

**Per E-Mail an:** patrik.ducrey@weko.admin.ch  
und andrea.graber@weko.admin.ch

Wettbewerbskommission  
Sekretariat  
Hallwylstrasse 4  
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de)

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.  
Arbeitsgruppe Schweiz  
c/o CORE Rechtsanwälte AG  
Dufourstrasse 105  
CH-8008 Zürich | Schweiz  
Tel: +41 43 555 70 07  
[mario.strebel@core-attorneys.com](mailto:mario.strebel@core-attorneys.com)

Zürich, 2. September 2022

## 013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Stellungnahme

### A. Einleitung

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1'300 Anwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Diese beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen in allen Bereichen des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der EU-Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung des Kartellrechts auf nationaler und europäischer Ebene.
- 2 Am 5. Juli 2022 hat die Schweizer Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Vernehmlassung zur Revision der geltenden Vertikalbekanntmachung (**VertBek**) und der dazugehörigen Erläuterungen (**VertBek-Erläuterungen**) eröffnet. Vorausgegangen war die Revision der europäischen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>1</sup> und der dazugehörigen Vertikal-Leitlinien<sup>2</sup>, die am 1. Juni 2022 in Kraft getreten sind. Die Vernehmlassungsentwürfe der WEKO sollen sicherstellen, *"dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union,*

---

<sup>1</sup> Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2022/L 134/4; **Vertikal-GVO**).

<sup>2</sup> Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. 2022/C 248/01; **Vertikal-Leitlinien**).

eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird."<sup>3</sup> Neben dem Ziel vieler Gleichläufe zwischen den Regeln der Europäischen Union (EU) und den Schweizer Entwürfen berücksichtigen letztere aber auch die neue bundes- und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, namentlich das Bundesgerichtsurteil in Sachen *Pfizer*<sup>4</sup> im Bereich vertikaler Preisabreden und Preisempfehlungen, das Bundesgerichtsurteil in Sachen *Flammarion*<sup>5</sup> sowie die Urteile in Sachen *Dargaud* des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>6</sup>

- 3 Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung der WEKO und deren Sekretariat teilnehmen und sich zum Entwurf der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (**VE-VertBek**) und dem Entwurf der dazugehörigen Erläuterungen (**VE-VertBek-Erläuterungen**; gemeinsam mit dem VE-VertBek die **Vernehmlassungsentwürfe**) äussern zu dürfen.
- 4 Im Folgenden wird vorab auf die zu begrüssenden Revisionspunkte hingewiesen (Kapitel B). Darauf folgt die Darlegung eines für die vorliegende Stellungnahme zentralen Anliegen: Es soll die in den Vernehmlassungsentwürfen enthaltene Unklarheit bzw. Lücke geschlossen werden, die sich daraus ergibt, dass die Vernehmlassungsentwürfe zu bestimmen, in der Vertikal-GVO und in den Vertikal-Leitlinien enthaltenen Bestimmungen bzw. Erläuterungen schweigen oder sich an diese terminologisch und inhaltlich zwar anlehnen, aber nicht vollumfänglich übernehmen. Folglich bleibt unklar, ob sich die WEKO für ein qualifiziertes Schweigen entschieden hat oder von einer analogen Anwendung der ausführlicheren Regelungen der Vertikal-GVO und Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien ausgeht (Kapitel C). Danach wird im Einzelnen auf die in den Entwürfen vorgesehenen Abweichungen vom EU-Recht für vertikale Vereinbarungen eingegangen, die eine schärfere Regelung vorsehen und deren Einführung die Studienvereinigung ablehnt (unerwünschte "*Swiss Finishes*"; Kapitel D). Die Stellungnahme schliesst mit zwei Anregungen für Klarstellungen (Kapitel E) und einem Fazit (Kapitel E).

---

<sup>3</sup> Entwurf der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 5. Juli 2022, Erw. VII.

<sup>4</sup> BGE 147 II 272, E.3.4, 4.3 und 4.5.1 (Pfizer).

<sup>5</sup> Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022, E.9.1 ff. (Flammarion).

<sup>6</sup> Urteil des BGer 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021, E.7.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 25); Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, E.6.2 f. (Dargaud).

## **B. Grundsätzlich begrüßenswerte Angleichung an die in der EU geltenden Regeln**

- 5 Die Studienvereinigung begrüsst das Bestreben der WEKO, mit den Vernehmlassungsentwürfen die aktuell geltenden Regeln betreffend Vertikalabreden an die am 1. Juni 2022 in Kraft getretene Vertikal-GVO anzupassen.
- 6 Dem Grundsatz nach begrüßenswert sind dabei insbesondere alle Bestrebungen, die dem Vorbild der Vertikal-GVO folgend den Unternehmen künftig einen grösseren Gestaltungsspielraum einräumen sollen. Dies betrifft namentlich etwa die Regelungen für die Organisation der Vertriebssysteme, diejenigen betreffend den dualen Vertrieb (einschliesslich der Beurteilung zum Informationsaustausch) oder Erleichterungen im Kontext des Onlinevertriebs.
- 7 Vor diesem Hintergrund ist aber gleichzeitig auch auf die aktuellen Bemühungen des Bundesrates zur Revision des Kartellgesetzes hinzuweisen. Die entsprechende Revisionsvorlage umfasst dabei insbesondere auch eine Änderung von Art. 5 KG (Motion 18.4282 Français), dessen Anwendung die VertBek konkretisiert.
- 8 Die Studienvereinigung hat beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO im Rahmen der bundesrätlichen Vernehmlassung zur KG-Revision am 11. März 2022 eine Stellungnahme eingereicht und dabei auch die entsprechenden Revisionsvorschläge kommentiert.<sup>7</sup> Diese namentlich in Kapitel G der Stellungnahme vom 11. März 2022 enthaltenen Ausführungen behalten auch im Kontext der vorliegenden Stellungnahme ihre Relevanz. Es wird hiermit darauf verwiesen. Sollten die entsprechenden Vorschläge zur Revision von Art. 5 KG in der einen oder anderen Form verabschiedet werden, müssten die Auswirkungen dieser Revision auf die VertBek und deren Erläuterungen überprüft und gegebenenfalls einer neuerlichen Revision unterzogen werden.

## **C. Mehr Rechtssicherheit durch explizite Klarstellung der Anwendung der in der EU geltenden Regeln bei Lücken**

- 9 Die Studienvereinigung begrüsst, dass gemäss den Erwägungen des VE-VertBek sichergestellt werden soll, dass in der Schweiz bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vertikaler Abreden möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU.<sup>8</sup>
- 10 Aus Sicht betroffener Unternehmen ist eine weitestgehende Kompatibilität der schweizerischen mit der EU-Praxis gewünscht, insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit, Vorausehbarkeit und Wirtschaftlichkeit.
- 11 In den Vernehmlassungsentwürfen werden Bestimmungen der Vertikal-GVO und Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien lediglich selektiv übernommen. Zahlreiche Bestimmungen in den EU-Regelwerken finden keine Erwähnung in den Vernehmlassungsentwürfen oder

---

<sup>7</sup> Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes – Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. vom 11. März 2022 (abrufbar unter [www.studienvereinigung.de/publikationen/stellungnahmen](http://www.studienvereinigung.de/publikationen/stellungnahmen)).

<sup>8</sup> VE-VertBek, Erw. VII.

werden dort nur angerissen, ohne in ihrer Gesamtheit übernommen zu werden. Im Dienst einer möglichst überschaubaren, kurzen Regulierung in der Schweiz ist diese Prägnanz grundsätzlich zu begrüssen. Unklar bleibt jedoch, was gelten soll, wenn die neu zu erlassende Vertikalbekanntmachung und die dazugehörigen Erläuterungen zu bestimmten vertikalen Vereinbarungen schweigen oder Bestimmungen der Vertikal-GVO bzw. Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien nur teilweise übernehmen.

- 12 Nach ausdrücklicher Absicht des Gesetzgebers und auch nach Auffassung des Bundesgerichts soll in der Schweiz namentlich im Bereich der Vertikalabreden keine schärfere Regelung gelten als in der EU.<sup>9</sup> Die Regeln der Vertikal-GVO und die Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien müssen ebenfalls vollumfänglich für Konstellationen gelten, die in den Vernehmlassungsentwürfen nicht ausdrücklich erwähnt werden (beispielsweise Erfüllungsverträge oder Handelsvertreterverhältnisse) oder im Vergleich zum EU-Recht nur lückenhaft geregelt werden (beispielsweise die Frage der Zulässigkeit von sich stillschweigend verlängernden Wettbewerbsverboten bei effektiver Kündigungsmöglichkeit oder die Beispiele zulässigen Informationsaustauschs im dualen Vertrieb).
- 13 Die vom Gesetzgeber gewollte und vom Bundesgericht anerkannte Parallelität der Schweizer und EU-Regelungen zu vertikalen Vereinbarungen führt dazu, dass nach Ansicht des Bundesgerichts bei Lücken in den Schweizer Regelwerken auf die Bestimmungen der EU verwiesen und abgestellt werden kann. Im Schweizer Recht soll vorbehaltlich allfälliger Unterschiede, die zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Markt oder Teilen desselben ausnahmsweise bestehen könnten, grundsätzlich ebenfalls erlaubt sein, was unter der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien zulässig ist. Grundsätzlich intendierte der Gesetzgeber eine echte Regimeidentität zwischen dem Schweizer Recht und den EU-Regeln über vertikale Vereinbarungen, auch wenn er weder einen dynamischen Verweis auf diese Regeln in das Kartellgesetz einfügte noch technisch identische Regelwerke erliess.<sup>10</sup> Diese Parallelität hinsichtlich der Beurteilungsergebnisse zu vertikalen Abreden sollte im VE-VertBek ausdrücklich klargestellt werden und würde die Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit deutlich erhöhen.
- 14 Den oben zitierten Absichten des Gesetzgebers und bundesgerichtlichen Urteilen folgend und zu Gunsten einer erhöhten Rechtssicherheit und Klarheit beantragt die Studienvereinigung daher, die Erwägungen des VE-VertBek sowie Art. 10 VE-VertBek wie folgt zu ergänzen:

- Ergänzung von Erwägung VI. VE-VertBek:

*"[...] Sehen die vorliegende Bekanntmachung und die diese ausführenden Erläuterungen keine bzw. keine explizit abweichende Regelung vor, finden die Regeln der Verord-*

<sup>9</sup> Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Flammarion); vgl. auch BGE 143 II 297, E.6.2.3 (Gaba).

<sup>10</sup> Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Flammarion) und Urteil des BGer 2C\_43/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Dargaud), die beide explizit festhalten, dass "[l]es règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées; cf. aussi BO 2003 CE 331)".

*nung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen sowie die in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01) enthaltenen Erläuterungen analog Anwendung."*

- Ergänzung von Art. 10 VE-VertBek mit einem neuen Abs. 7:

*"Sehen diese Bekanntmachung und die diese ausführenden Erläuterungen zu bestimmten Sachverhalten keine bzw. keine explizit abweichende Regelung vor, finden die Regeln der Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen einschliesslich der Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01) analog Anwendung."*

#### **D. Vermeidung einzelfallbezogener Sonderregeln (kein verschärfender "Swiss finish")**

- 15 Nach Ansicht der Studienvereinigung sprechen die oben zitierten gesetzgeberischen Absichten und bundesgerichtlichen Urteile explizit gegen die in den Vernehmlassungsentwürfen vorgesehenen Sonderregelungen, welche die in der EU geltenden Bestimmungen für vertikale Vereinbarungen verschärfen. Auf diese unerwünschten "Swiss Finishes", bei denen nicht verallgemeinerungsfähige, spezifische Einzelfälle generalisiert werden sollen bzw. keine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, wird nachfolgend eingegangen.

##### **1. Ablehnung einer Schweizer Sonderregel für Preisabreden und -empfehlungen (Art. 12 Abs. 1 lit. a VE-VertBek)**

- 16 Die neue Vertikal-GVO enthält in deren Art. 4 lit. a unverändert eine Bestimmung über die Freistellung von Publikumspreisempfehlungen (PPE)<sup>11</sup> und Höchstverkaufspreisen, die in den einschlägigen Randziffern der Vertikal-Leitlinien weiter erläutert wird.<sup>12</sup>
- 17 Demgegenüber sollen gemäss dem VE-VertBek die Bestimmungen zu den PPE, die aktuell in Art. 10 lit. a und Art. 15 VertBek sowie dessen Erwägung XI. enthalten sind, ersatzlos gestrichen werden. Stattdessen enthält der VE-VertBek-Erläuterungen neu einen Abschnitt zu Preisempfehlungen, der die Praxis des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*<sup>13</sup> auszugsweise wiedergibt und die im VE-VertBek gestrichenen Passagen teilweise übernimmt. In Art. 12 Abs. 3 VE-VertBek wird zu den Vermutungstatbeständen lediglich noch festgehalten, dass

---

<sup>11</sup> Publikumspreisempfehlungen sind in der Praxis ein weit verbreitetes Vertriebsinstrument, insbesondere in Vertriebssystemen wie zum Beispiel dem Franchising und anderen Formen der *Managed Distribution*. Eine Vertriebsgeberin kann ihren Vertriebsnehmern und Endkunden damit eine Orientierungshilfe für die preisliche Positionierung der Produkte oder Dienstleistungen geben. Im Systemwettbewerb ist die Senkung der Transaktionskosten auch des Kunden ein nicht zu unterschätzender Faktor (vgl. dazu BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, Dike-KG, Art. 4 Abs. 1 N 184).

<sup>12</sup> Siehe Rz. 100 lit. e, 188 f. sowie 198 bis 201 Vertikal-Leitlinien.

<sup>13</sup> BGE 147 II 72 (Pfizer).

"auch in Empfehlungsforn gekleidete vertikale Wettbewerbsabreden" den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen können.<sup>14</sup>

- 18 Die Studienvereinigung lehnt die beabsichtigten Änderungen ab. Zum einen weichen diese entgegen der vom Bundesgericht geforderten Kongruenz mit dem EU-Recht im Vertikalbereich von den Regeln der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien ab. Damit wird das Ziel möglichst gleicher Regeln<sup>15</sup> unterlaufen. Zum anderen ist der referenzierte *Pfizer-Fall*<sup>16</sup> keine typische Konstellation einer vertikalen Preisempfehlung – dies hält das Bundesgericht in Erwägung 5.6 des *Pfizer-Urteils* selbst ausdrücklich fest – sondern ein durch besondere Umstände geprägter, eng auszulegender Spezialfall, der im Kontext des stark regulierten Vertriebs verschreibungspflichtiger Arzneimittel<sup>17</sup> zu verstehen ist und nicht verallgemeinert werden kann und darf. Nach Ansicht der Studienvereinigung ist es nicht sachgerecht, aus einem Spezialfall die Regel zu machen, schon gar nicht in Widerspruch zu den in der EU anwendbaren und etablierten Regeln.<sup>18</sup>
- 19 Aus Sicht der Studienvereinigung sind die Vernehmlassungsentwürfe mit Bezug auf die Ausführungen zu PPE deshalb wie folgt anzupassen.

#### a) Grundsätzliche Zulässigkeit von PPE

- 20 Gemäss Art. 4 lit. a Vertikal-GVO sind PPE grundsätzlich zulässig. PPE können den Tatbestand einer vertikalen Preisabrede nur ausnahmsweise erfüllen, wenn deren "*Einhaltung mit Druck oder Anreizen*" durch eine der beteiligten Parteien forciert wird. Dieser Grundsatz sollte explizit in Art. 15 der zu erlassenden VertBek wieder aufgenommen werden.
- 21 Die Praxis des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*<sup>19</sup> ändert aus den oben dargelegten Gründen (vgl. Rz. 18) an diesem Grundsatz nichts. Die Streichung der in Art. 15 lit. a VertBek enthaltenen Bestimmung ist folglich nicht sachgerecht und widerspricht der Praxis in der EU.
- 22 Angesichts der grossen praktischen Bedeutung von PPE sollten aus Gründen der Rechtssicherheit derart klare und unbestrittene Grundsätze zur Anwendung des Kartellgesetzes in der zu erlassenden VertBek auch aufgeführt werden. Eine lediglich versteckte Erwähnung

---

<sup>14</sup> Indes ist dieser bereits im geltenden Art. 10 Abs. 3 VertBek enthaltene Passus insofern selbstverständlich, als er eine dissimulierte Wettbewerbsabrede voraussetzt und deshalb mit Bezug auf PPE keinen Erkenntnisgewinn erlaubt; vgl. BGE 147 II 72, E 6.4.6 (*Pfizer*); BANGERTER/ZIRLICK, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 1 N 182.

<sup>15</sup> Vgl. VE-VertBek, Erw. VII.

<sup>16</sup> BGE 147 II 272 (*Pfizer*).

<sup>17</sup> Verschreibungspflichtige Arzneimittel sind grossmehrheitlich in der sog. Spezialitätenliste enthalten und damit Gegenstand eines staatlichen Preisregimes. Auch nach den Feststellungen des Bundesgerichtes war aufgrund der heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere aufgrund des Verbots der Publikumswerbung, lediglich von einem reduzierten Wettbewerb auszugehen (BGE 141 II 66, E 4.2.3 ff.). Überdies stützte sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen grösstenteils auf die Praxis zu abgestimmten Verhaltensweisen im horizontalen Kontext (siehe die zitierte Praxis in BGE 147 II 72, E 3.4.2.1 ff.), wo der Grundsatz des Geheimwettbewerbs gilt. Im Kontext vertikaler Abreden ist eine Kontaktnahme bzw. ein Austausch von Informationen aber zwangsläufig nötig.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 211 ff. und insbesondere N 230a.

<sup>19</sup> BGE 147 II 272 (*Pfizer*).

im VE-VertBek-Erläuterungen ist in jedem Fall abzulehnen und wirft bereits für sich betrachtet Fragen auf. Die ursprünglich enthaltene Bestimmung sollte daher wieder eingefügt werden.<sup>20</sup>

## **b) Verhaltensabstimmung bei einseitigen PPE**

- 23 Der überwiegende Teil der in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen enthaltenen Ausführungen zu PPE bezieht sich auf den Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*<sup>21</sup> und die Frage des Vorliegens einer Abrede in der Tatbestandsvariante eines abgestimmten Verhaltens.
- 24 Wie erwähnt, befassen sich diese Ausführungen nach Ansicht der Studienvereinigung nicht mit dem typischen Fall einer vertikalen Preisempfehlung (vgl. Rz. 18). Sie sind bereits aus diesem Grund zu streichen, da ansonsten der (von besonderen Umständen abhängige) Ausnahmefall zur Regel erhoben wird. Dies macht regelungstechnisch keinen Sinn und sollte zwingend vermieden werden.
- 25 Darüber hinaus sind die im VE-VertBek-Erläuterungen erwähnten Kriterien unscharf und in hohem Masse auslegungsbedürftig. So ist das in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen, 2. Bullet, erwähnte Tatbestandselement der "*Fühlungnahme*" nicht greifbar. Im vertikalen Kontext liegen Kontakte zwischen Vertriebsgeberinnen und Vertriebsnehmern in der Natur der Sache, da der Vertrieb immer regelungsbedürftig ist und einen gewissen Konsens voraussetzt. Der Verweis weiter unten im Entwurfstext, die Abstimmung könne sich "*etwa durch eine besonders intensive Kommunikation*" der PPE ergeben, ist ebenfalls wenig schlüssig und folglich nicht geeignet, als allgemeines Indiz und generelle Orientierungshilfe für die Beurteilung von PPE und deren Zulässigkeit zu gelten.<sup>22</sup> Das Wesen einer Preisempfehlung besteht darin, dass sie an Händler und Endabnehmer kommuniziert wird. Mit dem Abstützen auf das unscharfe Element der "*Fühlungnahme*" sowie der ebenfalls konturlosen "*besonders intensiven Kommunikation*" wird in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen sodann der Befolgungsgrad als Abstimmungserfolg ohne nähere Erläuterung ins Zentrum gerückt. Werden weder Druck ausgeübt noch Anreize gewährt, ist der Befolgungsgrad mangels Abrede bzw. abgestimmter Verhaltensweise im Regelfall aber irrelevant.
- 26 Aus Sicht der Studienvereinigung ist der 2. Bullet in Rz. 8 des VE-VertBek-Erläuterungen folglich ersatzlos zu streichen. Sofern gleichwohl auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen *Pfizer*<sup>23</sup> hingewiesen werden soll, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass Preisempfehlungen in ganz besonders gelagerten, spezifischen Ausnahmefällen im Rah-

---

<sup>20</sup> Auf das Gewähren von Druck oder Anreizen wird zwar hingewiesen (konkret in Rz. 7 VE-VertBek-Erläuterungen bezüglich Höchstverkaufspreisen sowie in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen, 4. Bullet, bezüglich PPE). Die entsprechende Bestimmung des EU-Rechts findet sich allerdings wie erwähnt direkt in der Vertikal-GVO, und nicht erst in den Vertikal-Leitlinien.

<sup>21</sup> BGE 147 II 272 (Pfizer).

<sup>22</sup> Auch der Verweis auf die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils in Sachen *Pfizer* tragen nicht zur Klärung in allgemeiner Hinsicht bei. So hatte das Bundesgericht den speziellen Fall der täglichen elektronischen Übermittlung von PPE über Monate und Jahre hinweg als "*besonders intensive Kommunikation*" beschrieben. Dies kann allerdings nicht losgelöst von den übrigen, speziellen Sachverhalts Umständen in diesem Entscheid betrachtet werden.

<sup>23</sup> BGE 147 II 272 (Pfizer).

men einer Gesamtbetrachtung auch ohne Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen für deren Einhaltung eine vertikale Preisbindung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellen können. Hier sollte aber auf die konkreten Sachverhaltsumstände in Sachen *Pfizer*<sup>24</sup> Bezug genommen werden, um diese "*spezifischen Ausnahmefälle*" wenigstens ansatzweise zu konkretisieren und Rechtssicherheit herzustellen.

## 2. Ablehnung einer Schweizer Sonderregel beim absoluten Gebietsschutz

- 27 Die Vertikal-GVO definiert als Kernbeschränkung im Alleinvertriebssystem "*die Beschränkung des Gebiets oder der Kunden, in das bzw. an die der Alleinvertriebshändler die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen darf.*" Dieser Wortlaut wurde praktisch wörtlich in den VE-VertBek übernommen. Entsprechend, und vor dem Hintergrund der allgemeinen, zu begrüssenden Harmonisierungsbestrebungen zum EU-Recht ist somit zu erwarten, dass die Voraussetzungen für eine Qualifikation als absoluter Gebietsschutz denjenigen in der EU entsprechen.
- 28 Dies ist gemäss den Vernehmlassungsentwürfen aber nicht der Fall. Diese weichen betreffend die Voraussetzungen für das Vorliegen eines absoluten Gebietsschutzes von einer EU-kompatiblen Auslegung ab. So erwähnt Rz. 11 VE-VertBek-Erläuterungen als mögliches Beispiel einer "*absoluten Gebietsschutzabrede*" (u.a.) "*vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.*" Der VE-VertBek-Erläuterungen verweist auf die entsprechende Praxis in Sachen *Nikon*<sup>25</sup> und auf den WEKO-Entscheid in Sachen *Bucher Landtechnik*<sup>26</sup> und bestätigt in Fn. 34, dass es sich dabei um eine "*ausschliesslich auf Schweizer Praxis beruhende Regelung*" handle. Diese Bestimmung stellt eine Verschärfung gegenüber der EU-Praxis dar und sollte nach Ansicht der Studienvereinigung im Interesse der Kohärenz gestrichen werden. Nach der Vertikal-GVO stellen exklusive Bezugspflichten in nicht-selektiven Vertriebssystemen keine Kernbeschränkung dar. Im Selektivvertrieb sind Querlieferungen zuzulassen, sodass selbst im Fall von selektiven Vertriebssystemen unter EU-Recht eine solche Bezugspflicht nur in Spezialfällen, wo dieses Erfordernis verletzt wird, im Ergebnis als Kernbeschränkung qualifizieren kann. Mit absolutem Gebietsschutz hat aber auch dies nichts zu tun, geht es hierbei doch vielmehr um passive und aktive Verkäufe bzw. Querlieferungen, die im Rahmen des Selektivvertriebs nicht eingeschränkt werden dürfen.
- 29 Ein absoluter Gebietsschutz setzt bereits definitionsgemäss voraus, dass sämtliche Anfragen aus exklusiv zugewiesenen Gebieten vom gebundenen Händler abgelehnt werden müssen. Auch nach dem Verständnis des Bundesgerichts liegt "*absoluter Gebietsschutz [...]* dann vor, wenn *passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.*"<sup>27</sup> Diese Verbotsabrede zwischen dem Hersteller bzw. Lieferant und dem (ausländischen) Händler ist jedoch nicht dasselbe wie eine Bezugsbeschränkung. Nur wenn zusätzlich zur Bezugsbeschränkung auch noch eine zu einem

---

<sup>24</sup> BGE 147 II 272 (Pfizer).

<sup>25</sup> Urteil des BVer B-581/2012 vom 16. September 2016.

<sup>26</sup> RPW 2019/4, 1155 ff. – *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

<sup>27</sup> Urteil des BVer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016, E. 6.3.5.

absoluten Gebietsschutz führende Verbotsabrede vorliegt, kann unter Umständen der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sein.<sup>28</sup> Demgegenüber bleiben Passivverkäufe weiterhin möglich, wenn einzelne oder mehrere Händler sich einer Bezugsbeschränkung unterworfen haben sollten.

- 30 Wie auch die WEKO selbst anerkennt,<sup>29</sup> findet diese im VE-VertBek-Erläuterungen beschriebene Qualifikation keinerlei Stütze im EU-Recht. Dort geniessen Bezugsbeschränkungen bei Erfüllung der entsprechenden Grundvoraussetzungen der Vertikal-GVO zu Recht den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung.<sup>30</sup>
- 31 Von vornherein nicht relevant kann weiter sein, ob die Bezugsbeschränkungen allenfalls auf mehrere Händler ausgedehnt werden bzw. (fälschlicherweise) als "lückenloses" System erachtet werden. Angesichts einer grundsätzlich unbeschränkten Anzahl an aktuellen oder potentiellen Interessenten, die für passive Anfragen in Betracht kommen, dürfte ein allein auf Bezugsbeschränkungen basierendes "lückenloses" System von vornherein unmöglich sein.
- 32 Bezugsbeschränkungen können bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen allenfalls als Wettbewerbsverbote qualifizieren und sind entsprechend den anwendbaren Regeln zu behandeln (vgl. auch Rz. 39 ff.). Eine Umqualifizierung zu absoluten Gebietsschutzabreden, wie sie im VE-VertBek-Erläuterungen vorgenommen wird, ist jedoch systematisch unzutreffend. Zudem spricht der Grundsatz *nulla poena sine lege scripta* gegen die Ausweitung des von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen *numerus clausus* sanktionsbewehrter Tatbestände.
- 33 Die vorgeschlagene Formulierung in Rz. 11 und Fn. 34 VE-VertBek-Erläuterungen gibt schliesslich die (höchstrichterlich nicht bestätigte) Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Nikon*<sup>31</sup> nur verkürzt und damit unzutreffend wieder: Das Bundesverwaltungsgericht hatte im genannten Fall eine *Kombination* von vertraglichen Import- und Exportverboten zu beurteilen.<sup>32</sup> Auch wenn (direkte und indirekte) Exportverbote unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen können, lässt sich der (höchstrichterlich nicht bestätigten) Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts aber nicht entnehmen, dass bereits alleinige "Importverbote" ebenfalls qualitativ schwerwiegend wären bzw. gar den sanktionsbewehrten Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG alleine erfüllen würden. Gemäss dem VE-VertBek-Erläuterungen soll dies jedoch der Fall sein. Dies ist nach Ansicht der Studienvereinigung in den zu erlassenden Erläuterungen aufgrund des Abweichens von den EU-Regeln und mangels einschlägiger anderslautender höchstrichterlicher Praxis wieder zu streichen.
- 34 Das Bundesgericht hat unlängst bestätigt, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG dann einschlägig sein soll, wenn Unternehmen, die im Vertrieb eines bestimmten Produktes tätig sind, jegliche Art von Verkäufen dieses Produktes in ein Vertriebsgebiet, das einem anderen Unternehmen zugewiesen wurde, untersagt wird.<sup>33</sup> Auch vor diesem Hintergrund ist

---

<sup>28</sup> BSK KG-NEFF, Vert-BM Ziff. 10 N 13.

<sup>29</sup> Was aus dem Zusatz "*ausschliesslich auf Schweizer Praxis beruhende Regelung*" hervorgeht.

<sup>30</sup> Vgl. etwa JESTAEDT/ZÖTTL, Münchener Kommentar, GVO Nr. 330/2010 Art. 2 N 11.

<sup>31</sup> Urteil des BVerG B-581/2012 vom 16. September 2016.

<sup>32</sup> Urteil des BVerG B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.3.2.

<sup>33</sup> Urteil des BVerG 2C\_44/2020 vom 3. März 2022, E. 9.1 ff.

eine Ausdehnung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG auf besagte Bezugsbeschränkungen bzw. Importverbote, wie sie im letzten Satz der Rz. 11 des VE-VertBek-Erläuterungen vorgenommen werden soll, nicht haltbar. Entsprechend ist dieser Satz nach Ansicht der Studienvereinigung ersatzlos zu streichen.

## E. Anregung von Klarstellungen

### 1. Klarstellungen betreffend den qualitativen Selektivvertrieb

35 Gemäss Art. 5 Abs. 2 VE-VertBek erfolgt die Selektion der Händler im qualitativen Selektivvertrieb ausschliesslich anhand von Kriterien, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten. Demgegenüber werden qualitative Kriterien in den Vertikal-Leitlinien offen als Kriterien definiert, welche die Zahl der Händler mittelbar durch Bedingungen begrenzt, die nicht von allen Händlern erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen.<sup>34</sup> Ferner können sich qualitative Kriterien nach Ansicht der EU-Kommission auch auf Nachhaltigkeits- und Umweltschutzziele, das zur Verfügung stellen von Ladestationen, oder Recyclingeinrichtungen durch die Händler, oder die Art und Weise des Transportes (z.B. Lastenfahrrad anstelle Kraftfahrzeugs) beziehen.

36 Es gibt keine Gründe dafür, weshalb in der Schweiz eine von der EU abweichende, engere Definition des qualitativen Selektivvertriebs gelten sollte. Vielmehr erlaubt eine offene Definition von qualitativen Kriterien, wie sie in den Vertikal-Leitlinien festgehalten ist, Vertriebsverträge flexibel an die sich stets wandelnden Bedürfnisse von Wirtschaft und Gesellschaft anzupassen. Die zunehmende Sensibilisierung der Konsumenten in den Bereichen Ökologie und Nachhaltigkeit, welche beispielsweise durch Angebote für einen nachhaltigen Vertrieb (z.B. CO<sub>2</sub>-neutraler Transport, Rücknahme- und Recyclingprogramme sowie ökologische Verpackungen von Produkten) von der Wirtschaft aufgenommen wird, sind ein Beispiel dafür, dass es Herstellern bei der Selektion ihrer Händler erlaubt sein muss, Vorgaben bzw. Qualifikationskriterien zu etablieren, die über keinen direkten Bezug zu den Produkten verfügen.

37 Dementsprechend beantragt die Studienvereinigung, Art. 5 Abs. 2 VE-VertBek wie folgt anzupassen:

*"Rein qualitativer Selektivvertrieb ist ein Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händlerinnen ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, ~~die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten, z. B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte.~~ Qualitative Kriterien begrenzen die Zahl der Händler mittelbar durch Bedingungen, die nicht von allen Händlern erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen*

---

<sup>34</sup> Rz. 144 Vertikal-Leitlinien.

gen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen. Qualitative Kriterien können sich ferner auch auf die Begrenzung des Verbrauchs natürlicher Ressourcen beziehen. Anbieter könnten beispielsweise von den Händlern verlangen, dass sie in ihren Verkaufsstellen Ladestationen oder Recyclingeinrichtungen anbieten oder dafür sorgen, dass die Auslieferung der Waren auf nachhaltige Weise, beispielsweise per Lastenfahrrad statt Kraftfahrzeug erfolgt."

- 38 Zu ändern ist zudem Art. 17 VE-VertBek. In diesem wird festgehalten, dass rein qualitativer Selektivvertrieb unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führe, wenn die drei Voraussetzungen (1) Erfordernis des selektiven Vertriebs, (2) objektive Auswahlkriterien und (3) Erforderlichkeit erfüllt seien. Hierzu ist anzumerken, dass ein derartiger rein qualitativer Selektivvertrieb schon gar nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, da er keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH.<sup>35</sup> Es ist deshalb verfehlt, von Unerheblichkeit zu sprechen, da schon gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dies ist zu korrigieren. Richtigerweise sollte festgehalten werden, dass ein selektiver Vertrieb unter den erwähnten drei Voraussetzungen keine Wettbewerbsabrede darstellt.

## **2. Klarstellung betreffend unbedenkliche Wettbewerbsverbote**

- 39 In Art. 15 lit. g VE-VertBek sowie dem VE-VertBek-Erläuterungen fehlt ein expliziter Hinweis darauf, dass Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, qualitativ nicht schwerwiegend sind, wenn der Abnehmer die entsprechende vertikale Vereinbarung mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann, so dass er nach Ablauf der Fünfjahresfrist seinen Anbieter effektiv wechseln könnte.<sup>36</sup> In der Praxis sind indessen sich stillschweigend verlängernde Verträge häufig. Auch vor diesem Hintergrund ist für die Praxis nach Ansicht der Studienvereinigung eine Klarstellung zentral, dass die Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien auch für die Schweiz gelten, wo keine explizit abweichenden Regelungen bestehen (vgl. Rz. 12).
- 40 Die Studienvereinigung würde darüber hinaus eine Klarstellung begrüßen, dass auch auf unbestimmte Dauer abgeschlossene, aber angemessen vertraglich kündbare Wettbewerbsverbote qualitativ nicht schwerwiegend sind. Wettbewerbspolitisch sind Wettbewerbsverbote nur dann ein Problem, wenn sie zur Abschottung von Vertriebskanälen für Lieferanten führen. Eine solche Abschottung scheidet jedoch aus, wenn Wettbewerbsverbote angemessen kündbar sind. Zudem ist zu bedenken, dass es unbestrittenermassen zulässig ist, Wettbewerbsverbote alle fünf Jahre für fünf weitere Jahre zu vereinbaren. Kündigungsfristen von unbefristeten Vertriebsverhältnissen sind in der Praxis hingegen oft kürzer angesetzt und führen damit tendenziell zu einer in zeitlicher Hinsicht deutlich geringeren Wettbewerbsbeschränkung als Wettbewerbsverbote, die für eine feste Dauer von fünf

---

<sup>35</sup> Vgl. etwa EuGH, 6.12.2017, C-230/16, EU:C:2017:941 – *Coty Germany*, Rz. 24 ff.; EuGH, 25.10.1977, 26/76, EU:C:1977:167 – *Metro/Kommission*, Rz. 20; EuGH, 25.10.1983, 107/82, EU:C:1983:293 – *AEG-Telefunken/Kommission*, Rz. 35; EuGH, 13.10.2011, C-439/09, EU:C:2011:649 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, Rz. 41; EuG, 23.10.2017, T-712/14, EU:T:2017:748 – *CEAHR/Kommission*, Rz. 49; RPW 2008/3, 383 – *Scott Bikes*, Rz. 9.

<sup>36</sup> Vgl. dazu aber Rz. 248 Vertikal-Leitlinien.

Jahren gelten. Es gibt keinen überzeugenden Grund, auf unbestimmte Dauer, aber angemessen kündbare Wettbewerbsverbote gegenüber einer Serie von für jeweils fünf Jahre vereinbarten Wettbewerbsverboten bzw. sich danach stillschweigend verlängernden Vereinbarungen zu benachteiligen. Dies würde auf eine form- statt substanzbasierte Betrachtungsweise von Wettbewerbsverboten hinauslaufen, die es nach Ansicht der Studienvereinigung zu vermeiden gilt. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb dürften in materieller Hinsicht sehr vergleichbar sein, ungeachtet dessen, ob sich das Wettbewerbsverbot bzw. der ein Wettbewerbsverbot enthaltende Vertriebsvertrag jeweils stillschweigend verlängert (bei gleichzeitiger vertraglicher, regelmässiger Kündigungsmöglichkeit) – was bei analoger Berücksichtigung von Rz. 248 der Vertikal-Leitlinien auch in der Schweiz keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede darstellt – oder ob eine angemessene Kündigungsfrist während eines auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Wettbewerbsverbots bzw. Vertriebsvertrages vorgesehen wird. Letzteres scheint nach dem VE-VertBek eine schwerwiegende Wettbewerbsabrede darzustellen.

- 41 Um vor diesem Hintergrund *False Positives* bzw. ein *Over-Enforcement* zu vermeiden, sollten unbefristete Vertriebsverhältnisse mit Wettbewerbsverboten und angemessener Kündigungsmöglichkeit (maximal alle fünf Jahre) den unproblematischen, sich stillschweigend verlängernden Wettbewerbsverboten gleichgestellt werden. Als Bezugsgrösse für eine angemessene Kündigungsmöglichkeit sollten die Erwägungen in Rz. 248 der Vertikal-Leitlinien gelten, wonach die Kündigung "*mit einer angemessenen Kündigungsfrist zu angemessenen Kosten*" möglich sein muss. Die Beurteilung der Angemessenheit sollte der Praxis im Einzelfall überlassen werden.
- 42 Dementsprechend beantragt die Studienvereinigung, neben der Klarstellung der Anwendbarkeit der Vertikal-Leitlinien auch in der Schweiz (vgl. Kapitel C) den Art. 15 lit. g VE-VertBek wie folgt anzupassen:

*"unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die ~~für eine unbestimmte Dauer~~ oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren gelten; [...]"*

## **F. Fazit**

- 43 Während sich die Vernehmlassungsentwürfe in begrüssenswerter Weise an den Bestimmungen der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien der EU orientieren, bestehen bei zentralen Fragen Abweichungen und daneben Bestimmungen, bei denen die (teilweise) Nichtübernahme der Regelungen des EU-Rechts Unsicherheiten hinsichtlich deren analogen Anwendung bewirken. Die Klarstellung für eine analoge Anwendung der Regelungen des EU-Rechts, wenn keine bzw. keine explizit anderslautende Regelung vorgesehen ist, könnte diese Rechtsunsicherheiten einfach beseitigen und ist ein zentrales Anliegen der Studienvereinigung.
- 44 Eine Verschärfung gegenüber dem EU-Recht, die durch die Aufnahme bundesverwaltungsgerichtlicher und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Kontextbezug in die Vernehmlassungsentwürfe entsteht, sollte in jedem Fall vermieden werden. Aus Sicht der Rechtssi-

cherheit und Kohärenz der Rechtsmaterie ist ein Gleichlauf mit dem EU-Recht anzustreben. Die Aufnahme besonders gelagerter, nicht verallgemeinerungsfähiger Einzelfälle in eine allgemeine Bekanntmachung sollte zwingend vermieden werden.

- 45 Schliesslich werden zwei Klarstellungen angeregt. Deren Umsetzung in der zu erlassenden VertBek bzw. den dazugehörigen Erläuterungen erscheint problemlos möglich.

\* \* \*

Die Stellungnahme wurde durch eine Arbeitsgruppe der Studienvereinigung vorbereitet. Ihr gehörten die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung an (in alphabetischer Reihenfolge): Nicolas Birkhäuser, Katharina Bratvogel, Marquard Christen, Marcel Dietrich, Oliver Kaufmann, Fabian Koch, David Mamane, Fabian Martens, Klaus Neff, Mani Reinert, Richard Stäuber, Regula Walter und Astrid Waser.

Die Zusammenarbeit wurde von Regula Walter und von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) koordiniert.