

Update

Newsflash Juli 2017

Revidierte Vertikalbekanntmachung im Nachgang zu GABA veröffentlicht

Die Wettbewerbskommission (WEKO) publizierte am 26. Juni 2017 die revidierte Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden sowie dazugehörige Erläuterungen als Auslegungshilfe.

Revidierte Vertikalbekanntmachung vollzieht GABA nach

Die WEKO hat nach dem GABA-Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2016 (BGer 2C_180/2014; Newsflash vom April 2017) die Bekanntmachung über die wettbewerbliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 („VertBek“) angepasst und überarbeitet. Ergänzt wird die VertBek mit Erläuterungen, die als Auslegungshilfe dienen sollen.

Der Anwendungsbereich der VertBek bleibt vorbehaltlich sektorspezifischer Regeln wie im KFZ-Handel weiterhin grundsätzlich universell. Die relevanten Abreden können auf allen Stufen der Wertschöpfungskette zwischen einem Anbieter (etwa ein Hersteller, Importeur, Lieferant, Distributor, Grosshändler, etc.) und einem Abnehmer/Händler (oder auch Franchisenehmer, Lizenznehmer, etc.) vorkommen, soweit es um die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer geht. Ausgenommen sind Vereinbarungen, welche die Übertragung oder Nutzung geistiger Eigentumsrechte zum Hauptgegenstand haben.

Nachfolgend fassen wir die wichtigsten Erkenntnisse zusammen.

Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG sind grundsätzlich erheblich

Art. 5 Abs. 4 KG bezieht sich auf vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie über absoluten Gebietsschutz.

Ziffer 12 (1) der VertBek stellt klar, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, die den Wettbewerb nicht beseitigen, grundsätzlich nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich sind. Der Begriff „grundsätzlich“ impliziert, dass Bagatellfälle vorbehalten bleiben. Was eine Bagatellausnahme ist, bleibt freilich offen, sowohl nach der VertBek als auch nach den Erläuterungen.

Die VertBek stellt dagegen klar, dass vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz kumulativ Folgendes voraussetzen: einen Vertriebsvertrag, eine Gebietszuweisung und einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss. Der Begriff *Vertriebsvertrag* ist umfassend zu verstehen. Nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen (z.B. in Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträgen) werden erfasst. Eine *Gebietszuteilung* kann direkt oder indirekt z.B. nach Landesteilen, Ländern oder supranatio-

nen Gebieten (z.B. EU, EWR) erfolgen. Der *Verkaufsausschluss* setzt voraus, dass aktive wie passive Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete ausgeschlossen werden.

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

Gemäss gefestigter Praxis der Wettbewerbsbehörden, die nunmehr auch in der VertBek festgehalten ist, erfüllen folgende fünf Sachverhalte den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG *nicht*: (i) Verbote des Passivverkaufs zulasten des Anbieters, (ii) konzerninterne vertikale Absprachen, solange diese keine marktabschottenden Verhaltensweisen von Händlern ausserhalb des Konzerns vorsehen, (iii) internationale Preisunterschiede ohne entsprechende Abreden, (iv) Beschränkungen von passiven Verkäufen an bestimmte Kundengruppen und (v) Verbot aktiver Verkäufe in Gebiete, die anderen Händlern zugewiesen sind (relativer Gebietschutz).

Präzisierungen zum aktiven und passiven Verkauf

Die VertBek umschreibt den aktiven und passiven Verkauf neu. *Aktiver Verkauf* ist danach, wenn der Kunde gezielt angesprochen wird. *Passiver Verkauf* liegt vor, wenn der Kunde unaufgefordert eine Bestellung vornimmt. Als passive Verkäufe gelten auch allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmaßnahmen, die Kunden in Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, erreichen, sofern sie eine „vernünftige Alternative“ zur Ansprache von Kunden ausserhalb dieser Gebiete oder Kundengruppen, z.B. im eigenen Gebiet, darstellen. Wird zwar der aktive Verkauf verboten, nicht aber der passive (sog. relativer Gebietschutz), so geht die VertBek wie bisher von einer qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigung aus, ausser es läge eine der in der VertBek vorgesehenen Ausnahme vor. Eine Sanktionierung ist in solchen Fällen jedoch grundsätzlich ausgeschlossen.

Internetverkäufe als Formen des Passivverkaufs

Unter gewissen Umständen qualifizieren Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen als vertikale Preis- oder Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG. Dies ist der Fall, wenn der Anbieter z.B. direkt oder indirekt mittels Drohungen, Warnungen oder Lieferverzögerungen Einfluss auf Preise der Händler nimmt. Ebenso problematisch können Abreden betreffend folgender Konstellationen sein: (i) der Händler verhindert, dass Kunden aus der Schweiz seine Website einsehen können, (ii) Kunden werden automatisch auf die Website des Herstellers oder anderer Händler in der Schweiz umgeleitet und (iii) Internet-Transaktionen von gebietsfremden Endkunden werden unterbunden, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt. Nicht sanktionierbar, aber möglicherweise als qualitativ schwerwiegende Abrede gilt jede Verpflichtung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, welche die zugelassenen Händler davon abhält, das Internet zu benutzen, um mehr und andere Kunden zu erreichen, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die insgesamt den Kriterien für Verkäufe im physischen Verkaufspunkt nicht gleichwertig sind. Zulässig sind freilich Qualitätsanforderungen, welche ein Anbieter an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Ware stellt, um zu gewährleisten, dass das Online-Geschäft des Händlers mit dem Vertriebsmodell des Anbieters in Einklang steht. Generell ist zu beachten, dass die Erheblichkeit von Verboten bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz stets einer Einzelfallprüfung unterliegen.

Für weitere Fragen zu diesem Thema stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Rechtlicher Hinweis: Der Inhalt dieses UPDATE Newsflash ist allgemeiner Natur und stellt keine Rechtsauskunft dar. Bei Fragen zur für Sie relevanten rechtlichen Ausgangslage stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Ihre Ansprechpartner

Zürich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Genf / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 70 00

Unsere Büros

Zürich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tel: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Genf

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com