



ischen Kommission wird leider nicht gesagt, ob E-Commerce als passive oder als aktive Verkaufstätigkeit zu qualifizieren ist. Bedauerlich ist weiter, dass die Bekanntmachung, im Gegensatz zum EG-Recht, Wettbewerbsverbote, die eine Dauer von fünf Jahren nicht überschreiten, nicht als grundsätzlich zulässig qualifiziert, wenigstens sofern der Marktanteil des Lieferanten die Schwelle von 30% im relevanten Markt nicht übersteigt.

Während selektiver Vertrieb als grundsätzlich zulässig angesehen wird, sagt die Bekanntmachung schliesslich nichts über die Schranken, die sich aus der Natur der Vertragsprodukte oder –dienstleistungen ergeben können, die vom Lieferanten gewählten Selektionskriterien oder über deren konkrete Anwendung aus. Ungewiss bleibt daher, ob die Prinzipien, die im EG-Recht in den Rechtssachen METRO I, AEG und Edouard Leclerc entwickelt wurden, auch in der Schweiz gültig sind⁵.

D. Unsere Erfahrung

Eine Bekanntmachung legt nur allgemeine Regeln fest und kann nicht eine Einzelfallprüfung ersetzen. Eine solche Prüfung wird zwingend das wirtschaftliche Umfeld, in dem sich die an der Abrede beteiligten Parteien bewegen, die betroffenen Produkte oder Dienstleistungen sowie die Struktur der relevanten Märkte berücksichtigen müssen. Die Lösung vieler Probleme erfordert daher eine fachkundige Beratung.

SHELLENBERG WITTMER berät in- und ausländische Unternehmen über die Auswirkungen des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts auf Transaktionen und Handelspraktiken und unsere Anwälte haben mehrere Klienten im Rahmen von Verfahren vor der Weko vertreten. Zudem verfügt SHELLENBERG WITTMER europa- und weltweit über ausgezeichnete Verbindungen zu Experten im Kartell- und Wettbewerbsrecht.

Kontakte

Unsere Anwälte der Zürcher und Genfer Büros stehen gerne zu Ihrer Verfügung:

I In Zürich:

MARTIN WEBER
martin.weber@swlegal.ch

PHILIPPE BORENS
philippe.borens@swlegal.ch

I In Genf:

LIONEL AESCHLIMANN
lionel.aeschlimann@swlegal.ch

ANDRAS PALASTHY
andras.palasthy@swlegal.ch

10, cours de Rive
Case postale 3054
CH-1211 Genève
Tél. +41 (0) 22 707 8000
Fax +41 (0) 22 707 8001

Löwenstrasse 19
Postfach 6333
CH-8023 Zürich
Tel. +41 (0) 1 215 5252
Fax +41 (0) 1 215 5200

| www.swlegal.ch

Vertriebsverträge und Schweizer Wettbewerbsrecht

Mehrere Arten handelsrechtlicher Verträge können wegen Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht dem Risiko einer zivilrechtlichen Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit ausgesetzt sein (Kartellgesetz, KG; SR 251). Dies trifft auch für Vertriebsvereinbarungen zu. Wie die Schweizer Wettbewerbskommission (Weko) solche Vereinbarungen behandelt, war lange Zeit undurchsichtig. Diese Ungewissheit wurde mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung zum Teil aufgehoben. Die im Folgenden beschriebene Stellungnahme der Weko könnte mehrere Unternehmen zur Überprüfung ihrer Vertriebssysteme veranlassen.

A. Einführung

Am 18. Februar 2002 hat die Weko eine „Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden“¹ verabschiedet. In dieser Bekanntmachung legt die Weko zum ersten Mal in systematischer Weise die Kriterien fest, welche die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen gemäss Schweizer Kartellgesetz bestimmen. Diese Bekanntmachung betrifft insbesondere Vertriebsvereinbarungen, d.h. Vereinbarungen, wonach ein Hersteller oder irgendein Anbieter von Waren oder Dienstleistungen (z.B. ein Grossist) ein anderes Unternehmen mit dem Vertrieb seiner Produkte bzw. Dienstleistungen beauftragt.

Im Geschäftsleben kennen diese Verträge verschiedene Formen und Bezeichnungen:

- I Alleinvertrieb,
- I Selektiver Vertrieb,
- I Franchising,
- I Handelsvertretung, usw.

Die Bekanntmachung bildet das schweizerische Pendant zu den „Guidelines on Vertical Restraints“², welche von der Europäischen Kommission im Dezember 2000 als Ergänzung zu ihrer Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999³ verabschiedet wurden.

B. Inhalt der Bekanntmachung

In ihrer Bekanntmachung legt die Weko die Fälle fest, in denen vertikale Abreden als zulässig oder unzulässig gemäss Artikel 5 KG zu qualifizieren sind.

a) Anwendungsbereich: Vertikale Wettbewerbsabreden

Als vertikale Abreden im Sinne der Bekanntmachung gelten erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte

¹http://www.wettbewerbskommission.ch/site/g/medien/archiv2.Par.0029.Pic2.pdf. Der Text ist auch auf Französisch und Italienisch erhältlich.

²Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2000/C 291/01), ABl. Nr. C 291 vom 13.10.2000, S. 1.

³Verordnung über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des EG-Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. Nr. L vom 29.12.1999, S. 21.

⁴Solche Vereinbarungen liegen etwa vor, wenn ein Hersteller den Vertrieb der Produkte eines anderen Herstellers übernimmt, letzterer aber nicht den Vertrieb von Produkten des erstgenannten Herstellers.

⁵Rs. 26/27, Metro I (1977); Rs. 107/82, AEG (1983); Rs. T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc (1996). Grundsätzlich wird der Selektivvertrieb nur für Güter der Luxusklasse sowie für technisch hochwertige Produkte zugelassen. Zudem müssen die Selektionskriterien zur Auswahl der Vertragshändler objektiv gerechtfertigt sein und dürfen nicht diskriminierend angewandt werden. Werden diese Voraussetzungen beachtet, gelten solche Abreden in der Regel als wettbewerbsneutral.



Verhaltensweisen von zwei oder mehreren Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Vertikale Abreden sind von den horizontalen Abreden zu unterscheiden, welche zwischen Unternehmen eingegangen werden, die auf derselben Marktstufe, d.h. auf derselben Stufe der Produktion oder des Vertriebs, tätig sind.

Unter den Anwendungsbereich des KG fallen alle Vereinbarungen, die den Wettbewerb auf einem oder mehreren Märkten in der Schweiz beeinflussen, unabhängig davon, ob sie im In- oder Ausland geschlossen wurden. Auch ist es gleichgültig, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen ihren Sitz in der Schweiz oder im Ausland haben. Gedacht wird hier insbesondere an Abreden ausländischer Unternehmen, die Parallelimporte in die Schweiz einschränken.

b) Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen

Die Bekanntmachung enthält eine Liste von Abreden, von denen vermutet wird, dass sie den Wettbewerb erheblich beschränken und damit gegebenenfalls als unzulässig einzustufen sind. Diese Vermutung gilt unabhängig von den Marktanteilen bzw. der tatsächlichen Marktmacht der an der Abrede beteiligten Parteien. Dabei handelt es sich um folgende Abreden:

- I Direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen für den Weiterverkauf („Resale Price Maintenance“, RPM).
- I Direkte oder indirekte Beschränkungen des geographischen Absatzgebietes oder Kundenkreises des Vertragshändlers.
- I Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher, sofern diese Beschränkungen Händlern innerhalb selektiver Vertriebssysteme auferlegt werden.
- I Beschränkungen von Querlieferungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zwischen zugelassenen Händlern.

- I Beschränkungen, die den Lieferanten hindern, Bestand- bzw. Ersatzteile an andere (Endverbraucher, Reparaturwerkstätten, usw.) als den an der Abrede beteiligten Händler zu liefern.
- I Wettbewerbsverbote, welche für eine Dauer von mehr als fünf Jahren oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen Wettbewerbsabrede vereinbart werden.

c) Zulässige Vertikalabreden

Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, sind nicht immer unzulässig. So erwähnt die Bekanntmachung ausdrücklich „de minimis“-Vereinbarungen sowie Vereinbarungen, die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

„De minimis“-Regel

Vertikale Wettbewerbsabreden, die lediglich eine geringe Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirken, sind nicht unzulässig. Die Weko stellt die Vermutung auf, dass vertikale Abreden dann nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gelten, wenn die Marktanteile aller an der Abrede beteiligten Unternehmen unter der Schwelle von 10% des relevanten Marktes liegen.

Die Weko nennt zwei Fälle, in denen diese Vermutung keine Anwendung findet:

- I Erstens, wenn die Vereinbarung eine der oben unter b) beschriebenen Klauseln enthält.
- I Zweitens, wenn der Wettbewerb durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender Vertriebsnetze beschränkt wird.

Gerechtfertigte Beschränkungen

Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG können Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken, gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein. Dies kann bei vertikalen Abreden beispielsweise dann der Fall sein, wenn sie eine effi-

zientere Vertriebsgestaltung, zum Beispiel durch kompetentere Kundenberatung und -betreuung, erlauben.

In der Bekanntmachung wird diese Regel nur für eine Art von Wettbewerbsbeschränkungen konkretisiert, nämlich für Beschränkungen des Absatzgebietes bzw. der Kundengruppe des Weiterverkäufers. Danach kann sich ein Lieferant die Belieferung gewisser Kundengruppen vorbehalten oder gewisse Gebiete vertraglich einem bestimmten Händler „exklusiv“ zuweisen, sofern diese Massnahmen zur Steigerung der Vertriebseffizienz notwendig sind.

Diesbezüglich übernimmt die Weko implizit die Unterscheidung des Gemeinschaftsrechts zwischen „aktiven“ und „passiven“ Verkäufen. Gemäss dieser Unterscheidung ist eine territoriale oder kundenbezogene Ausschliesslichkeitsklausel im Prinzip zulässig, sofern sie auf aktive Verkäufe beschränkt ist. Mit anderen Worten:

- I Dem Vertriebshändler darf vertraglich untersagt werden, mittels aktiver Ansprache individueller Kunden, zum Beispiel durch personalisierte Werbung, innerhalb des Vertragsgebietes bzw. der Kundengruppe eines anderen Händlers tätig zu werden (Zulässigkeit der Einschränkungen „aktiver Verkäufe“).
- I Jeder Vertriebshändler muss hingegen frei sein, unaufgeforderte Bestellungen individueller Kunden zu erfüllen, auch wenn diese Kunden anderen Händlern „exklusiv“ zugewiesen wurden (Unzulässigkeit der Einschränkungen „passiver Verkäufe“).

Diese Regel gilt wohl auch für Querlieferungen („cross-supplies“). Mit anderen Worten müssen bei Alleinvertriebsverträgen die Vertragshändler frei sein, Bestellungen von anderen Vertriebshändlern (z.B. einem Discounter) zu erfüllen, selbst wenn letztere nicht Mitglied des Vertriebsnetzes des Lieferanten sind. Immer in Bezug auf Querlieferungen schreibt die Bekanntmachung eine Sonderregel für selektive Vertriebssysteme vor: Die Belieferung von nicht zugelassenen Vertriebshändlern kann zugelassenen Vertragshändlern ohne weiteres untersagt werden, während sie in der Belieferung zugelassener Vertragshändler absolut frei sein müssen.

C. Unklarheiten und praktische Fragen

Die rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit vertikalen Vertriebsbeschränkungen werden durch die neue Bekanntmachung teilweise beseitigt. Zu betonen gilt jedoch, dass sie nur die Meinung der Weko wiedergibt und daher keine Gesetzeskraft beanspruchen kann. Die Unklarheiten und die praktischen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Bekanntmachung sind jedoch zahlreich.

Eine erste Unsicherheit betrifft die Frage der Anwendbarkeit der Bekanntmachung auf Vertriebsverträge zwischen Unternehmen, die miteinander im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb stehen, insbesondere auf nicht wechselseitige Vertriebsvereinbarungen⁴. Ein pauschaler Ausschluss solcher Verträge würde den Anwendungsbereich der Bekanntmachung äusserst eng ziehen. Nicht gedeckt wären zum Beispiel alle Fälle, in denen der Lieferant auf der Vertriebsstufe selber tätig ist (z.B. durch eine Tochtergesellschaft).

Die Bekanntmachung schweigt auch in Bezug auf zwei Kategorien von Vereinbarungen, die im Prinzip kartellrechtlich unbedenklich sind. Es sind dies gruppeninterne Absprachen sowie „echte“ Handelsvertreterverträge:

- I Gruppeninterne Vereinbarungen binden Unternehmen, die alle derselben Unternehmensgruppe angehören. Artikel 5 KG ist nicht anwendbar, sofern alle Vertragsparteien eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die betroffenen Unternehmen keine Selbständigkeit haben.
- I Bei „echten“ Handelsvertreterverträgen trägt der Vertreter keine oder nur unbedeutende Risiken in Bezug auf die im Auftrag geschlossenen und/oder ausgehandelten Verträge und in Bezug auf die geschäftsspezifischen Investitionen für das betreffende Geschäftsfeld.

In Bezug auf die dem Vertriebshändler auferlegten Beschränkungen bestätigt die Weko, dass vertragliche Bestimmungen, welche passive Verkäufe untersagen, im Prinzip unzulässig sind. Im Gegensatz zur Europä-