

C/M/S/ von Erlach Henrici



Horizontale oder vertikale Abrede?

In der Praxis bereitet die Zuordnung einer Wettbewerbsabrede als horizontale oder vertikale Abrede meist keine besonderen Schwierigkeiten. Bei gewissen Konstellationen, insbesondere bei Vertikalabreden zwischen Wettbewerbern sowie bei Bündeln von Vertikalabreden und bei der Kombination vertikaler mit horizontalen Abreden, bereitet die Qualifikation der Abreden aber bisweilen Probleme. Der vorliegende Beitrag soll diese Abgrenzungsprobleme darstellen und Kriterien für die Zuordnung aufzeigen.

Einleitung

Bei einer horizontalen Abrede handelt es sich um eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe, d.h. um eine Abrede zwischen aktuellen oder potenziellen Konkurrenten in Bezug auf substituierbare Güter. Als potenzieller Konkurrent gilt dabei ein Wettbewerber, der zwar gegenwärtig kein konkurrenzierendes Produkt herstellt, der aber innert angemessener Frist die für einen Markteintritt notwendigen Investitionen tätigen könnte und bei einer geringfügigen, aber langfristigen Anhebung der relativen Preise dieses Produktes dessen Produktion auch effektiv aufnehmen würde.¹

Vertikale Abreden sind demgegenüber Abreden zwischen Unternehmen, die zueinander in einer Nachfrager-Anbieter-Beziehung stehen und folglich auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind.² Die Vereinbarung muss sich auf aufeinanderfolgende Funktionen einer Wertschöpfungskette beziehen.³ Dies ist zum Beispiel dann gegeben, wenn ein Lieferant einem Abnehmer ein Produkt liefert, das in der Produktionskette eine Vorstufe oder einen Bestandteil des vom Abnehmer hergestellten Produktes darstellt.

Relevanz der Unterscheidung

Im Kartellgesetz (KG) umfasst der Begriff Wettbewerbsabrede sowohl horizontale als auch vertikale Abreden (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen und nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind oder wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Horizontal- und Vertikalabreden werden somit grundsätzlich gleich behandelt.⁴

Eine unterschiedliche Behandlung der beiden Abredenarten ergibt sich aber in Bezug auf die Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Bei horizontalen Abreden wird eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn sich diese auf Preise, Mengen oder eine Marktaufteilung beziehen (Art. 5 Abs. 3 KG). Demgegenüber gilt die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Vertikalabreden nur bei Preisbindungen zweiter Hand, d.h. bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei Vertriebsverträgen mit absolutem Gebietsschutz, d.h. bei Verbot von Passivverkäufen (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG). Die Vermutungstatbestände für Vertikalabreden wurden anlässlich der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes eingeführt.⁵

Vor der genannten Revision des Kartellgesetzes war die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden zentral, da die gesetzliche Regelung nur Vermutungstatbestände für Horizontalabreden und nicht auch für Vertikalabreden kannte. Mit der Einführung der Vermutungstatbestände für Vertikalabreden kann die Relevanz der Unterscheidung teilweise relativiert werden. Dies gilt wie erwähnt für Preisabsprachen und Gebietsabsprachen mit absolutem Gebietsschutz, die nun sowohl bei Horizontal- als auch bei Vertikalabreden vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die Abgrenzung horizontaler und vertikaler Abreden bleibt aber dennoch wichtig, insbesondere bei Abreden über die Zuteilung von Gebieten oder Kundengruppen mit Zulassung von Passivverkäufen. In diesen Fällen fällt die kartellrechtliche Beurteilung bei Annahme einer Horizontalabrede strenger aus als dies bei Vorliegen einer Vertikalabrede der Fall ist.

Abgrenzungsfragen

Grund für die unterschiedliche Behandlung horizontaler und vertikaler Abreden ist, dass horizontale Abreden tendenziell als volkswirtschaftlich schädlicher eingestuft werden als vertikale Abreden. Vertikale Abreden können nämlich trotz gewisser Einschränkungen der Freiheit einer oder beider Parteien geeignet sein, den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt zu intensivieren (insbesondere den Wettbewerb zwischen verschiedenen Gütern, sog. *Interbrand-Wettbewerb*).⁶ Zudem sind sie oftmals aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, weil sie dazu beitragen, Vertriebs- und Transaktionskosten zu senken.⁷

In der Regel fällt die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden nicht schwer. Befinden sich zwei Unternehmen auf der gleichen Marktstufe, so handelt es sich bei der Abrede wie beschrieben um eine Horizontalabrede; agieren die an einer Abrede beteiligten Unternehmen dagegen auf unterschiedlichen Marktstufen, so handelt es sich um eine Vertikalabrede.

In der Praxis treten jedoch Konstellationen auf, bei welchen die Zuordnung einer Abrede als horizontal oder vertikal Schwierigkeiten bereiten kann. Abgrenzungsprobleme ergeben sich namentlich bei Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern (siehe Seite 5) sowie bei Bündeln von Vertikalabreden (siehe Seite 8).

Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern

Oft sind Unternehmen auf mehr als einer Marktstufe tätig; z.B. wenn ein Unternehmen ein bestimmtes Gut nicht nur selber herstellt, sondern dieses auch selber vertreibt. Dies hat zur Folge, dass dieses Unternehmen sowohl auf Herstellerstufe als auch auf Vertriebsstufe mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht. Nachfolgend soll untersucht werden, ob Abreden zwischen zwei Wettbewerbern auf unterschiedlicher Marktstufe als Horizontal- oder als Vertikalabreden zu qualifizieren sind. Die Problemstellung soll dabei zuerst an dem in der Praxis häufig anzutreffenden Fall des zweigleisigen Vertriebs aufgezeigt werden.

Dual Distribution

Beim zweigleisigen Vertrieb (sog. *Dual Distribution*) vertreibt ein Hersteller seine Produkte einerseits selbst über sein eigenes Vertriebsnetz und andererseits über unabhängige Vertriebshändler.⁸ Da sowohl der Vertriebshändler als auch der Hersteller das gleiche Produkt verkaufen, sind sie auf dem relevanten Produktmarkt *aktuelle Konkurrenten*.⁹ Sie stehen miteinander im *Intrabrand*-Wettbewerb. Auf den ersten Blick scheint hier somit ein horizontales Wettbewerbsverhältnis vorzuliegen. Zu beachten ist aber, dass sich der Hersteller und der unabhängige Vertriebshändler in einem Nachfrager-Anbieter-Verhältnis gegenüberstehen, was für das Vorliegen einer Vertikalabrede spricht.

In der Schweiz gibt es noch keine (publizierte) Praxis zu Fällen von *Dual Distribution*. Die Vertikal-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission äussert sich nicht explizit zur Frage, ob auch Abreden zwischen Wettbewerbern als vertikal qualifiziert werden können. Gemäss deren Ziffer 1 gilt die Vertikal-Bekanntmachung für Unternehmen, die "auf verschiedenen Marktstufen" tätig sind. Unklar bleibt, ob die Unternehmen generell auf unterschiedlicher Marktstufe tätig sein müssen, oder ob es genügt, wenn sie dies nur in Bezug auf eine bestimmte Abrede tun.¹⁰ Nur im letzteren Fall können Abreden zwischen Wettbewerbern – und damit auch Fälle von *Dual Distribution* – als Vertikalabreden qualifiziert werden.

Wie häufig im Wettbewerbsrecht lohnt sich zur Beantwortung dieser Fragen ein Blick über die Grenze auf das europäische Recht.¹¹

Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern im europäischen Recht

Definition vertikaler Abreden

Im europäischen Recht ist hinsichtlich der Zuordnung von vertikalen Verhältnissen zwischen Wettbewerbern eine klare Regelung vorgesehen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 VO (EG) Nr. 2790/1999¹² (nachfolgend "Vertikal-GVO") liegt eine Vertikalabrede dann vor, wenn zwei Unternehmen "zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe" tätig sind. Massgebend ist somit stets die konkret zu beurteilende Vereinbarung. Die an der Abrede beteiligten Parteien müssen nicht generell auf einer unterschiedlichen Marktstufe tätig sein, sondern nur in Bezug auf die zu beurteilende Abrede. Auch Wettbewerber können *zwecks Durchführung einer bestimmten Abrede* auf unterschiedlicher Marktstufe tätig sein. Folglich sind vertikale Abreden auch zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern möglich.¹³

Freistellung bestimmter nicht-wechselseitiger Abreden

Gemäss der Vertikal-GVO sind vertikale Abreden zwischen Wettbewerbern in der Regel nicht freigestellt.¹⁴ In den Genuss der Gruppenfreistellung gelangen nur die nachfolgend beschriebenen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (sofern sie im Übrigen keine sog. Kernbeschränkungen enthalten):

- a) *Nicht-wechselseitige Abreden zwischen Herstellern*
Freigestellt sind einerseits nicht-wechselseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern,¹⁵ sofern der Gesamtumsatz des Käufers nicht mehr als EUR 100 Mio. beträgt.¹⁶ Eine solche nicht-wechselseitige Vereinbarung liegt namentlich dann vor, wenn ein Hersteller den Vertrieb der Produkte eines anderen Herstellers übernimmt, dieser aber nicht den Vertrieb von Produkten des erstgenannten Herstellers.¹⁷ Dabei handelt es sich um zwei Hersteller substituierbarer Güter.¹⁸
- b) *Dual Distribution*
Andererseits sind – unabhängig vom Umsatz des Käufers – jene Fälle von nicht-wechselseitigen Vereinbarungen freigestellt, bei welchen der Lieferant zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Käufer dagegen nur ein Händler ist, der keine mit den Vertragswaren konkurrierenden Produkte herstellt (*Dual Distribution*).¹⁹ Gleich behandelt werden analoge Fälle, welche statt der Herstellung

und dem Vertrieb von Waren die Erbringung von Dienstleistungen betreffen.²⁰ So sind auch Fälle von Franchising freigestellt, in denen der Franchisegeber seine Produkte oder Dienstleistungen unter dem Franchising-Konzept einerseits selber über eigene Filialen und andererseits über Franchisenehmer vertreibt.²¹

Während somit bei Vorliegen einer Konkurrenzsituation auf *Herstellerstufe* eine Freistellung nur bis zur genannten Umsatzschwelle gewährt wird, sind Fälle von *Dual Distribution*, bei welchen die Konkurrenzsituation ausschliesslich auf *Händlerstufe* vorliegt, unabhängig vom Umsatz der beteiligten Unternehmen freigestellt. Grund dafür ist, dass im Falle von *Dual Distribution* nur der *Intrabrand*-Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen betroffen ist. Demgegenüber ist im erstgenannten Fall, in welchem Hersteller A das eigene Produkt A und das Produkt B von Hersteller B vertreibt, zusätzlich der *Interbrand*-Wettbewerb betroffen (Produkt A und B sind substituierbare Produkte). Dies erleichtert kollusives Verhalten der beiden Hersteller auf horizontaler Ebene.²²

Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern im schweizerischen Recht

Grenzen der Anlehnung an das europäische Recht

Bei der Beurteilung von Vertikalabreden zwischen Wettbewerbern ist zu beachten, dass die obigen Ausführungen zum europäischen Recht nicht unesehen ins schweizerische Recht übertragen werden können.²³ Das Konzept von Gruppenfreistellungsverordnungen, d.h. von "Safe-Harbour"-Bestimmungen, deren Einhaltung eine Befreiung vom sonst geltenden Verbot bewirkt, ist dem schweizerischen Kartellgesetz fremd. Letzteres geht nach wie vor vom Missbrauchsprinzip aus, selbst wenn sich der materielle Gehalt der beiden Wettbewerbsordnungen zunehmend angleicht. Im schweizerischen Recht ist jede Abrede dahingehend zu prüfen, ob sie im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb beseitigt oder diesen erheblich beeinträchtigt, ohne aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt zu sein.

Dennoch dürften die im europäischen Recht enthaltenen Wertungen hinsichtlich der Wettbewerbschädlichkeit einer Abredenkonstellation in der Regel auch für die Schweiz zutreffen, da diese Wertungen meist auf ökonomischen Grundsätzen beruhen, die allgemein gültig sind. Es ist deshalb durchaus sinnvoll, sich an der reichen Praxis des europäischen Rechts zu orientieren.²⁴

Analoge Anwendung der Definition vertikaler Abreden

Die in der Vertikal-GVO enthaltene Definition vertikaler Abreden ist auch im schweizerischen Wettbewerbsrecht anzuwenden. Die Ausrichtung der Abrede ist anhand der von den Unternehmen in der konkreten Situation eingenommenen Stellung zu beurteilen. Dies entspricht auch der schweizerischen Praxis, welche von einer funktionalen Betrachtungsweise ausgeht und eine formalistische Beurteilung von Wettbewerbsabreden ablehnt.²⁵ Die Beurteilung einer Abrede hat sich an deren wettbewerblchen Auswirkungen zu orientieren. Massgebend ist die Funktion der Parteien in der konkret zu beurteilenden Abrede.²⁶

Wechselseitige Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern

Die Freistellung im europäischen Recht bezieht sich nur auf nicht-wechselseitige Abreden.²⁷ Grund dafür ist, dass wechselseitige Vertikalabreden zwischen Wettbewerbern in der Regel die gleichen Wirkungen haben wie horizontale Abreden. Das folgende Beispiel aus der Praxis soll dies verdeutlichen: Zwei Wettbewerber, die Hersteller substituierbarer Güter sind und die je auf einem unterschiedlichen geografischen Markt tätig sind, räumen sich gegenseitig das exklusive Recht zum Vertrieb ihrer Produkte ein.²⁸ Beide Abredenpartner übernehmen sowohl die Rolle des *downstream*- als auch die Rolle des *upstream*-Unternehmens. Obwohl es sich um zwei vertikale Vereinbarungen handelt, führt die Kombination der beiden Vertriebsabreden in der Regel zu einer horizontalen Abrede der beiden Wettbewerber auf Hersteller- und/oder Händlerstufe.²⁹ Die Vereinbarungen sind in ihrer Kombination nicht mehr rein vertikaler Natur. Beim vorgenannten Beispiel handelt sich um eine Gebietsaufteilung unter Wettbewerbern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG.³⁰ Auch nach schweizerischem Recht erscheint es deshalb angezeigt, wechselseitige Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern als horizontale Abreden zu qualifizieren und entsprechend zu beurteilen.

Nicht-wechselseitige Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern

Analog zum europäischen können ebenso im schweizerischen Recht sämtliche nicht-wechselseitigen Vertriebsabreden zwischen Wettbewerbern als vertikale Abreden qualifiziert werden.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Vertriebsabreden ist auch hier zu berücksichtigen, dass eine Beschränkung des *Intrabrand*-Wettbewerbs (z.B. bei *Dual Distribution*), tendenziell weniger wettbewerbschädlich ist als eine Beschränkung des *Interbrand*-Wettbewerbs.³¹

In Bezug auf nicht-wechselseitige Abreden zwischen Herstellern ist zu berücksichtigen, dass die in der Vertikal-GVO genannte Umsatzschwelle von EUR 100 Mio. die Grenze der Freistellung und nicht eine Erheblichkeitsschwelle darstellt, unter welcher die Vertriebsabrede keine wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen zeitigt. Diese Umsatzschwelle kann also weder nach ihrem Umfang noch vom Grundsatz her ins schweizerische Recht übertragen werden. Mit Bezug auf die Erheblichkeit gelten die allgemeinen Prinzipien bzw. die Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission zu Bagatellfällen (z.B. Ziffer 4 der Vertikal-Bekanntmachung).

“Gemischte” Vereinbarungen

Nachfolgend soll untersucht werden, wie “gemischte” Vereinbarungen wettbewerbsrechtlich zu behandeln sind. Mit “gemischten” Vereinbarungen sind Vereinbarungen gemeint, die verschiedene Stufen der Zusammenarbeit betreffen (z.B. nebst Vertrieb auch Produktion und Forschung und Entwicklung).³² Es stellt sich dabei die Frage, ob solche Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit als horizontal oder vertikal qualifiziert werden sollen, oder ob in Bezug auf jede einzelne Abrede abzuklären ist, ob die beteiligten Unternehmen zwecks Durchführung der Abrede auf gleicher oder unterschiedlicher Marktstufe tätig sind.

Im europäischen Recht werden derartige Vereinbarungen grundsätzlich anhand der Leitlinien für *horizontale Abreden* beurteilt.³³ Dabei soll jener Abschnitt der Leitlinien zur Anwendung gelangen, der dem Schwerpunkt der Vereinbarung entspricht (Schwerpunkttheorie).³⁴ In den Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit werden die Grundsätze für die Beurteilung von horizontalen Wettbewerbsab-

reden dargelegt. Dabei werden jene Formen der Zusammenarbeit dargestellt, die effizienzsteigernde Wirkungen haben können, wie namentlich Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Produktion, Einkauf und Vermarktung.³⁵

Erst wenn sich die Abreden hinsichtlich ihrer horizontalen Wirkungen als zulässig erweisen, sind in einem zweiten Schritt die vertikalen Elemente solcher Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern anhand der Leitlinien für vertikale Beschränkungen zu betrachten.³⁶ Die Bestimmungen betreffend horizontalen und vertikalen Abreden sind folglich kumulativ anwendbar.

Eine kumulative Beurteilung nach den Grundsätzen für horizontale und für vertikale Abreden ist auch für das schweizerische Recht zu begrüssen. Dies führt namentlich zu einer kumulativen Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 5 Abs. 4 KG.

Abredenbündel

Die schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden haben sich bereits etliche Male mit sog. Bündeln von Vertikalabreden befasst. Im Vordergrund steht dabei die parallele Vereinbarung einer Vielzahl inhaltlich identischer Vertikalabreden im Rahmen von Vertriebssystemen.

In der schweizerischen Praxis sind diesbezüglich die Entscheide betreffend Sammelrevers für Musiknoten³⁷ und die Entscheide (der Wettbewerbskommission, der Rekurskommission und des Bundesgerichts) in Sachen Buchpreisbindung³⁸ ergangen. Zur Veranschaulichung wird nachfolgend kurz auf letzteren Fall eingegangen.

Entscheide in Sachen Buchpreisbindung

Im Rahmen der Untersuchung in Sachen Buchpreisbindung befassten sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden³⁹ mit der Frage der Zulässigkeit einer Preisbindung mittels Sammelrevers. Sämtliche Verleger, die den "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse" unterzeichneten, schlossen mit allen Buchhändlern, die den Sammelrevers ebenfalls unterzeichnet haben, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setzte jeder Verleger die Endabnehmerpreise für seine Bücher fest. Die Händler verpflichteten sich im Rahmen des Preisbindungsvertrages zur Einhaltung der vom Verleger festgesetzten Endabnehmerpreise. Die lückenlose Einhaltung der Preisbindung wurde dadurch erreicht, dass sich die Händler bei Gewährung unzulässiger Nachlässe oder Überschreiten der Ladenpreise zur Bezahlung einer Konventionalstrafe verpflichteten und den Verlegern die Möglichkeit gewährt wurde, in solchen Fällen ihre Lieferungen einzustellen.

Zur Koordination der Preisbindungsverträge wurde auf Seiten der Verleger ein Preisbindungstreuhandler eingesetzt, welcher die Preisbindungsverträge der einzelnen Buchhändler entgegengenommen und die Einhaltung der Preisbindung überwacht hat. Die Buchhändler haben ihrerseits einen Preisbindungsbevollmächtigten beauftragt, welcher in ihrem Namen Änderungen des Sammelrevers unterzeichnete. Für die Beilegung von Streitigkeiten war ein Schiedsgericht vorgesehen.

Ungefähr 90 Prozent der in der Schweiz verkauften deutschsprachigen Bücher wurden vom Sammelrevers erfasst und von den Buchhändlern zu dem vom Verleger festgesetzten Preis abgesetzt.

Aus dieser Vielzahl paralleler und identischer Vertikalabreden, kombiniert mit der Einsetzung des Preisbindungstreuhandlers auf Verlegerstufe, sowie aus der tatsächlichen Einhaltung dieser Preisempfehlungen auf Händlerstufe schloss die Wettbewerbskommission auf das Vorliegen einer Horizontalabrede sowohl auf Händler- als auch auf Verlegerstufe. Dieser Entscheid wurde sodann an die Rekurskommission weitergezogen, welche auf das Vorliegen einer Horizontalabrede auf Verlegerstufe schloss (ob auch auf Händlerstufe eine Horizontalabrede vorlag, wurde nicht näher geprüft). Das Bundesgericht hat seinerseits auf eine Abrede auf Händlerstufe geschlossen. Es hat den Entscheid der Rekurskommission aufgehoben und zur Neuurteilung an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen. Gemäss der neuen Verfügung der Wettbewerbskommission ist die Buchpreisbindung nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt und ist deshalb als unzulässige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren.⁴⁰

Würdigung

Die Entscheide in Sachen Sammelrevers für Musiknoten und Buchpreisbindung sind in der Lehre im Ergebnis begrüsst worden.⁴¹ In beiden Fällen handelte es sich um eine Kombination von vertikalen und horizontalen Abreden. Die vertikalen Preisbindungen wurden zum Bestandteil einer horizontalen Abrede.⁴² Bei der Beurteilung der Abreden standen nicht primär die vertikalen Abreden im Vordergrund, sondern vielmehr die "versteckten" horizontalen Abreden. Die Vertikalabreden hatten nur unterstützende, stabilisierende Funktion und dienten der flächendeckenden Umsetzung der horizontalen Vereinbarung. Soweit die kartellrechtliche Beurteilung zur Unzulässigkeit der horizontalen Abrede führt, ist die vertikale Komponente vernachlässigbar.⁴³

Die Bündelung der Vertikalabreden hat die gleiche Wirkung wie die Vereinbarung einer Horizontalabrede auf Händlerstufe. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Frage der wettbewerbsbeschränkenden horizontalen *Wirkung* mit jener vermengt wird, ob auf Händlerstufe auch tatsächlich eine horizontale *Abrede* im wettbewerbsrechtlichen Sinn

vorliegt.⁴⁴ Wie AMSTUTZ/REINERT zu Recht festhalten, übersieht dies das Bundesgericht im Entscheid Buchpreisbindung.⁴⁵ Eine horizontale Abrede auf Verlegerstufe, die zur Folge hat, dass mit den Händlern identische Vertikalabreden abgeschlossen werden, führt gezwungenermassen zu einer Wettbewerbsbeschränkung auf Händlerstufe. Jede Vertikalabrede führt nämlich zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf Händlerstufe,⁴⁶ da der Händler durch die Vertikalabrede in seiner Möglichkeit eingeschränkt wird, gewisse Wettbewerbsparameter frei zu bestimmen. Das durch die Vertikalabreden hervorgerufene Parallelverhalten auf Händlerstufe lässt jedoch – für sich allein – nicht den Schluss zu, es liege eine Verhaltenskoordination und damit eine horizontale Abrede auf Händlerstufe vor. Um diesen Schluss ziehen zu können, muss auf jeden Fall ein gewisses Mindestmass an Koordination nachgewiesen werden.

Praktische Relevanz

Die beiden oben erwähnten Fälle betrafen in vertikaler Hinsicht eine Vielzahl von Preisbindungen zweiter Hand. Da seit der im April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes nicht nur horizontale Preisabreden, sondern auch Preisbindungen zweiter Hand vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen, wäre in diesen Fällen unter heutigem Kartellrecht die Zuordnung der Abreden als horizontal oder vertikal nicht mehr derart zentral.

Allerdings wird auch in Zukunft die Frage, ob bei Vorliegen eines Bündels von Vertikalabreden auf das Vorliegen einer oder mehrerer Horizontalabreden geschlossen werden kann, von Bedeutung bleiben. Dies trifft namentlich bei Bündeln vertikaler Gebietsabreden zu. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird bei vertikalen Gebietsabreden die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht vermutet, sofern Passivverkäufe in vertragsfremde Gebiete zulässig bleiben. Demgegenüber ist eine horizontale Abrede über die Aufteilung eines Marktes nach Gebieten vermutungsweise unzulässig (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG).

Exkurs: europäische Bündeltheorie

Bemerkenswert ist, dass sich der Europäische Gerichtshof bisher in anderer Weise mit vertikalen Abredenbündeln befasst hat als die schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Im Entscheid *„de Haecht“* aus dem Jahr 1967 betreffend Bierlieferungsverträgen zwischen Brauereien und Gastwirten hat sich der Europäische Gerichtshof erstmals mit solchen Abredenbündeln befasst.⁴⁷ Dabei beschränkte er sich auf die Analyse der vertikalen Abreden, wobei auch die Vertragsnetze fremder Anbieter in die Analyse einbezogen wurden.⁴⁸ Im Gegensatz zu den schweizerischen Behörden wurde nicht auf das Vorliegen von Horizontalabreden geschlossen.⁴⁹ Der Europäische Gerichtshof hat den Umstand der Bündelung ausschliesslich bei der Untersuchung der wettbewerbs-schädlichen Auswirkungen der Vertikalabreden berücksichtigt.

Gemäss der sog. *Bündeltheorie* ist bei der Beurteilung einer Abrede der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang auf dem relevanten Markt und damit auch das Bestehen eines Bündels gleichartiger Verträge zu berücksichtigen.⁵⁰ Zentral ist dabei, dass ein System gleichartiger Vertikalabreden eine erhebliche Markteintrittsschranke darstellen kann.⁵¹ So erachtet der Europäische Gerichtshof Bierlieferungsverträge zwischen Brauereien und Gastwirten grundsätzlich dann als unzulässig, wenn sie aufgrund von bestehenden vertikalen Vertragsnetzen dazu führen, dass der Markt geschlossen ist. Die abschottende Wirkung hat aber nur dann die Unzulässigkeit des konkret zu beurteilenden Vertrages zur Folge, wenn dieser Vertrag in erheblichem Mass zur Marktabschottung beigetragen hat.⁵²

Diese Praxis zur Bündeltheorie ist in Art. 6 der Vertikal-GVO und in die Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁵³ eingeflossen.

Die Grundsätze der Bündeltheorie dürften auch im schweizerischen Recht anwendbar sein. Sie fanden denn auch bereits ihren Niederschlag in Ziff. 4 Abs. 2 der Vertikal-Bekanntmachung. Gemäss dieser Bestimmung werden solche Bündel von Vertikalabreden grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs qualifiziert.

Zusammenfassung

Eine horizontale Abrede ist eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe. Unter einer vertikalen Abrede versteht man demgegenüber eine Abrede zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufe. Ob eine horizontale oder eine vertikale Abrede vorliegt, beurteilt sich dabei anhand der Stellung, welche den an der Vereinbarung beteiligten Parteien in der konkret zu beurteilenden Abrede zukommt. Somit können sowohl zwischen Nichtwettbewerbern als auch zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern vertikale Abreden bestehen.

Gemäss den Bestimmungen für vertikale Abreden ist insbesondere der zweigleisige Vertrieb, die sog. *Dual Distribution*, zu beurteilen. Eine Vertikalabrede zwischen Wettbewerbern liegt jedoch nicht nur bei *Dual Distribution* vor, sondern ganz allgemein dann, wenn zwei Wettbewerber eine nicht-wechselseitige Abrede schliessen, bei der ein Wettbewerber als *upstream*- und der andere als *downstream*-Unternehmen auftritt.

Auch bei Bündeln von Vertikalabreden stellt sich die Frage, ob diese rein vertikaler Natur sind oder ob sie womöglich auf eine dahinterliegende, horizontale Abrede hinweisen. Dabei ist zu beachten, dass die durch das Abredenbündel hervorgerufene horizontale Wettbewerbsbeschränkung für sich allein noch nicht genügt, um auf das Vorliegen einer horizontalen Abrede zu schliessen. Eine solche liegt nur dann vor, wenn eine horizontale Verhaltenskoordination nachgewiesen werden kann.

Fussnoten

- 1 Vgl. Ziff. 1 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002, RPW 2002/2, S. 404 ff. (nachfolgend "Vertikal-Bekanntmachung"); vgl. für das europäische Recht: ALEXANDER PETSCHKE, in: CHRISTOPH LIEBSCHER/ECKHARD FLOHR/ALEXANDER PETSCHKE (Hrsg.), Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, München 2003, § 7 Rz. 75. Zu beachten ist, dass verbundene Unternehmen als ein Unternehmen anzusehen sind, vgl. Vertikal-GVO Art. 11: Verbundsklausel.
- 2 FRANZ HOFFET, in: ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1997 (zit. Komm. KG-HOFFET), Art. 5 Rz. 80.
- 3 WINFRIED VEELKEN, in: ULRICH IMMENGA/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Ergänzungsband, München 2001, 2. Ergänzung September 2000, V. Abschnitt Gruppenfreistellungsverordnungen (zit. GFVO), Rz. 65 f.
- 4 Ebenso MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 245 f.
- 5 Bedeutungsvoll ist dies insbesondere deshalb, weil mit der genannten Revision auch die Möglichkeit der Verhängung direkter Sanktionen bei Verstössen gegen die Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eingeführt wurde; vgl. Art. 49a Abs. 1 KG.
- 6 Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000/C 291/01 (nachfolgend "Leitlinien für vertikale Beschränkungen"), Rz. 116.
- 7 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft 1995), S. 517 f.
- 8 FLORIAN SCHUHMACHER, in: CHRISTOPH LIEBSCHER/ECKHARD FLOHR/ALEXANDER PETSCHKE (Hrsg.), Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, München 2003, § 9, Rz. 46; HERMANN-JOSEF BUNTE in: EUGEN LANGEN/HERMANN-JOSEF BUNTE, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl. Berlin, 1994, Art. 81 EGV Fallgruppen Rz. 509; HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 249, die in diesem Zusammenhang von gleichzeitigem direkten und indirekten Vertrieb spricht.
- 9 Gleich zu behandeln sind auch Fälle von potenzieller Konkurrenz, bei welchen ein Hersteller bisher nicht selber auf Vertriebsstufe tätig war, die hergestellten Produkte aber innert relativ kurzer Frist unter Einsatz der notwendigen Investitionen selber vertreiben könnte; BERND NELISSEN, Die Abgrenzung "horizontaler" und "vertikaler" Wettbewerbsbeschränkungen nach der 6. GWB-Novelle, Frankfurt a.M. u.a. 2001, S. 79.
- 10 Vgl. Votum ANDREAS PALASTHY, in: WALTER A. STOFFEL, Die WEKO-Bekanntmachung vom 18. Februar 2002, in: CARL BAUDENBACHER (Hrsg.), Neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Neuntes St. Galler Kartellrechtsforum 2002, Basel/Genf/München 2002, S. 380.
- 11 ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 168 ff.; skeptisch demgegenüber WALTER A. STOFFEL, a.a.O., S. 381.
- 12 Verordnung EG Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. 1999/L 336/21.
- 13 VEELKEN, GFVO, Rz. 64; NELISSEN, a.a.O., S. 97; so auch die schweizerische Lehre; vgl. insbesondere MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabsprachen – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Jusletter 27. September 2004 (zit. AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabsprachen), Rz. 45; HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 249.
- 14 Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sind betreffend möglichen Kollusionswirkungen Gegenstand der Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001/C 3/02 (nachfolgend "Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit"). Die vertikalen Elemente solcher vertikaler Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sind aber nach den Leitlinien für vertikale Beschränkungen zu beurteilen; s. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 26 f.; zum Ganzen IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, Competition Law of the European Community, 4. Aufl., Den Haag 2005, S. 219 f.; vgl. zu den sog. gemischten Vereinbarungen unten.
- 15 D.h. gemäss Art. 1 lit. a Vertikal-GVO tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber im gleichen Produktmarkt; ob diese im gleichen geografischen Markt miteinander konkurrieren, ist unerheblich; vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 26.
- 16 Art. 2 Abs. 4 lit. a Vertikal-GVO.
- 17 Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 27.
- 18 Sonst wäre es nicht eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern. Konkret bedeutet dies, dass ein Hersteller A sein Produkt A herstellt und vertreibt und zusätzlich das Produkt B, hergestellt von Hersteller B, vertreibt. Die Produkte A und B sind dabei substituierbar.
- 19 Art. 2 Abs. 4 lit. b Vertikal-GVO.
- 20 Art. 2 Abs. 4 lit. c Vertikal-GVO; s. auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 27.
- 21 PETSCHKE, a.a.O., § 7, Rz. 76.
- 22 Vgl. hierzu Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 103, lit. (2). Gemäss VEELKEN, GFVO, Rz. 118 dient diese Freistellung der Stärkung von KMU.
- 23 STOFFEL, a.a.O., S. 381.
- 24 Ebenso namentlich ZÄCH, a.a.O., S. 169; FRANZ HOFFET, Die Auslegung von Schlüsselbegriffen des KG im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, in: CARL BAUDENBACHER (Hrsg.), Neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Achstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001, Basel/Genf/München 2002, S. 216 f.

- 25 Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002, in BGE 129 II 18 S.26, E. 6.2.
- 26 HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 247f.
- 27 Anderes gilt im Bereich der Immaterialgüterrechte. So stellt die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung (Verordnung EG Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen ABl. 2004/L 123/11) unter bestimmten Voraussetzungen auch wechselseitige Vereinbarungen frei. Die in dieser Verordnung sowie in den dazu gehörenden Leitlinien enthaltenen Grundsätze dürften auch bei einer Beurteilung immaterialgüterrechtlicher Abreden nach schweizerischem Recht weitgehend massgeblich sein.
- 28 Das Beispiel entstammt dem Beitrag von SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, *Les contrats de distribution et le nouveau droit de la concurrence*, in: Jusletter 27. September 2004, Rz. 13.
- 29 Ebenso VENTURI/VONLANTHEN, a.a.O., Rz. 13; s. auch Komm. KG-HOFFET, Art. 5 Rz. 127; vgl. zum europäischen Recht: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 140: "Vereinbaren die Wettbewerber den Vertrieb ihrer Produkte auf gegenseitiger Grundlage, besteht in bestimmten Fällen die Möglichkeit, dass die Vereinbarung eine Aufteilung der Märkte bezwecken oder bewirken oder zu einer Absprache führen".
- 30 Vgl. Komm. KG-HOFFET, Art. 5 Rz. 126.
- 31 SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2. Aufl., London 2002, S. 160; allerdings ist auch eine Beschränkung des *Intrabrand*-Wettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren, ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 190.
- 32 Vgl. ROMINA POLLEY/DANIELA SEELIGER, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (Zeitschrift) 2001, S. 497; in den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 117, wird hierzu namentlich folgendes Beispiel aufgeführt: In der Praxis bilden KMU oft Einkaufskooperationen. Der gemeinsame Einkauf von Erzeugnissen kann sowohl horizontale als auch vertikale Abreden beinhalten.
- 33 POLLEY/SEELIGER, a.a.O., S. 497.
- 34 POLLEY/SEELIGER, a.a.O., S. 497; Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 12.
- 35 Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 10.
- 36 Es erfolgt somit eine Zweistufenanalyse; vgl. hierzu Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 117 (mit Beispiel).
- 37 Untersuchung der Wettbewerbskommission in Sachen Sammelrevers für Musiknoten, RPW 1997, S. 334ff.
- 38 Untersuchung der Wettbewerbskommission in RPW 1999/3, S. 441 ff.; Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in RPW 2001/2, S. 381 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002, BGE 129 II 18 ff.; Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005; RPW 2005/2, S. 269 ff.
- 39 Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und Bundesgericht, vgl. FN 38.
- 40 Die Wettbewerbskommission hatte sich dabei nur noch mit der Frage zu befassen, ob die Buchpreisbindung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist; vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005, RPW 2005/2, S. 269 ff.
- 41 FRANZ HOFFET, *Sammelrevers für Musiknoten*, Anmerkungen zum Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. September 1997, in sic! 1998 (zit. HOFFET, *Sammelrevers*), S. 229; RETO JACOBS, *Bemerkungen zu: Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 14.8.2002 i.S. Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V. und Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband; Buchpreisbindung; 2A.298/2001 und 2A.299/2001*, in AJP 2003, S. 209 ff.; teilweise kritisch demgegenüber MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Anmerkungen zu: "Buchpreisbindung II"*, Bundesgericht vom 14. August 2002, in: sic! 1/2003, S. 45 ff.
- 42 HOFFET, *Sammelrevers*, S. 229; vgl. auch Botschaft 1995, S. 566.
- 43 HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 251.
- 44 Anders offenbar ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1182, welche ausführen, dass die horizontale Wirkung zur Folge hat, dass die Vermutungstatbestände des Art. 5 Abs. 3 KG zur Anwendung gelangen.
- 45 AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, Rz. 42.
- 46 Vgl. ULRICH IMMENGA, *Die Marke im Wettbewerb – Wettbewerb innerhalb der Marke*, sic! 2002, S. 375, der festhält, dass jede Wettbewerbsbeschränkung horizontal wirkt; auch wenn sie vertikal veranlasst wird.
- 47 EuGH, *Urt. v. 12.12.1967* (De Haecht), Slg. 1967, S. 544 ff.
- 48 Ebenso in den Urteilen EuGH, *Urt. v. 28.2.1991* (Delimitis), Slg. 1991 I, S. 977 ff. = EuZW 1991, 376 (betreffend Bierlieferungsverträgen) und EuGH, *Urt. v. 8.6.1995* (Langnese-Iglo/Komm.), Slg. 1995 II, S. 1533 ff. (betreffend Alleinbezugsverträgen für Speiseeis).
- 49 So auch HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 257; a.M. BORER, welcher der Ansicht ist, dass der Entscheid der schweizerischen Wettbewerbsbehörden in Sachen Sammelrevers für Musiknoten ein Anwendungsfall der europäischen Bündeltheorie ist, JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998, Art. 4 Rz. 7.
- 50 Vgl. hierzu VOLKER EMMERICH, in ULRICH IMMENGA/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, Kommentar, Band I, II. A. Rz. 251 ff.
- 51 EMMERICH, a.a.O., II. A. Rz. 251 f., mit Hinweisen auf die europäische Praxis.
- 52 EuGH, *Urt. v. 28.2.1991*, Slg. 1991 I, S. 977 ff. (Delimitis) = EuZW 1991, 376.
- 53 Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 73 f.

Notizen

Notizen

Kontakt

Alain Raemy, LL.M.
Rechtsanwalt
alain.raemy@cms-veh.com

Monique Luder
Rechtsanwältin
monique.luder@cms-veh.com

CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, Postfach 2991, CH-8022 Zürich
T +41 44 285 11 11, F +41 44 285 11 22, office@cms-veh.com, www.cms-veh.com

Die Kernkompetenzen von CMS von Erlach Henrici: M&A, Bank & Finanz, Prozessrecht & Schiedsgerichtsbarkeit, Steuern, Technologie & Telekommunikation, Immobilien, Bau & Umwelt, Wettbewerbsrecht, Arbeits- & Ausländerrecht, Geistiges Eigentum, Versicherung & Produkthaftungspflicht

Unsere Firma bietet Unternehmen und Unternehmern eine umfassende, lösungsorientierte Rechtsberatung im nationalen und internationalen Umfeld an und bürgt für Qualität und Effizienz. Als Teil von CMS können wir auf ein Netzwerk von mehr als 2000 Anwälten und Steuerberatern in mehr als 50 Niederlassungen auf der ganzen Welt zurückgreifen.

CMS-Mitglieder: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien), CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Spanien), CMS Bureau Francis Lefebvre (Frankreich), CMS Cameron McKenna (Grossbritannien), CMS DeBacker (Belgien), CMS Derks Star Busmann (Niederlande), CMS von Erlach Henrici (Schweiz), CMS Hasche Sigle (Deutschland), CMS Reich-Rohrwig Hainz (Österreich)