu Arbeitgebern**  
Maurizio Minetti / 19.9.2018, 21:00

**Postfinance und V und Konkurrenten**  
Interview: Maurizio Minetti / 19.9.

**Geld**

## Hochpreisinsel Schweiz – «Wir werden abgezockt!»

Generalimporteure und ausländische Lieferanten missbrauchen seit Jahren ihre Marktstellung: Viele Produkte sind in der Schweiz massiv teurer als im EU-Umland. Die «Fair-Preis-Initiative» will Abhilfe schaffen – und die

**Neue Zürcher Zeitung**

Menü | Startseite > Wirtschaft | Hilfe | Kontakt | Abonnemente

Beginnen Sie Ihre Entdeckungsreise gleich hier. «NZZ Digital» zum Spezialpreis >>

## Rekordbusse für BMW in der Schweiz

Das Bundesgericht legt das Kartellgesetz ziemlich offensiv aus und bestätigt eine hohe Busse wegen Behinderung von Parallelimporten.

Hansueli Schöchli  
10.11.2017, 19:31 Uhr

Die Preisinsel Schweiz ist ein Politikum. Manche Unternehmen und Konsumenten ärgern sich, dass ausländische Produzenten versuchen, von Schweizer Nachfragern wegen ihrer mutmasslich höheren Kaufkraft höhere Preise zu verlangen als von anderen Kunden. Ein Mittel zur



(Bild: Alessandro Della Bella / Keystone)

**MEISTGELESEN IM RE...**

**Peking mässigt den Ton und keines Wortes**  
Matthias Müller, Tianjin / 19.9.2018, 11

# Agenda

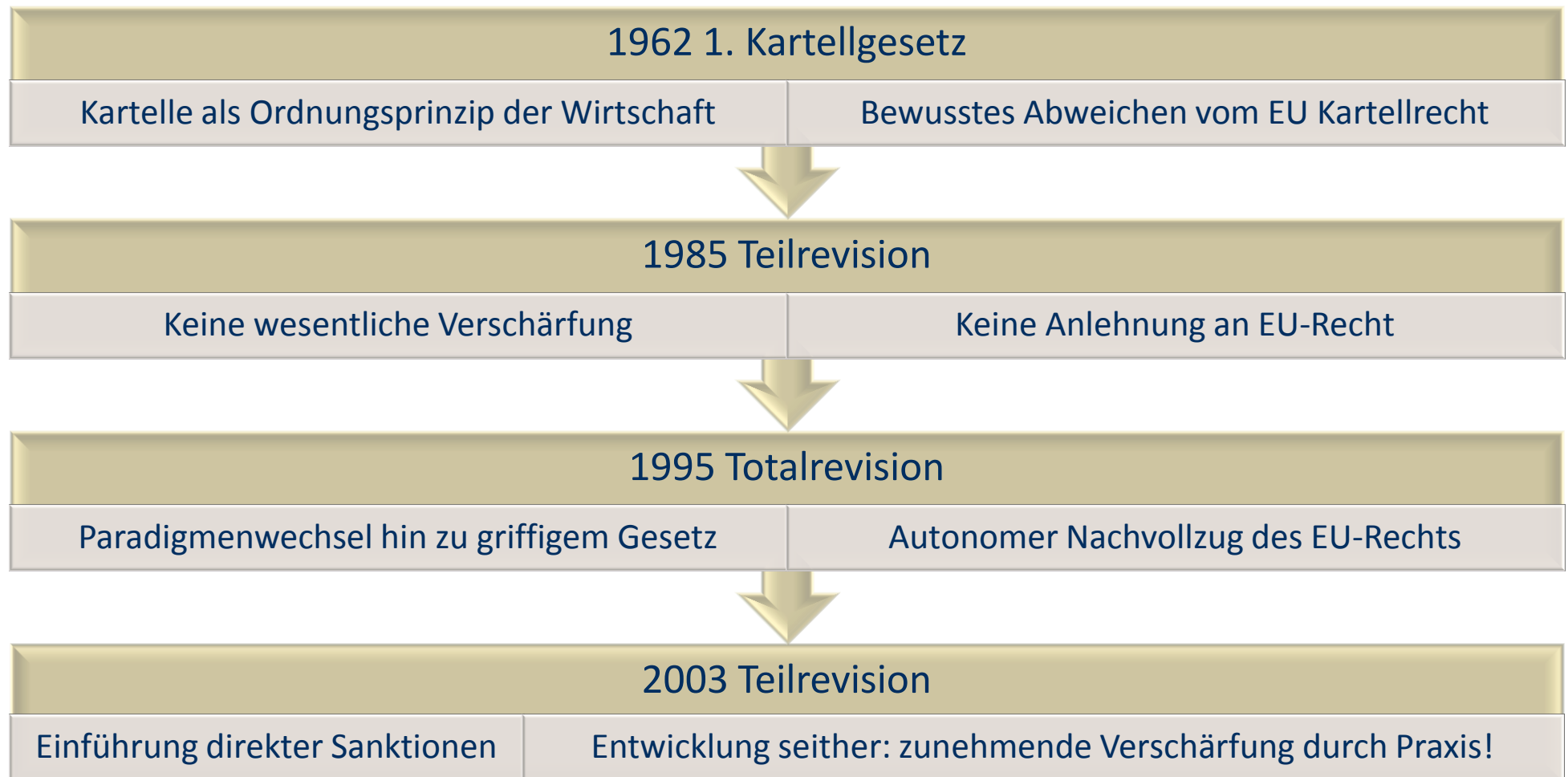
---

- I. Schweizer Vertriebskartellrecht – Grundlagen
- II. Reformbestrebungen im Vertriebskontext
- III. Gebietsabschottungen / Behinderung von Parallelimporten
- IV. Preisbindungen zweiter Hand und Preisempfehlungen
- V. Online-Handel

# Schweizer Vertriebskartellrecht – Grundlagen



# Schweizer Kartellrecht – vom zahnlosen Tiger zum scharfen Geschütz



# Gesetzlicher Rahmen für Wettbewerbsabreden

---

- **Missbrauchsgesetzgebung** (Art. 96 Abs. 1 BV)
- **Wettbewerbsabrede** (Art. 4 Abs. 1 KG)
  - Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise
- **Vermutungstatbestände** (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)
  - Direkte Sanktionen (Art. 49a KG)
- **Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs** (Art. 5 Abs. 1 KG)
- **Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz** (Art. 5 Abs. 2 KG)

# Gesetzlicher Rahmen für Wettbewerbsabreden

---

## Vermutungstatbestände:

- **Horizontale Abreden** (Art. 5 Abs. 3 KG):
  - Abreden über Preise, Mengen, Märkte oder Geschäftspartner
  - Risiken im Vertriebskontext, u.a.
    - Kundenaufteilung (jüngst: z.B. Bucher AG Langenthal / Husqvarna Schweiz AG: Abrede im Bereich Gerätebenzin; einvernehmliche Regelung; Busse CHF 610'000)
    - «Hub-and-spoke»-Konstellationen
- **Vertikale Abreden** (Art. 5 Abs. 4 KG)
  - Abreden über Mindest- oder Festpreise
  - Absolute Gebietsschutzabreden
- **Direkte Sanktionen** (Art. 49a KG):
  - bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes
  - Adressat: Konzerngesellschaft in CH, z.B. bei Verstoss ausländ. Mutter (z.B. BVGer i.S. Nikon)

# Erlasse im Bereich Vertikalabreden

---

- **Vertikalbekanntmachung der WEKO (VertBek) vom 28. Juni 2010** (Stand: 22. Mai 2017), ersetzte die VertBek vom 2. Juli 2007
  - Lehnt sich an EU Vertikal-GVO (VO 330/2010, ABI 2010 L 102/1) und EU Vertikalleitlinien (ABI 2010 C 130/1) an
  - Stellt sicher, dass «möglichst die gleiche Regeln zur Anwendung kommen» wie in der EU => aber: Verwirrung durch Gaba/Elmex: GVOs nicht anwendbar
  - Aber: Systemunterschied zum EU-Recht; dadurch weniger Rechtssicherheit
- **Erläuterungen zur VertBek vom 12. Juni 2017**
- **KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015**: revidierte KFZ-Bekanntmachung; Divergenzen zum EU-Recht
- **Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015**



# Anwendungsbereich KG in Bezug auf Vertikalabreden

---

## Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)

*«Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.»*

- Sehr weit: Entscheid i.S. **BMW** (BGE 144 II 194), bestätigt Entscheid i.S: **Gaba/Elmex** (BGE 143 II 297):
  - «auswirken kann» genügt (tatsächliche Wirkung irrelevant)!
  - Intensität wird erst bei der materiellen Prüfung geprüft

# Anwendungsbereich KG in Bezug auf Vertikalabreden

---

- **Vorbehaltene Vorschriften** (Art. 3 Abs. 1 KG)
  - BGE i.S. **Hors-Liste Medikamente** (BGE 141 II 66)
    - Nur für staatliche Markt- oder Preisordnung und nur *soweit* als diese Wettbewerb nicht zulassen
    - In casu: Heilmittelrecht als parallele Norm zum Kartellrecht; keine vorbehaltene Norm nach Art. 3 Abs. 1 KG

# Anwendungsbereich KG in Bezug auf Vertikalabreden

---

- **Verhältnis zum Immaterialgüterrecht** (Art. 3 Abs. 2 KG)
  - Nicht unter das KG fallen Wettbewerbswirkungen, die sich «ausschliesslich» aus dem geistigen Eigentum ergeben
  - enge Auslegung
  - **Nikon** (BVGer B-581/2012): Einwand patentrechtlicher Legitimierung von Einfuhrbeschränkungen abgewiesen: Parallelimportbeschränkungen unterstehen der kartellrechtlichen Beurteilung
  - Jüngst: **Gaba/Elmex** (BGE 143 II 297): Lizenzverträge vom KG erfasst  
=> Wichtig: insbes. betr. Gebietsbeschränkungen und Festsetzung Lizenzgebühren

# Gesetzlicher Rahmen im Vertriebskontext – Pro Memoria

---

## Marktbeherrschende Unternehmen – vertriebs- und/oder beschaffungsseitig

- **Marktbeherrschung** (Art. 4 Abs. 2 KG)
  - Klammerzusatz eingeführt 2004
  - Allfällige Ausdehnung auf relative Marktmacht diskutiert (KG-Revision)
- **Missbrauch: Gemäss Art. 7 KG sind u.a. unzulässig:**
  - Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder Geschäftsbedingungen
    - z.B. Post gg. Geschäftskunden: diskriminierende Rabatte (Presserohstoff vom 18.12.2017)
  - Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen
  - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
    - Z.B. Swatch Group – Lieferstopp (21.10.2013) => Lieferzwang

# Reformbestrebungen im Vertriebskontext

---

Warum sollen Schweizer  
mehr bezahlen?



Seit Jahren zahlen wir in der Schweiz für absolut identische Produkte massiv mehr als im Ausland. Helfen Sie mit, diese Abzocke zu stoppen!

# Fair-Preis-Initiative

---

- Hintergrund: Problematik «Hochpreisinsel Schweiz»
- Ursprünglich: Vorschlag Revision KG
  - Neuer Art. 7a KG: Ausdehnung des Marktbeherrschungsbegriffs auf relative Marktmacht
  - Revision gescheitert
- Parlamentarische Initiative Altherr
- Aktuell: **Fair-Preis-Initiative**
  - Indirekter Gegenvorschlag des Bundesrats vom 22. August 2018
  - Beschaffung im Ausland ermöglichen
  - Begrenzte Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht, beschränkt auf Import => Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Ausland
  - Keine Regelung zu Geoblocking

# Fair-Preis-Initiative

---

## Indirekter Gegenvorschlag des Bundesrats:

- Neuer Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG:  
«Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.»
- Neuer Art. 7a KG: **Unzulässige Verhaltensweisen relativ marktmächtiger Unternehmen:**  
«Ein relativ marktmächtiges Unternehmen verhält sich unzulässig, wenn es durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt von ihm abhängige Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert, indem es diesen Unternehmen den Bezug einer Ware oder Leistung im Ausland zu den dort von ihm praktizierten Preisen und Geschäftsbedingungen ohne sachliche Gründe verweigert.»

# Fair-Preis-Initiative

---

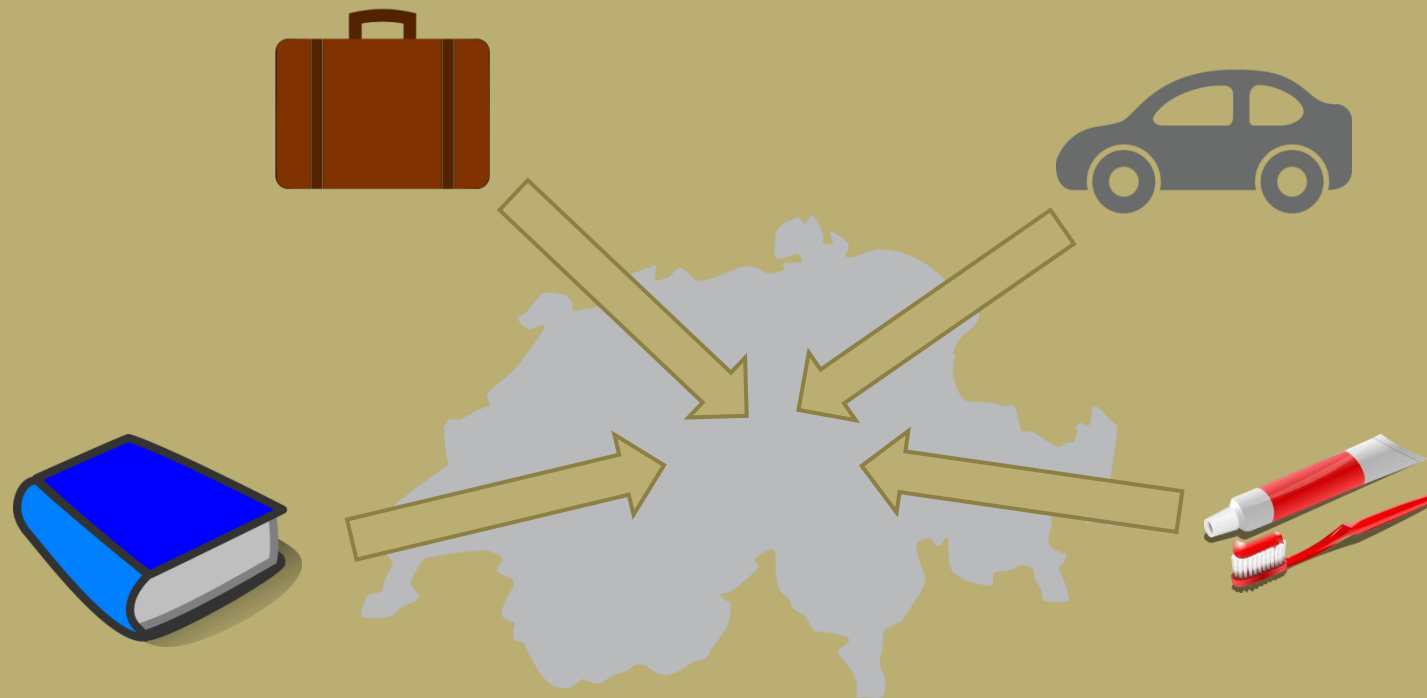
## Indirekter Gegenvorschlag des Bundesrats:

- Erwartete Auswirkungen (gemäss erläuterndem Bericht des BR):
  - Senkung Beschaffungskosten
  - Auswirkungen auf digitale Dienstleistungen, insbes. zweiseitige Plattformmärkte mit relativ marktmächtigem Plattformanbieter
    - Bsp. Motion 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie»
      - Motion fordert Verbot von Paritätsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels
      - Neuerung erlaubt Zugang zu Vermittlungsplattform für Schweizer Hotellerie zu diskriminierungsfreien Bedingungen (z.B. hinsichtlich Vermittlerprovision)
  - Weitergabe allfälliger Einsparungen an Konsumenten fraglich



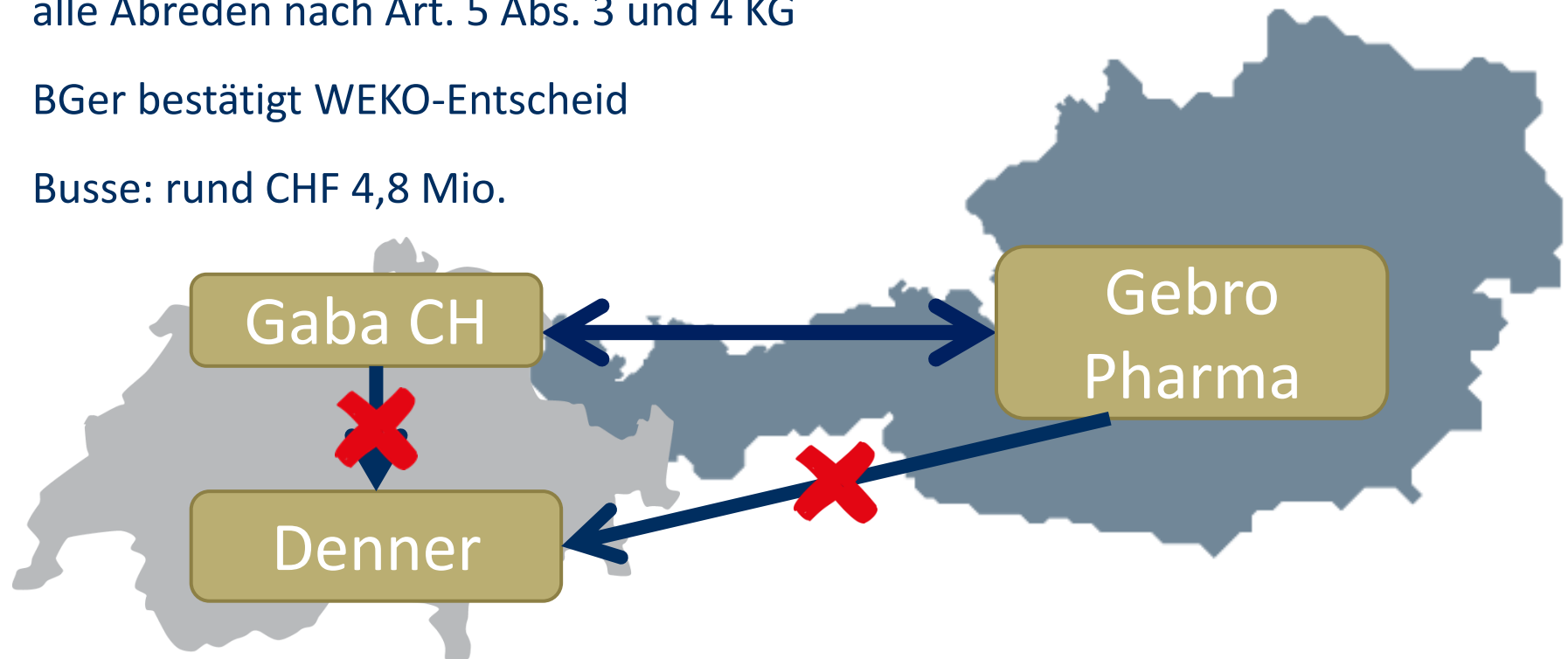
# Gebietsabschottungen / Behinderung von Parallelimporten

---



# Gebietsabschottungen / Behinderung von Parallelimporten

- BGer i.S. **Gaba/Elmex** (BGE 143 II 297):
  - «per se» Erheblichkeit von absoluten Gebietsschutzabreden; aber nicht nur: gilt für alle Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG
  - BGer bestätigt WEKO-Entscheid
  - Busse: rund CHF 4,8 Mio.



# Gebietsabschottungen / Behinderung von Parallelimporten

---

- **Gaba/Elmex (Forts.):**
  - Auswirkungsprinzip: Exportverbot untersteht CH Kartellrecht
  - Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG kann umgestossen werden
  - Aber: Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG
  - Keine Rechtfertigung durch selektiven Vertrieb, da nicht erforderlich
  - Leitentscheid:
    - Sanktionierbarkeit bejaht trotz Widerlegung der Vermutung
    - Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung genügt
    - Quantitative Auswirkungen auf den Wettbewerb irrelevant!
    - Praxis zu Vermutungstatbeständen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG verschärft!
    - VertBek wurde am 22. Mai 2017 als Folge angepasst

# Gebietsabschottungen / Behinderung von Parallelimporten

---

- BGE vom 24. Oktober 2017 i.S. **BMW** (BGE 144 II 194):
  - Bestätigt Gaba/Elmex; Bestätigt Entscheid der WEKO
  - Quantitative Auswirkungen irrelevant: bei der materiellen Beurteilung der Erheblichkeit und bei der Sanktionsbemessung
  - Behinderung von Parallelimporten; Busse: CHF 157 Mio.
- Weitere Fälle, z.B.
  - **RIMOWA** (rechtskräftige Verfügung der WEKO vom 9. April 2018)
    - Exportverbot in die Schweiz im Händlervertrag mit deutschen Vertriebspartnern
    - Einvernehmliche Regelung; Sanktionsmilderung dank Kooperation; Busse (CHF 134'943)
  - **Grosshändler von französischsprachigen Büchern** (27. Mai 2013)
    - Beschränkung von Parallelimporten aus Frankreich; Verbot von Passivverkäufen
    - Bussen von insgesamt ca. CHF 16,5 Mio.

# Preisbindungen zweiter Hand und Preisempfehlungen

---



# Preisbindungen zweiter Hand

---

- **Altimum** – Bergsportartikel
  - WEKO (2012): Preisempfehlung als Preisbindung 2. Hand qualifiziert; wg. Druckausübung zwecks Einhaltung; Busse CHF 470'000
  - BVGer: Aufhebung des Entscheids der WEKO
  - **BGer Urteil vom 18. Mai 2018 (2C\_101/2016):**
    - teilweise Gutheissung Beschwerde des eidg. Departements WBF
    - Keine Busse (aus prozessualen Gründen)
    - Festsetzung Mindestverkaufspreise für Bergsportartikel
    - Wiederverkäufer: konnten Rabatte gewähren bis 10%, gewisse Preisschere, keine Wettbewerbsbeseitigung
    - Aber: Erheblichkeit bejaht => per se Erheblichkeit aufgrund Gaba/Elmex!
    - Rechtfertigung gestützt auf «Trittbrettfahrer-Problematik» (Kundenberatung) verneint => Sehr restriktiv! Frage: ist eine Rechtfertigung überhaupt möglich?

# Preisempfehlungen

---

- Frage der Qualifikation als Preisbindung zweiter Hand
- Ziff. 15 Vertikalbekanntmachung:
  - **Abs. 2:** «Preisempfehlungen gelten grundsätzlich 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.»
  - **Abs. 3:** «Folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:
    - a) der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
    - b) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
    - c) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
    - d) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden.»

# Preisempfehlungen

---

## **BVGer Urteile i.S. Hors Liste-Medikamente vom 19. Dezember 2017**

- i.S. Pfizer, Bayer, Eli Lilly, betr. Viagra, Cialis und Levitra
- Aufhebung WEKO-Sanktionen durch Bundesverwaltungsgericht:
- Rezeptpflichtige Medikamente, aber keine Vergütung durch obligat. Krankenversicherung
- In casu: Abgabe von Publikumspreisempfehlungen, explizit als unverbindlich (UVP) bezeichnet und allgemein zugänglich; weder Druck noch Anreize
- in casu keine Preisbindung zweiter Hand, sondern Höchstpreisempfehlung => keine Kernbeschränkungen
- UVP problematisch falls Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen
- Mehrheitliche Befolgung allein genügt nicht
- Fazit: Annäherung an EU-Recht



# Online-Handel

---



# Online-Handel

---

- WEKO i.S. **Elektrolux AG/V-Zug AG** vom 11. Juli 2011; bestätigt im Entscheid **Jura** vom 30. Juni 2014
  - Verbot Internetverkauf: grundsätzlich bereits dem Gegenstand nach problematisch, da Passivverkäufe beschränkt; Vermutungstatbestand aber nur bei qualifizierenden Merkmalen erfüllt
  - Keine Rechtfertigung aus wirtschaftlicher Effizienz
  - generelles Verbot des Internetverkaufs unzulässig,
  - Nicht qualitativ schwerwiegend: Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets, z.B.
    - Physische Verkaufspunkte
    - Drittplattformverbot (s. sogleich)

# Online-Handel

---

- **Drittplattformverbote im selektiven Vertrieb:**
  - Hintergrund: Ziff. 14 VertBek: Metro-Kriterien als sicherer Hafen für die Zulässigkeit des rein qualitativen Selektivvertriebs anerkannt
    - Beschaffenheit des Produkts erfordert selektiven Vertrieb => nicht zwingend Zusammenhang mit Luxusimage
    - Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien ausgewählt; Kriterien diskriminierungsfrei angewandt
    - Kriterien gehen nicht über das Erforderliche hinaus.
  - Anpassung der Erläuterungen zur VertBek im April 2018:
    - Auslöser: **EuGH i.S. Coty** vom 6. Dezember 2017
    - Gemäss Wortlaut nur Luxusprodukte; Bereich des selektiven Vertriebs => zu eng
    - Bisher keine Schweizer Praxis zu Drittplattformverboten

---

Dr. Monique Sturny, LL.M., Rechtsanwältin  
Seefeldstrasse 123  
CH-8034 Zürich  
monique.sturny@walderwyss.com  
+41 58 658 56 56

---

walderwyss rechtsanwälte



---

walderwyss rechtsanwälte