

Wettbewerbskommission Weko Sekretariat  
Herrn Prof. Dr. P. Ducrey, stv. Direktor und  
RA A. Sia, wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Monbijoustrasse 43  
3003 Bern

Zürich, 30. April 2015

## 21-0000: Kfz-BM / Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Ducrey  
Sehr geehrter Herr Sia

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 12. März 2015, in welchem Sie die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. einladen, zum Entwurf der neuen Fassung der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor ("**Entwurf der Kfz-BM**" oder "**Kfz-BM Entwurf**") und der Erläuterungen zur Kfz-BM ("**Entwurf der Erläuterungen**") Stellung zu nehmen. Wir danken dem Sekretariat bestens für die Möglichkeit einer Stellungnahme und führen aus, was folgt:

### 1 Hauptstandpunkt: Ersatzlose Aufhebung der Kfz-BM

- 1 Der Entwurf der Kfz-BM basiert auf der Kfz-BM vom 21. Oktober 2002. Die Kfz-BM von 2002 beruhte auf der Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2002 (Verordnung (EG) Nr. 1400/2002; "**GVO 1400/2002**"), die am 1. Juni 2013 (Handel) bzw. 1. Juni 2010 (Kundendienst und Ersatzteilhandel) ausser Kraft trat.
- 2 Auf den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge findet seit dem 1. Juni 2013 ausschliesslich die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission vom 20. April 2010 (Verordnung (EU) Nr. 330/2010; "**GVO 330/2010**") Anwendung. Auf Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen findet die neue Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung vom 27. Mai 2010 (Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Europäischen Kommission; "**GVO 461/2010**") Anwendung.
- 3 Da nicht dargetan ist, dass sich der Verkauf und die Wartung von Kraftfahrzeugen vom Vertrieb und der Wartung anderer Waren unterscheidet bzw. eine gesonderte kartellrechtliche Regulierung erfordert, sind wir der Auffassung, dass auf eine gesonderte Regulierung des Kraftfahrzeugsektors zu verzichten ist. Wie die jüngsten sehr rasch erfolgten Preissenkungen im Gefolge der Aufhebung des Mindestkurses der SNB gezeigt haben, ist die Kfz-

Branche eine äusserst kompetitive Industrie. Ein besonderer wettbewerbspolitischer Bedarf an einer Zusatzregulierung besteht nicht. Die ersatzlose Aufhebung der Kfz-BM wäre deshalb die vorzuziehende Variante.

## **2 Eventualstandpunkt: Änderung der Kfz-BM**

4 Sollte sich die Weko dessen ungeachtet entscheiden, die Kfz-BM weiter zu führen, regen wir an, den Entwurf der Kfz-BM und der Erläuterungen in folgender Hinsicht zu ändern:

- Der Entwurf der Kfz-BM qualifiziert zahlreiche Verhaltensweisen als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen, obwohl diese von der GVO 461/2010 entweder freigestellt oder nicht als Kernbeschränkungen qualifiziert werden. Wir schlagen vor, die Kfz-BM und ihre Erläuterungen zumindest insoweit abzuändern, dass Abreden, die unter der GVO 461/2010 freigestellt sind, nicht als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert werden. (siehe hierzu Rz. 6 ff.)
- Die Kfz-BM ist redaktionell zu vereinfachen. Wir schlagen vor, darauf zu verzichten, Bestimmungen, die bereits in der Vert-BM enthalten sind, in anderer Formulierung in der Kfz-BM zu paraphrasieren. Wir schlagen vor, in der Kfz-BM und den Erläuterungen nur Bestimmungen aufzunehmen, die von der Vert-BM abweichen. (siehe hierzu Rz. 11 f.)
- Der Entwurf der Erläuterungen dehnt Art. 5 Abs. 4 KG auf zahlreiche Verhaltensweisen aus, die auch nach der Praxis der Weko nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Wir schlagen vor, die entsprechenden Ausführungen im Entwurf der Erläuterungen zu streichen. (siehe hierzu Rz. 14 ff.)
- Während zu begrüßen ist, dass der Entwurf der Kfz-BM keinen Kontrahierungszwang mehr im Hinblick auf selektive Kundendienst- und Ersatzteilhandelsnetze vorsieht, ist auf besondere Anforderungen an die quantitative Selektion bei selektive Kundendienst- und Ersatzteilhandelsnetzen zu verzichten. (siehe hierzu Rz. 30 ff.)
- Die Kfz-BM sollte klarstellen, dass Vertriebsnetze, welche die Freistellungsvoraussetzungen der GVO 461/2010 erfüllen, auch in der Schweiz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind. (siehe hierzu Rz. 70)

5 Im Folgenden wird zunächst in allgemeiner Weise auf die obigen Punkte eingegangen. Danach erfolgt eine Kommentierung ausgewählter Bestimmungen:

### **2.1 Streichung nicht EU-kompatibler Bestimmungen im Kfz-BM Entwurf**

6 Vertriebssysteme in der Kfz-Branche werden heute europaweit aufgesetzt und europaweit (mit den jeweiligen europäischen Händlerverbänden) verhandelt. Es ist vor diesem Hintergrund von grosser praktischer Bedeutung, dass in der Schweiz keine Sonderregelungen aufgestellt werden, die Zweifel an der Zulässigkeit dieser in der EU zulässigen Vertragswerke in der Schweiz aufkommen lassen würden.

- 7 Der Entwurf der Kfz-BM enthält indessen eine Vielzahl von Bestimmungen, die Verhaltensweisen zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen erklären, die gemäss der GVO 461/2010 freigestellt sind oder zumindest keine Kernbeschränkungen darstellen.
- 8 Die Europäische Kommission hat vor dem Erlass der GVO 461/2010 umfangreiche Marktbefragungen und –studien vorgenommen. Diese Marktanalyse bewog die Europäische Kommission, zahlreiche Sonderregelungen der GVO 1400/2002 aufzuheben. Eine entsprechende unabhängige Marktanalyse für die Schweiz fehlt und damit auch jeglicher Anlass zur Annahme abweichender Umstände. Die Marktverhältnisse in der Schweiz unterscheiden sich mithin von denjenigen in der EU nicht (bzw. nicht in einem Ausmass), dass die nicht EU-kompatiblen Bestimmungen des Entwurfs der Kfz-BM notwendig wären. Der Entwurf der Kfz-BM macht auch keine spezifischen Ausführungen in dieser Hinsicht (einmal abgesehen von einem generischen Hinweis in Erw. V auf „*die in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen*“). Wenn die Weko tatsächlich der Auffassung wäre, dass sich in der Schweiz eine über die GVO 461/2010 hinausgehende Regulierung aufdrängen würde, müsste sie die wettbewerbspolitische Notwendigkeit eines solchen Eingriffs fundiert und überzeugend begründen. Dies wird indessen nicht getan.
- 9 Die zahlreichen Sonderregelungen im Kfz-BM Entwurf stehen auch im Gegensatz zur sonstigen Haltung der Weko, wonach Abreden, die nach dem Recht der EU freigestellt sind, in der Schweiz ebenfalls zulässig sind. Dies ist umso erstaunlicher als mit der Revision der Kfz-BM ja auch explizit das Ziel verfolgt wird, die Kfz-BM europakompatibel zu machen.
- 10 Der Entwurf der Kfz-Bekanntmachung enthält u.a. folgende Regulierungen, die nicht mit der GVO 461/2010 kompatibel sind: Art. 10, Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 und 2 Bst. c, Art. 23 Bst. a, b, c, d, e, f, h, Art. 25 und Art. 26 (siehe im Einzelnen die Kommentierung in Rz. 29 ff.). Wir schlagen vor diesem Hintergrund vor, den Katalog der sog. qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf die Kernbeschränkungen in Art. 4 GVO 330/2010 und Art. 5 GVO 461/2010 zu beschränken.

## **2.2 Redaktionelle Vereinfachung der Kfz-BM/Anpassung an Vert-BM**

- 11 Die Kfz-BM sollte zudem redaktionell vereinfacht werden. Der jetzige Entwurf der Kfz-BM ist sehr unübersichtlich und lang. Es geht aus dem Entwurf der Kfz-BM nicht hervor, wo genau die Weko eine Abweichung von der Vert-BM bewusst beabsichtigt und wo Unterschiede zur Vert-BM nur auf redaktionellen Versehen beruhen. Dies würde in der Praxis grosse Rechtsunsicherheit schaffen.
- 12 Wir schlagen deshalb vor, im Sinne einer redaktionellen Vereinfachung konsequent alle Bestimmungen zu streichen, die bereits in der Vert-BM enthalten sind, und durch entsprechende Verweise auf die Vert-BM zu ersetzen. In die Kfz-BM und die Erläuterungen sollten nur Bestimmungen und Ausführungen aufgenommen werden, die Regelungen enthalten, die von der Vert-BM abweichen.
- 13 Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht Zweierlei:
- Es ist auf die Definition der Begriffe „aktiver Verkauf“, „passiver Verkauf“ und „selektives Vertriebssystem“ zu verzichten. Stattdessen ist auf die entsprechenden Ziffern in der Vert-BM zu verweisen.

- Der Katalog der als qualitativ schwerwiegend gewerteten Abreden in Art. 20-26 des Kfz-BM Entwurfs sollte gestrichen werden. Trotz des Bestrebens der Weko, die Kfz-BM an die VertBek anzupassen, weichen die Art. 19 – 26 Kfz-BM von der Systematik in Ziff. 12 und 13 der Vert-BM ab. Dies führt zu einer unnötigen Verkomplizierung und macht es unmöglich, festzustellen, ob mit den im Kfz-BM Entwurf verwendeten unterschiedlichen Formulierungen auch ein bewusster Unterschied zur Vert-BM beabsichtigt ist.

Wir schlagen deshalb vor, zunächst auf Ziff. 12 und 13 der Vert-BM zu verweisen. Sodann wären in einer zusätzlichen Bestimmung die Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 der GVO 461/2010 aufzuführen.

### 2.3 Ausführungen zum Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG

14 In Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen werden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG gemacht.

15 Diese Ausführungen sind im Falle von Art. 18 Kfz-BM ohne praktischen Wert, da sie im Wesentlichen lediglich den Gesetzestext wiedergeben. Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM ist deshalb ersatzlos zu streichen.

16 Im Falle von Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen wird der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG auf Verhaltensweisen (Art. 20, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf) ausgedehnt, die auch nach der Praxis der Weko nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen ist deshalb ersatzlos zu streichen. Zur Begründung sei Folgendes ausgeführt:

17 Vorab ist festzuhalten, dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG u.a. in folgender Hinsicht begrenzt ist:

- Einmal erfasst Art. 5 Abs. 4 KG **nur die Beschränkung von passiven Verkäufen des Händlers**. Die Beschränkung aktiver Verkäufe wird entgegen der in Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen vertretenen Meinung zum Vornherein nicht erfasst.<sup>1</sup>
- Art. 5 Abs. 4 KG erfasst zudem nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nicht alle Formen von Beschränkungen passiver Verkäufe des Händlers, sondern nur Gebiets- und **nicht Kundenkreisbeschränkungen**.<sup>2</sup> Die Beschränkung des passiven Verkaufs von Vertragswaren an bestimmte Kundengruppen fällt nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Denn wie die Formulierung „*Abreden [...] über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden*“ zeigt, ist für eine Subsumption unter Art. 5 Abs. 4 KG eine Gebietszuweisung und der Ausschluss von Verkäufen in dieses Gebiet notwendig. Reine Kundenkreisbeschränkungen haben indessen keinen Gebietsbezug, weshalb sie nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen können. Dies geht auch aus dem Fall *Behinde-*

<sup>1</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125, S. 102.

<sup>2</sup> AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125, S. 100 m.w.H.

zung des *Online-Handels* hervor, wo die Beschränkung von Internetverkäufen nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert wurde.<sup>3</sup>

- Nur der „Ausschluss“ von passiven Verkäufen in ein Gebiet wird von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst. Soweit bloss einzelne, nicht aber alle, passiven Verkäufe in ein Gebiet beschränkt werden, ist der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt.<sup>4</sup>

18 Im Hinblick auf die Frage, ob Abreden gemäss Art. 20, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und 23 Bst. f des Entwurfs der Kfz-BM unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, ist vor diesem Hintergrund Folgendes festzuhalten:

### 2.3.1 Art. 20 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen betreffend den Bestimmungsort des Kraftfahrzeugs)

19 Art. 20 Abs. 1 des Entwurfs der Kfz-BM erfasst indirekte Benachteiligungen von Verkäufen in bestimmte Gebiete.

20 Solche Benachteiligungen dürften tendenziell nicht zu einem Ausschluss von passiven Verkäufen führen und sind deshalb nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.<sup>5</sup>

### 2.3.2 Art. 20 Ziff. 2 Kfz-BM Entwurf (Abreden betreffend Garantie)

21 Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM erfasst Fälle, in denen Kraftfahrzeuglieferanten Werkstätten nicht verpflichten, Gewährleistung, unentgeltlichen Kundendienst und Kundendienst im Rahmen von Rückrufaktionen zu leisten.

22 Auch dieser Tatbestand wird von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst:

- Einmal fehlt es im von Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM genannten Fall an einer Abrede.
- Zudem widerspricht Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM der Praxis der Weko (siehe hierzu ausführlich Rz. 48).

### 2.3.3 Art. 21 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Exklusive Vertriebssysteme für neue Kraftfahrzeuge)

23 Art. 21 Abs. 1 Kfz-BM Abs. 1 erfasst auch die Beschränkung des aktiven Verkaufs.

24 Wie vorgängig gezeigt wurde, fällt das Verbot aktiver Verkäufen in andere Gebiete nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz. 70 ff., Behinderungen des Online-Handels.

<sup>4</sup> MAMANE, Abschottung des Schweizer Marktes, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 47 - 70, S. 57.

<sup>5</sup> Vgl. auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 617.

<sup>6</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba.

### 2.3.4 Art. 22 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Selektive Vertriebssysteme für neue Kraftfahrzeuge)

25 Art. 21 Abs. 1 Bst. a und b des Entwurfs der Kfz-BM erfassen verschiedene Kundenkreisbeschränkungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen. Zudem erfasst Art. 21 Abs. 1 (insbesondere Bst. c) des Entwurfs der Kfz-BM auch die Beschränkung aktiver Verkäufe.

26 Auch diese Verhaltensweisen werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst:

- Die in Art. 22 Abs. 1 Bst. a und b des Entwurfs der Kfz-BM genannten Kundenkreisbeschränkungen haben keinen Bezug zu Gebieten, wie dies Art. 5 Abs. 4 KG verlangt. Dies gilt auch für die Standortklausel gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. c Kfz-BM, da mit einer Standortklausel keine Gebiete i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zugewiesen werden.<sup>7</sup>
- Zudem erfasst Art. 22 Abs. 1 (insbesondere Art. 21 Abs. 2 Bst. c) des Entwurfs der Kfz-BM die Beschränkung aktiver Verkäufe, die ebenfalls nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt.<sup>8</sup>

### 2.3.5 Art. 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf (Verkauf Ersatzteile)

27 Art. 23 Bst. f des Entwurfs der Kfz-BM erfasst die Beschränkung des Verkaufs von Ersatzteilen an bestimmte Abnehmer.

28 Auch eine solche Verhaltensweise fällt nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, da es sich um eine Kundenkreisbeschränkung ohne Gebietsbezug handelt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es zulässig ist, den Verkauf von Ersatzteilen an unabhängige Werkstätten zu untersagen, wenn diese Ersatzteile für andere Zwecke als für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden werden sollen (vgl. Art. 5 Bst. a GVO 461/2010).

## 2.4 Kommentare zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs der Kfz-BM

29 In Ergänzung zu den obigen allgemeinen Ausführungen seien zu einzelnen Bestimmungen der Kfz-BM folgende Kommentare angebracht:

### 2.4.1 Art. 4 Kfz-BM Entwurf (Quantitative Selektion bei Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen)

30 In Rz. 30 des Entwurfs der Erläuterungen gibt die Weko den in der bisherigen Kfz-BM vertretenen Standpunkt auf, dass bei selektiven Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen ein Kontrahierungszwang bestehe.

31 Wir begrüssen diese Änderung, zumal auch das Recht der EU keinen Kontrahierungszwang vorsieht.<sup>9</sup>

32 Wir glauben indessen, dass es zu weit geht, für die Zulässigkeit der quantitativen Selektion in selektiven Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen zu verlangen, dass die Kraftfahrzeug-

<sup>7</sup> MARC AMSTUTZ/ MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel/ Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125., S. 100 f.

<sup>8</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BECKER, in: Hirsch/Montag/Säcker, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Art. 3 GVO 1400/2002 N 7.

lieferanten nachweisen müssen, dass die Durchführbarkeit und die sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung von weiteren Werkstätten in ihrem Netz gefährdet wären (wie dies Rz. 30 des Entwurfs der Erläuterungen vertreten wird).

- 33 Es ist nicht an den Unternehmen nachzuweisen, dass solche Umstände bestehen, sondern die Weko muss im konkreten Falle nachweisen, dass die quantitative Selektion eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat, die zudem keiner Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich ist.

#### **2.4.2 Art. 9 Kfz-BM Entwurf (selektive Vertriebssysteme)**

- 34 Wir schlagen vor, Art. 9 des Entwurfs der Kfz-BM zu streichen, da der Begriff der selektiven Vertriebssysteme schon in Ziff. 4 der Vert-BM definiert wird (siehe oben Rz. 11 f.).

#### **2.4.3 Art. 8, Art. 20 Ziff. 1 und Art. 22 Abs. 1 Bst. a Kfz-BM Entwurf (Bevollmächtigter Vermittler)**

- 35 Verschiedene Bestimmungen im Entwurf der Kfz-BM erwecken den Anschein, dass ein bevollmächtigter Vermittler gemäss Art. 8 wie ein Eigenhändler zu behandeln sei (vgl. Art. 20 Ziff. 1 und Art. 22 Abs. 1 Bst. a). Dies gilt auch für Rz. 25 des Entwurfs der Erläuterungen, der eine generelle Verpflichtung zur Fakturierung auf die Endkunden als zu weit gehend beurteilt.

- 36 Hierzu ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass die Untersagung des Verkaufs von Neufahrzeugen an andere Personen als Endverbraucher und zugelassene Händler des selektiven Vertriebssystems zulässig ist (was von der Weko auch nicht bestritten wird). Die Involvierung eines bevollmächtigten Vermittlers in den Kauf eines Neufahrzeugs birgt stets die Gefahr, dass das selektive Vertriebssystem unterlaufen wird, indem unabhängige Händler unter dem Deckmantel des Etiketts des bevollmächtigten Vermittlers Neufahrzeuge zum Zwecke des Weiterverkaufs erwerben. Eine solche Unterwanderung des selektiven Vertriebssystems ist problematisch, weil ein selektives Vertriebssystem begriffsnotwendig ein Verbot von Lieferungen an unabhängige Händler beinhaltet (Erfordernis der händlerseitigen Geschlossenheit).<sup>10</sup> In diesem Zusammenhang wird in der EU auch die Auffassung vertreten, dass ein Hersteller, der nicht auf die Geschlossenheit seines selektiven Vertriebssystems achtet, dessen Freistellung gefährdet, da die GVO 461/2010 und GVO 330/2010 die Freistellung gewisser Beschränkungen an die Existenz eines (händlerseitig geschlossenen) selektiven Vertriebssystems knüpft. Zudem stellt eine Belieferung unabhängiger Händler eine Ungleichbehandlung der zugelassenen Händler dar, welche die Standards des Vertriebssystems erfüllen müssen.

- 37 Die Einschaltung bevollmächtigter Vermittler ist deshalb nur insofern mit einem selektiven Vertriebssystem vereinbar und zulässig, als der bevollmächtigte Vermittler im Namen und im Auftrag und auf Rechnung des Endverbrauchers handelt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich, weshalb das Erfordernis einer Fakturierung auf den Endverbraucher und die direkte Zahlung durch den Endverbraucher ein zu weit gehendes Erfordernis darstellen soll. Nur eine direkte Rechnungsstellung an den Endverbraucher und nur die direkte Bezahlung des Kaufpreises durch den Endverbraucher an den zugelassenen Händler stellen eine ausreichende Gewähr dafür dar, dass es sich beim betreffenden Verkauf um einen genuinen

<sup>10</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikale-GVO, 2.A., Frankfurt a.M. 2008, Art. 1 lt. d Rz. 93 ff.

Verkauf an einen Endverbraucher und nicht an einen Grauhändler handelt. Im Lichte der Vereinfachung des internationalen Zahlungsverkehrs durch SEPA ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein Endverbraucher eine Rechnung im internationalen Verkehr nicht direkt selbst bezahlen können soll.

- 38 Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 des Entwurfs der Kfz-BM sowie Rz. 25 des Entwurfs der Erläuterungen zu streichen. Alternativ kann in den Erläuterungen klargestellt werden, dass der Begriff des Endverbrauchers auch Verbraucher umfasst, die ihren Kauf über einen bevollmächtigten Vermittler tätigen. Diese (in der Leitlinien der EU gewählte Lösung)<sup>11</sup> ist auch insofern terminologisch sauberer, als damit klargestellt wird, dass bevollmächtigte Vermittler im Namen und Auftrag und Rechnung des Endverbrauchers handeln.

#### **2.4.4 Art. 10 Kfz-BM Entwurf (Exklusive Vertriebssysteme)**

- 39 Wir schlagen vor, den Begriff des exklusiven Vertriebssystems in Art. 10 des Entwurfs der Kfz-BM zu streichen.

- 40 Zum einen ist diese Definition bei einem Verweis insbesondere auf Ziff. 12 Abs. 2 der Vert-BM entbehrlich.

- 41 Zum anderen ist die Definition des exklusiven Vertriebssystems in Art. 10 des Entwurfs der Kfz-BM unvollständig: Von einem exklusiven Vertriebssystem kann nur gesprochen werden, wenn der Lieferant sich verpflichtet,

- die Vertragsprodukte im ausschliesslich zugewiesenen Gebiet bzw. im Hinblick auf die ausschliesslich zugewiesene Kundengruppe nur an den betreffenden Händler zu liefern und
- alle übrigen Händler zu verpflichten, keine aktiven Verkäufe in das ausschliesslich zugewiesene Gebiet bzw. an die ausschliesslich zugewiesene Kundengruppe vorzunehmen.

#### **2.4.5 Art. 18 Kfz-BM Entwurf**

- 42 Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen nur eine Paraphrasierung von Art. 5 Abs. 4 KG und ist deshalb zu streichen (siehe oben Rz. 14 f.).

#### **2.4.6 Art. 19 Kfz-BM Entwurf (Begriff der Erheblichkeit)**

##### **2.4.6.1 Begriff der Erheblichkeit**

- 43 Art. 19 des Entwurfs der Kfz-BM enthält Ausführungen zur Erheblichkeit.

- 44 Wie bereits oben gezeigt sollten diese Ausführungen durch einen Verweis auf Art. 12 Abs. 1 Vert-BM ersetzt werden.

<sup>11</sup> Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, Rz. 52 (ABl. 2010 C 138/16 ff.).



### 2.4.6.2 Marktabgrenzung

45 In Rz. 6 f. des Entwurfs der Erläuterungen werden Ausführungen zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts gemacht. Wir erachten diese Ausführungen im Lichte des Fehlens rechtskräftiger Verfügungen der Weko in diesem Bereich als verfrüht. Wir schlagen deshalb vor, die entsprechenden Ausführungen zu streichen.

### 2.4.7 Art. 20 (Umschreibung indirekter Beschränkungen passiver Verkäufe)

46 Art. 20 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen eine Umschreibung dessen, was indirekte Beschränkungen von passiven Verkäufen sind.

47 Diese Beschreibung sollte nicht in der Kfz-BM sondern in die Erläuterungen aufgenommen werden (etwa im Zusammenhang von Ausführungen darüber, was unter den Begriff der Beschränkung passiver Verkäufe fällt).

48 Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM enthält zudem eine Bestimmung, wonach Werkstätten sich verpflichten müssten, in Bezug auf jedes in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum verkaufte Kraftfahrzeug der betroffenen Marke Gewährleistung, unentgeltlichen Kundendienst und Kundendienst im Rahmen von Rückrufaktionen zu leisten. Gemäss Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen haben die zugelassenen Werkstätten die Verpflichtung, ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im EWR oder in der Schweiz, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die Garantie zu gewähren, sowie die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hierbei soll es keine Rolle spielen, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler durch einen bevollmächtigten Vermittler oder bei einem unabhängigen Händler gekauft wurde. Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

- Im in Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM beschriebenen Fall liegt keine Abrede vor, da die Werkstatt gerade nicht verpflichtet wird, keine Leistungen zu erbringen. Entsprechend ist nicht ersichtlich, weshalb eine Wettbewerbsabrede vorliegen soll, die qualitativ schwerwiegend sein könnte.
- Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen schaffen einen eigentlichen Kontrahierungszwang von Werkstätten gegenüber dem Endverbraucher, für den weder eine rechtliche Grundlage noch eine Notwendigkeit besteht.
- Zudem widerspricht Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen der Praxis der Weko im Fall *Nikon*, wonach es zulässig ist, dass der Schweizer Importeur im Leistungswettbewerb mit dem inoffiziellen Importkanal erweiterte Garantieleistungen anbietet.<sup>12</sup> Deshalb wäre z.B. eine Abrede mit den zugelassenen Werkstätten zulässig, wonach erweiterte Garantie- oder Serviceleistungen nur auf Fahrzeugen gewährt werden, die direkt oder indirekt vom offiziellen Importeur bezogen wurden. Eine andere rechtliche Beurteilung hätte zur Folge, dass der Importeur Verkäufe von Konkurrenten subventionieren müsste.

<sup>12</sup> Verfügung der Weko vom 28. November 2011, Nikon, Rz. 308-311.

Ausserdem widersprechen Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen der Praxis der Weko im Fall *Jura*. Im Fall *Jura* hat die Weko entschieden, dass eine Verweigerung von Garantieleistungen bei Waren, die nicht bei einem autorisierten Händler bezogen wurden, zulässig sei.<sup>13</sup> Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Kfz-Sektor eine andere Regelung nötig wäre.

- 49 In Rz. 14 des Entwurfs der Erläuterungen wird die Meinung vertreten, dass die Garantie auch dann nicht verfallende, wenn eine unabhängige Werkstatt für nicht unter die Garantie fallende Reparaturen qualitativ gleichwertige Ersatzteile verwende. Wir schlagen vor, klarzustellen, dass der Hersteller keine Garantie auf gleichwertigen Ersatzteilen zu leisten hat und kein Garantieanspruch besteht, wenn aufgrund eines fehlerhaften gleichwertigen Ersatzteils oder dessen unsachgemässen Einbau ein Schaden entsteht.

#### **2.4.8 Art. 21 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen in exklusiven Vertriebssystemen)**

- 50 Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen dieselbe Regelung wie Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b Nr. i., ii. und iii und Bst. c Vert-BM. Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM ist indessen wesentlich komplizierter formuliert.

- 51 Die Weko scheint in Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM klarstellen zu wollen, dass exklusiver und selektiver Vertrieb nicht miteinander kombiniert werden können (in dem Sinne, dass in einem selektiven Vertriebssystem einem zugelassene Händler kein Gebiet ausschliesslich zugewiesen werden kann, in das die anderen zugelassenen Händler nicht aktiv verkaufen dürften). Für diese Klarstellung besteht indessen kein Bedürfnis. Wir weisen darauf hin, dass dies bereits unter Ziff. 12 Abs. 2 Vert-BM gilt.<sup>14</sup>

- 52 Wir schlagen deshalb vor, Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM ersatzlos zu streichen und durch einen Verweis auf Art. 12 und 13 der Vert-BM zu ersetzen.

#### **2.4.9 Art. 22 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen in selektiven Vertriebssystemen)**

- 53 Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM soll vermutlich Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b Nr. iii., Bst. c und d der Vert-BM paraphrasieren. Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM ist nicht nur unnötig kompliziert formuliert sondern auch inhaltlich unrichtig:

- 54 Art. 22 Abs. 1 Bst. a erklärt Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher, Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems oder bevollmächtigte Vermittler durch zugelassene Händler zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Beschränkung aktiver und passiver Verkäufe an Endverbraucher nach Art. 4 Bst. c GVO 330/2010 i.V.m. Art. 3 GVO 461/2010 nur dann eine Kernbeschränkung darstellt, wenn die betreffenden zugelassenen Händler auf der Einzelhandelsstufe tätig sind (siehe auch Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c Vert-BM). Zudem ist es wie oben in Rz. 35 ff. ausgeführt unrichtig, von Verkäufen an bevollmächtigte Vermittler zu sprechen. Schaltet ein Endverbraucher einen bevollmächtigten Vermittler ein, erfolgt der Verkauf der Vertragswaren nicht an den bevollmächtigten Vermittler sondern an den Endverbraucher.

<sup>13</sup> Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 i.S. Nikon, Rz. 292 ff. und insbesondere Rz. 308 ff.; so auch RPW 2014/2 S.407 ff, Rz. 43., Jura.

<sup>14</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, 2.A., 2008 Frankfurt a.M., Art. 4 N 608.

55 Art. 22 Abs. 1 Bst. c des Entwurfs der Kfz-BM erklärt Standortklauseln zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Auch Art. 22 Abs. 1 Bst. c steht sowohl im Widerspruch zum Recht der EU, wo derartige Klauseln freigestellt sind (Art. 4 Bst. b und c GVO 330/2010 i.V.m. Art. 3 GVO 461/2010), als auch im Widerspruch zu Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b und c Vert-BM.

56 Wir schlagen vor, Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM ersatzlos zu streichen und durch einen Verweis auf Art. 12 und 13 der Vert-BM zu ersetzen.

#### 2.4.10 Art. 23 Bst. a - d Kfz-BM Entwurf (Bündelung von Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel)

57 Art. 23 Bst. a, b und d Kfz-BM könnte so gelesen werden, dass die Verpflichtung eines Händlers, gleichzeitig in den Bereichen Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel als autorisierter Partner tätig zu sein, eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen würde.

58 Auch diese Regelung wäre mit der VO 461/2010 nicht kompatibel. Eine Verpflichtung des Händlers, gleichzeitig in den Bereichen Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel tätig zu sein, ist keine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 5 GVO 461/2010:

- Die GVO 461/2010 stellt die Verpflichtung eines **Händler von Neufahrzeugen** frei, auch **Kundendienst und Ersatzteilhandel** anzubieten.
- Dasselbe gilt für die Verpflichtung einer Werkstatt, gleichzeitig in den Bereichen **Kundendienst und Ersatzteilhandel** tätig zu sein. Auch eine solche Verpflichtung ist nach dem Recht der EU zulässig. Dies kommt auch im Umstand zum Ausdruck, dass das an eine Werkstatt gerichtete Verbot, Ersatzteile zum Zwecke des Weiterverkaufs zu verkaufen, unter der GVO 461/2010 freigestellt ist. Abgesehen davon kennt die Vertragspraxis in der Schweiz nur Händler- und Serviceverträge. Separate Ersatzteilhändlerverträge gibt es in der Schweiz nach unserem Wissen nicht.

Vor diesem Hintergrund ist auch Rz. 42 und 36 des Entwurfs der Erläuterungen, gemäss welcher Ersatzteilgrosshändler (!) die Möglichkeit haben müssten, Ersatzteile direkt (!) von den Kraftfahrzeuglieferanten beziehen zu können, nicht kompatibel mit dem Recht der EU.

- Die einzige Verpflichtung, welche die Europäische Kommission als **möglicherweise** unter Art. 101 Abs. 1 AEUV problematisch ansieht, ist die Verpflichtung einer Werkstatt, auch Neuwagen zu verkaufen.<sup>15</sup> Wie bereits gesagt handelt es sich hierbei in dessen in keinem Fall um eine Kernbeschränkung, weshalb eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung von vornherein ausscheidet.

59 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. a, b und d Kfz-BM und Rz. 36-39, 42 und 51 f. des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen. Allenfalls kann in den Erläuterungen zur Kfz-BM ausgeführt werden, dass bei Überschreitung eines Marktanteils von 30% die Ver-

<sup>15</sup> Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, Rz. 71 (ABl. 2010 C 138/16 ff.).

pflichtung einer Werkstatt, auch Neufahrzeuge zu verkaufen, auf ihre Zulässigkeit unter Art. 5 Abs. 1 KG zu überprüfen sei.

#### **2.4.11 Art. 23 Bst. e und h sowie Art. 25 Kfz-BM Entwurf (Wettbewerbsverbote)**

60 Art. 23 Bst. e und h sowie Art. 25 Kfz-BM erklären bestimmte Wettbewerbsverbote oder ähnliche Vereinbarungen zu qualitativ erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen.

61 Auch diese Regelung steht im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 1 Bst. a GVO 330/2010 i.V.m. Art. 4 GVO 461/2010, welche Wettbewerbsverbote unter gewissen Voraussetzungen freistellt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass Wettbewerbsverbote gemäss Ziff. 13 Abs. 1 der Vert-BM bis zu einem Marktanteil von 15% nicht erheblich sind. Es ist uns nicht klar, welche die Beweggründe der Weko für ihre strenge Haltung gegenüber Wettbewerbsverboten im Kfz-Bereich sind. Die Schädlichkeit von Wettbewerbsverboten wird damit begründet, dass ein Hersteller bei Wettbewerbsverboten allenfalls keinen Marktzugang mehr erhält. In der Schweiz sind ca. 10'000 Garagenbetriebe tätig. Es ist in Anbetracht dieser Gegebenheiten nicht plausibel, dass Wettbewerbsverbote in der Schweiz im Kfz-Bereich eine marktverschliessende Wirkung haben können.

62 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. e und h Kfz-BM, Art. 25 Kfz-BM sowie Rz. 40 und 46-50 des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen.

#### **2.4.12 Art. 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf (Ersatzteilhandel)**

63 Art. 23 Bst. f Kfz-BM erklärt die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs von Ersatzteilen an Drittparteien (darunter auch unabhängige Werkstätten) zu einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung.

64 Diese Regelung steht im Widerspruch zu Art. 5 Bst. a GVO 461/2010. Art. 5 Bst. a GVO 461/2010 qualifiziert nur das Verbot, Kraftfahrzeugteile zur Verwendung für Instandsetzungs- oder Wartungsarbeiten eines Kraftfahrzeugs an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, als Kernbeschränkung. Das an Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems gerichtete Verbot, Kraftfahrzeugteile zum Zwecke des Weiterverkaufs an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, ist freigestellt.

65 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. f Kfz-BM entweder zu streichen oder an Art. 5 Bst. a GVO 461/2010 anzupassen.

#### **2.4.13 Art. 26 Kfz-BM Entwurf (Vertragsauflösung)**

66 Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM statuiert, dass Bestimmungen über die Vertragsauflösung unter bestimmten Voraussetzungen qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen seien. Hierzu zählt der Entwurf der Vert-BM auch das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Begründungspflicht.

67 Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM widerspricht dem EU-Recht. Zudem ist das Fehlen einer Begründungspflicht für eine Kündigung von den Zivilgerichten (einschliesslich dem Bundes-

gericht) wiederholt als zulässig beurteilt worden.<sup>16</sup> Abgesehen davon widerspricht eine Begründungspflicht für das Auslaufenlassen eines befristeten Vertrages dem elementaren vertragsrechtlichen Grundsatz, dass ein befristeter Vertrag eben gerade ohne das Zutun der Parteien ausläuft.

- 68 Gemäss Rz. 51 und 52 des Entwurfs der Erläuterungen soll ein Händler oder eine zugelassene Werkstatt, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs neuer Kraftfahrzeuge und des Kundendienstes tätig ist, eine der beiden Tätigkeiten beenden können, ohne über einen neuen Vertrag verhandeln zu müssen. Wie bereits gezeigt ist es indessen in der EU zulässig einen Händler von Neufahrzeugen zu verpflichten, auch als zugelassene Werkstatt tätig zu sein. Rz. 51 und 52 des Entwurfs der Erläuterungen sind überdies insofern missverständlich formuliert, als dass sie den Eindruck erwecken, ein Händler oder eine Werkstatt könne die betreffende Tätigkeit jederzeit beenden. Vertragsrechtlich ist es indessen so, dass ein Händler, der seine Tätigkeit aufgeben möchte, den betreffenden Vertrag ordentlich kündigen muss und bis zur Beendigung des Vertrags verpflichtet bleibt, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen.
- 69 Wir schlagen deshalb vor, Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 51-53 des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen.

## 2.5 Rechtfertigungsgründe

- 70 Die Kfz-BM enthält keine Ausführungen zur Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG. Damit wird sehr viel Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Kfz-BM sollte klarstellen, dass Vertriebsnetze, welche die Freistellungsvoraussetzungen der GVO 461/2010 erfüllen auch in der Schweiz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.

Mit freundlichen Grüssen

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.  
Arbeitsgruppe Schweiz

1. Kopie: Vorstand – Studienvereinigung Kartellrecht

<sup>16</sup> Handelsgericht Zürich, Verfügung vom 30. Dezember 2010 (HE 100008), RPW 2010/3, 808, E. 3.c); bestätigt vom Bundesgericht im Entscheid 4A\_101/2011 vom 6. September 2011.

Branche eine äusserst kompetitive Industrie. Ein besonderer wettbewerbspolitischer Bedarf an einer Zusatzregulierung besteht nicht. Die ersatzlose Aufhebung der Kfz-BM wäre deshalb die vorzuziehende Variante.

## 2 Eventualstandpunkt: Änderung der Kfz-BM

4 Sollte sich die Weko dessen ungeachtet entscheiden, die Kfz-BM weiter zu führen, regen wir an, den Entwurf der Kfz-BM und der Erläuterungen in folgender Hinsicht zu ändern:

- Der Entwurf der Kfz-BM qualifiziert zahlreiche Verhaltensweisen als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen, obwohl diese von der GVO 461/2010 entweder freigestellt oder nicht als Kernbeschränkungen qualifiziert werden. Wir schlagen vor, die Kfz-BM und ihre Erläuterungen zumindest insoweit abzuändern, dass Abreden, die unter der GVO 461/2010 freigestellt sind, nicht als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert werden. (siehe hierzu Rz. 6 ff.)
- Die Kfz-BM ist redaktionell zu vereinfachen. Wir schlagen vor, darauf zu verzichten, Bestimmungen, die bereits in der Vert-BM enthalten sind, in anderer Formulierung in der Kfz-BM zu paraphrasieren. Wir schlagen vor, in der Kfz-BM und den Erläuterungen nur Bestimmungen aufzunehmen, die von der Vert-BM abweichen. (siehe hierzu Rz. 11 f.)
- Der Entwurf der Erläuterungen dehnt Art. 5 Abs. 4 KG auf zahlreiche Verhaltensweisen aus, die auch nach der Praxis der Weko nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Wir schlagen vor, die entsprechenden Ausführungen im Entwurf der Erläuterungen zu streichen. (siehe hierzu Rz. 14 ff.)
- Während zu begrüßen ist, dass der Entwurf der Kfz-BM keinen Kontrahierungszwang mehr im Hinblick auf selektive Kundendienst- und Ersatzteilhandelsnetze vorsieht, ist auf besondere Anforderungen an die quantitative Selektion bei selektive Kundendienst- und Ersatzteilhandelsnetzen zu verzichten. (siehe hierzu Rz. 30 ff.)
- Die Kfz-BM sollte klarstellen, dass Vertriebsnetze, welche die Freistellungsvoraussetzungen der GVO 461/2010 erfüllen, auch in der Schweiz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind. (siehe hierzu Rz. 70)

5 Im Folgenden wird zunächst in allgemeiner Weise auf die obigen Punkte eingegangen. Danach erfolgt eine Kommentierung ausgewählter Bestimmungen:

### 2.1 Streichung nicht EU-kompatibler Bestimmungen im Kfz-BM Entwurf

6 Vertriebssysteme in der Kfz-Branche werden heute europaweit aufgesetzt und europaweit (mit den jeweiligen europäischen Händlerverbänden) verhandelt. Es ist vor diesem Hintergrund von grosser praktischer Bedeutung, dass in der Schweiz keine Sonderregelungen aufgestellt werden, die Zweifel an der Zulässigkeit dieser in der EU zulässigen Vertragswerke in der Schweiz aufkommen lassen würden.

- 7 Der Entwurf der Kfz-BM enthält indessen eine Vielzahl von Bestimmungen, die Verhaltensweisen zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen erklären, die gemäss der GVO 461/2010 freigestellt sind oder zumindest keine Kernbeschränkungen darstellen.
- 8 Die Europäische Kommission hat vor dem Erlass der GVO 461/2010 umfangreiche Marktbefragungen und –studien vorgenommen. Diese Marktanalyse bewog die Europäische Kommission, zahlreiche Sonderregelungen der GVO 1400/2002 aufzuheben. Eine entsprechende unabhängige Marktanalyse für die Schweiz fehlt und damit auch jeglicher Anlass zur Annahme abweichender Umstände. Die Marktverhältnisse in der Schweiz unterscheiden sich mithin von denjenigen in der EU nicht (bzw. nicht in einem Ausmass), dass die nicht EU-kompatiblen Bestimmungen des Entwurfs der Kfz-BM Entwurfs notwendig wären. Der Entwurf der Kfz-BM macht auch keine spezifischen Ausführungen in dieser Hinsicht (einmal abgesehen von einem generischen Hinweis in Erw. V auf „*die in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen*“). Wenn die Weko tatsächlich der Auffassung wäre, dass sich in der Schweiz eine über die GVO 461/2010 hinausgehende Regulierung aufdrängen würde, müsste sie die wettbewerbspolitische Notwendigkeit eines solchen Eingriffs fundiert und überzeugend begründen. Dies wird indessen nicht getan.
- 9 Die zahlreichen Sonderregelungen im Kfz-BM Entwurf stehen auch im Gegensatz zur sonstigen Haltung der Weko, wonach Abreden, die nach dem Recht der EU freigestellt sind, in der Schweiz ebenfalls zulässig sind. Dies ist umso erstaunlicher als mit der Revision der Kfz-BM ja auch explizit das Ziel verfolgt wird, die Kfz-BM europakompatibel zu machen.
- 10 Der Entwurf der Kfz-Bekanntmachung enthält u.a. folgende Regulierungen, die nicht mit der GVO 461/2010 kompatibel sind: Art. 10, Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 und 2 Bst. c, Art. 23 Bst. a, b, c, d, e, f, h, Art. 25 und Art. 26 (siehe im Einzelnen die Kommentierung in Rz. 29 ff.). Wir schlagen vor diesem Hintergrund vor, den Katalog der sog. qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf die Kernbeschränkungen in Art. 4 GVO 330/2010 und Art. 5 GVO 461/2010 zu beschränken.

## **2.2 Redaktionelle Vereinfachung der Kfz-BM/Anpassung an Vert-BM**

- 11 Die Kfz-BM sollte zudem redaktionell vereinfacht werden. Der jetzige Entwurf der Kfz-BM ist sehr unübersichtlich und lang. Es geht aus dem Entwurf der Kfz-BM nicht hervor, wo genau die Weko eine Abweichung von der Vert-BM bewusst beabsichtigt und wo Unterschiede zur Vert-BM nur auf redaktionellen Versehen beruhen. Dies würde in der Praxis grosse Rechtsunsicherheit schaffen.
- 12 Wir schlagen deshalb vor, im Sinne einer redaktionellen Vereinfachung konsequent alle Bestimmungen zu streichen, die bereits in der Vert-BM enthalten sind, und durch entsprechende Verweise auf die Vert-BM zu ersetzen. In die Kfz-BM und die Erläuterungen sollten nur Bestimmungen und Ausführungen aufgenommen werden, die Regelungen enthalten, die von der Vert-BM abweichen.
- 13 Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht Zweierlei:
- Es ist auf die Definition der Begriffe „aktiver Verkauf“, „passiver Verkauf“ und „selektives Vertriebssystem“ zu verzichten. Stattdessen ist auf die entsprechenden Ziffern in der Vert-BM zu verweisen.

- Der Katalog der als qualitativ schwerwiegend gewerteten Abreden in Art. 20-26 des Kfz-BM Entwurfs sollte gestrichen werden. Trotz des Bestrebens der Weko, die Kfz-BM an die VertBek anzupassen, weichen die Art. 19 – 26 Kfz-BM von der Systematik in Ziff. 12 und 13 der Vert-BM ab. Dies führt zu einer unnötigen Verkomplizierung und macht es unmöglich, festzustellen, ob mit den im Kfz-BM Entwurf verwendeten unterschiedlichen Formulierungen auch ein bewusster Unterschied zur Vert-BM beabsichtigt ist.

Wir schlagen deshalb vor, zunächst auf Ziff. 12 und 13 der Vert-BM zu verweisen. Sodann wären in einer zusätzlichen Bestimmung die Kernbeschränkungen gemäss Art. 5 der GVO 461/2010 aufzuführen.

### 2.3 Ausführungen zum Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG

- 14 In Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen werden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG gemacht.
- 15 Diese Ausführungen sind im Falle von Art. 18 Kfz-BM ohne praktischen Wert, da sie im Wesentlichen lediglich den Gesetzestext wiedergeben. Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM ist deshalb ersatzlos zu streichen.
- 16 Im Falle von Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen wird der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG auf Verhaltensweisen (Art. 20, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf) ausgedehnt, die auch nach der Praxis der Weko nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen ist deshalb ersatzlos zu streichen. Zur Begründung sei Folgendes ausgeführt:
- 17 Vorab ist festzuhalten, dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG u.a. in folgender Hinsicht begrenzt ist:
- Einmal erfasst Art. 5 Abs. 4 KG **nur die Beschränkung von passiven Verkäufen des Händlers**. Die Beschränkung aktiver Verkäufe wird entgegen der in Rz. 5 des Entwurfs der Erläuterungen vertretenen Meinung zum Vornherein nicht erfasst.<sup>1</sup>
  - Art. 5 Abs. 4 KG erfasst zudem nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nicht alle Formen von Beschränkungen passiver Verkäufe des Händlers, sondern nur Gebiets- und **nicht Kundenkreisbeschränkungen**.<sup>2</sup> Die Beschränkung des passiven Verkaufs von Vertragswaren an bestimmte Kundengruppen fällt nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Denn wie die Formulierung „*Abreden [...] über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden*“ zeigt, ist für eine Subsumption unter Art. 5 Abs. 4 KG eine Gebietszuweisung und der Ausschluss von Verkäufen in dieses Gebiet notwendig. Reine Kundenkreisbeschränkungen haben indessen keinen Gebietsbezug, weshalb sie nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen können. Dies geht auch aus dem Fall *Behinde-*

<sup>1</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125, S. 102.

<sup>2</sup> AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125, S. 100 m.w.H.



zung des Online-Handels hervor, wo die Beschränkung von Internetverkäufen nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert wurde.<sup>3</sup>

- Nur der „Ausschluss“ von passiven Verkäufen in ein Gebiet wird von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst. Soweit bloss einzelne, nicht aber alle, passiven Verkäufe in ein Gebiet beschränkt werden, ist der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt.<sup>4</sup>

18 Im Hinblick auf die Frage, ob Abreden gemäss Art. 20, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und 23 Bst. f des Entwurfs der Kfz-BM unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, ist vor diesem Hintergrund Folgendes festzuhalten:

### 2.3.1 Art. 20 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen betreffend den Bestimmungsort des Kraftfahrzeugs)

19 Art. 20 Abs. 1 des Entwurfs der Kfz-BM erfasst indirekte Benachteiligungen von Verkäufen in bestimmte Gebiete.

20 Solche Benachteiligungen dürften tendenziell nicht zu einem Ausschluss von passiven Verkäufen führen und sind deshalb nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.<sup>5</sup>

### 2.3.2 Art. 20 Ziff. 2 Kfz-BM Entwurf (Abreden betreffend Garantie)

21 Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM erfasst Fälle, in denen Kraftfahrzeuglieferanten Werkstätten nicht verpflichten, Gewährleistung, unentgeltlichen Kundendienst und Kundendienst im Rahmen von Rückrufaktionen zu leisten.

22 Auch dieser Tatbestand wird von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst:

- Einmal fehlt es im von Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM genannten Fall an einer Abrede.
- Zudem widerspricht Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM der Praxis der Weko (siehe hierzu ausführlich Rz. 48).

### 2.3.3 Art. 21 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Exklusive Vertriebssysteme für neue Kraftfahrzeuge)

23 Art. 21 Abs. 1 Kfz-BM Abs. 1 erfasst auch die Beschränkung des aktiven Verkaufs.

24 Wie vorgängig gezeigt wurde, fällt das Verbot aktiver Verkäufen in andere Gebiete nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2011/3, 381 Rz. 70 ff., Behinderungen des Online-Handels.

<sup>4</sup> MAMANE, Abschottung des Schweizer Marktes, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 47 - 70, S. 57.

<sup>5</sup> Vgl. auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 LCart N 617.

<sup>6</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba.

### 2.3.4 Art. 22 Abs. 1 Kfz-BM Entwurf (Selektive Vertriebssysteme für neue Kraftfahrzeuge)

25 Art. 21 Abs. 1 Bst. a und b des Entwurfs der Kfz-BM erfassen verschiedene Kundenkreisbeschränkungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen. Zudem erfasst Art. 21 Abs. 1 (insbesondere Bst. c) des Entwurfs der Kfz-BM auch die Beschränkung aktiver Verkäufe.

26 Auch diese Verhaltensweisen werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst:

- Die in Art. 22 Abs. 1 Bst. a und b des Entwurfs der Kfz-BM genannten Kundenkreisbeschränkungen haben keinen Bezug zu Gebieten, wie dies Art. 5 Abs. 4 KG verlangt. Dies gilt auch für die Standortklausel gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. c Kfz-BM, da mit einer Standortklausel keine Gebiete i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zugewiesen werden.<sup>7</sup>
- Zudem erfasst Art. 22 Abs. 1 (insbesondere Art. 21 Abs. 2 Bst. c) des Entwurfs der Kfz-BM die Beschränkung aktiver Verkäufe, die ebenfalls nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt.<sup>8</sup>

### 2.3.5 Art. 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf (Verkauf Ersatzteile)

27 Art. 23 Bst. f des Entwurfs der Kfz-BM erfasst die Beschränkung des Verkaufs von Ersatzteilen an bestimmte Abnehmer.

28 Auch eine solche Verhaltensweise fällt nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, da es sich um eine Kundenkreisbeschränkung ohne Gebietsbezug handelt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es zulässig ist, den Verkauf von Ersatzteilen an unabhängige Werkstätten zu untersagen, wenn diese Ersatzteile für andere Zwecke als für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwendet werden sollen (vgl. Art. 5 Bst. a GVO 461/2010).

## 2.4 Kommentare zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs der Kfz-BM

29 In Ergänzung zu den obigen allgemeinen Ausführungen seien zu einzelnen Bestimmungen der Kfz-BM folgende Kommentare angebracht:

### 2.4.1 Art. 4 Kfz-BM Entwurf (Quantitative Selektion bei Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen)

30 In Rz. 30 des Entwurfs der Erläuterungen gibt die Weko den in der bisherigen Kfz-BM vertretenen Standpunkt auf, dass bei selektiven Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen ein Kontrahierungszwang bestehe.

31 Wir begrüssen diese Änderung, zumal auch das Recht der EU keinen Kontrahierungszwang vorsieht.<sup>9</sup>

32 Wir glauben indessen, dass es zu weit geht, für die Zulässigkeit der quantitativen Selektion in selektiven Kundendienst- und Ersatzteilvertriebsnetzen zu verlangen, dass die Kraftfahrzeug-

<sup>7</sup> MARC AMSTUTZ/ MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel/ Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 - 125., S. 100 f.

<sup>8</sup> RPW 2010/1 S. 65 ff., Rz. 99, Gaba.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BECKER, in: Hirsch/Montag/Säcker, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Art. 3 GVO 1400/2002 N 7.

lieferanten nachweisen müssen, dass die Durchführbarkeit und die sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung von weiteren Werkstätten in ihrem Netz gefährdet wären (wie dies Rz. 30 des Entwurfs der Erläuterungen vertreten wird).

- 33 Es ist nicht an den Unternehmen nachzuweisen, dass solche Umstände bestehen, sondern die Weko muss im konkreten Falle nachweisen, dass die quantitative Selektion eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat, die zudem keiner Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich ist.

#### **2.4.2 Art. 9 Kfz-BM Entwurf (selektive Vertriebssysteme)**

- 34 Wir schlagen vor, Art. 9 des Entwurfs der Kfz-BM zu streichen, da der Begriff der selektiven Vertriebssysteme schon in Ziff. 4 der Vert-BM definiert wird (siehe oben Rz. 11 f.).

#### **2.4.3 Art. 8, Art. 20 Ziff. 1 und Art. 22 Abs. 1 Bst. a Kfz-BM Entwurf (Bevollmächtigter Vermittler)**

- 35 Verschiedene Bestimmungen im Entwurf der Kfz-BM erwecken den Anschein, dass ein bevollmächtigter Vermittler gemäss Art. 8 wie ein Eigenhändler zu behandeln sei (vgl. Art. 20 Ziff. 1 und Art. 22 Abs. 1 Bst. a). Dies gilt auch für Rz. 25 des Entwurfs der Erläuterungen, der eine generelle Verpflichtung zur Fakturierung auf die Endkunden als zu weit gehend beurteilt.

- 36 Hierzu ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass die Untersagung des Verkaufs von Neufahrzeugen an andere Personen als Endverbraucher und zugelassene Händler des selektiven Vertriebssystems zulässig ist (was von der Weko auch nicht bestritten wird). Die Involvierung eines bevollmächtigten Vermittlers in den Kauf eines Neufahrzeugs birgt stets die Gefahr, dass das selektive Vertriebssystem unterlaufen wird, indem unabhängige Händler unter dem Deckmantel des Etiketts des bevollmächtigten Vermittlers Neufahrzeuge zum Zwecke des Weiterverkaufs erwerben. Eine solche Unterwanderung des selektiven Vertriebssystems ist problematisch, weil ein selektives Vertriebssystem begriffsnotwendig ein Verbot von Lieferungen an unabhängige Händler beinhaltet (Erfordernis der händlerseitigen Geschlossenheit).<sup>10</sup> In diesem Zusammenhang wird in der EU auch die Auffassung vertreten, dass ein Hersteller, der nicht auf die Geschlossenheit seines selektiven Vertriebssystems achtet, dessen Freistellung gefährdet, da die GVO 461/2010 und GVO 330/2010 die Freistellung gewisser Beschränkungen an die Existenz eines (händlerseitig geschlossenen) selektiven Vertriebssystems knüpft. Zudem stellt eine Belieferung unabhängiger Händler eine Ungleichbehandlung der zugelassenen Händler dar, welche die Standards des Vertriebssystems erfüllen müssen.

- 37 Die Einschaltung bevollmächtigter Vermittler ist deshalb nur insofern mit einem selektiven Vertriebssystem vereinbar und zulässig, als der bevollmächtigte Vermittler im Namen und im Auftrag und auf Rechnung des Endverbrauchers handelt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich, weshalb das Erfordernis einer Fakturierung auf den Endverbraucher und die direkte Zahlung durch den Endverbraucher ein zu weit gehendes Erfordernis darstellen soll. Nur eine direkte Rechnungsstellung an den Endverbraucher und nur die direkte Bezahlung des Kaufpreises durch den Endverbraucher an den zugelassenen Händler stellen eine ausreichende Gewähr dafür dar, dass es sich beim betreffenden Verkauf um einen genuinen

<sup>10</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikale-GVO, 2.A., Frankfurt a.M. 2008, Art. 1 lt. d Rz. 93 ff.

Verkauf an einen Endverbraucher und nicht an einen Grauhändler handelt. Im Lichte der Vereinfachung des internationalen Zahlungsverkehrs durch SEPA ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein Endverbraucher eine Rechnung im internationalen Verkehr nicht direkt selbst bezahlen können soll.

- 38 Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 des Entwurfs der Kfz-BM sowie Rz. 25 des Entwurfs der Erläuterungen zu streichen. Alternativ kann in den Erläuterungen klargestellt werden, dass der Begriff des Endverbrauchers auch Verbraucher umfasst, die ihren Kauf über einen bevollmächtigten Vermittler tätigen. Diese (in der Leitlinien der EU gewählte Lösung)<sup>11</sup> ist auch insofern terminologisch sauberer, als damit klargestellt wird, dass bevollmächtigte Vermittler im Namen und Auftrag und Rechnung des Endverbrauchers handeln.

#### **2.4.4 Art. 10 Kfz-BM Entwurf (Exklusive Vertriebssysteme)**

- 39 Wir schlagen vor, den Begriff des exklusiven Vertriebssystems in Art. 10 des Entwurfs der Kfz-BM zu streichen.
- 40 Zum einen ist diese Definition bei einem Verweis insbesondere auf Ziff. 12 Abs. 2 der Vert-BM entbehrlich.
- 41 Zum anderen ist die Definition des exklusiven Vertriebssystems in Art. 10 des Entwurfs der Kfz-BM unvollständig: Von einem exklusiven Vertriebssystem kann nur gesprochen werden, wenn der Lieferant sich verpflichtet,
- die Vertragsprodukte im ausschliesslich zugewiesenen Gebiet bzw. im Hinblick auf die ausschliesslich zugewiesene Kundengruppe nur an den betreffenden Händler zu liefern und
  - alle übrigen Händler zu verpflichten, keine aktiven Verkäufe in das ausschliesslich zugewiesene Gebiet bzw. an die ausschliesslich zugewiesene Kundengruppe vorzunehmen.

#### **2.4.5 Art. 18 Kfz-BM Entwurf**

- 42 Art. 18 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen nur eine Paraphrasierung von Art. 5 Abs. 4 KG und ist deshalb zu streichen (siehe oben Rz. 14 f.).

#### **2.4.6 Art. 19 Kfz-BM Entwurf (Begriff der Erheblichkeit)**

##### **2.4.6.1 Begriff der Erheblichkeit**

- 43 Art. 19 des Entwurfs der Kfz-BM enthält Ausführungen zur Erheblichkeit.
- 44 Wie bereits oben gezeigt sollten diese Ausführungen durch einen Verweis auf Art. 12 Abs. 1 Vert-BM ersetzt werden.

<sup>11</sup> Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, Rz. 52 (ABl. 2010 C 138/16 ff.).

#### 2.4.6.2 Marktabgrenzung

- 45 In Rz. 6 f. des Entwurfs der Erläuterungen werden Ausführungen zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts gemacht. Wir erachten diese Ausführungen im Lichte des Fehlens rechtskräftiger Verfügungen der Weko in diesem Bereich als verfrüht. Wir schlagen deshalb vor, die entsprechenden Ausführungen zu streichen.

#### 2.4.7 Art. 20 (Umschreibung indirekter Beschränkungen passiver Verkäufe)

- 46 Art. 20 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen eine Umschreibung dessen, was indirekte Beschränkungen von passiven Verkäufen sind.
- 47 Diese Beschreibung sollte nicht in der Kfz-BM sondern in die Erläuterungen aufgenommen werden (etwa im Zusammenhang von Ausführungen darüber, was unter den Begriff der Beschränkung passiver Verkäufe fällt).
- 48 Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM enthält zudem eine Bestimmung, wonach Werkstätten sich verpflichten müssten, in Bezug auf jedes in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum verkaufte Kraftfahrzeug der betroffenen Marke Gewährleistung, unentgeltlichen Kundendienst und Kundendienst im Rahmen von Rückrufaktionen zu leisten. Gemäss Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen haben die zugelassenen Werkstätten die Verpflichtung, ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im EWR oder in der Schweiz, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die Garantie zu gewähren, sowie die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hierbei soll es keine Rolle spielen, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler durch einen bevollmächtigten Vermittler oder bei einem unabhängigen Händler gekauft wurde. Hierzu ist Folgendes festzuhalten:
- Im in Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM beschriebenen Fall liegt keine Abrede vor, da die Werkstatt gerade nicht verpflichtet wird, keine Leistungen zu erbringen. Entsprechend ist nicht ersichtlich, weshalb eine Wettbewerbsabrede vorliegen soll, die qualitativ schwerwiegend sein könnte.
  - Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen schaffen einen eigentlichen Kontrahierungszwang von Werkstätten gegenüber dem Endverbraucher, für den weder eine rechtliche Grundlage noch eine Notwendigkeit besteht.
  - Zudem widerspricht Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen der Praxis der Weko im Fall *Nikon*, wonach es zulässig ist, dass der Schweizer Importeur im Leistungswettbewerb mit dem inoffiziellen Importkanal erweiterte Garantieleistungen anbietet.<sup>12</sup> Deshalb wäre z.B. eine Abrede mit den zugelassenen Werkstätten zulässig, wonach erweiterte Garantie- oder Serviceleistungen nur auf Fahrzeugen gewährt werden, die direkt oder indirekt vom offiziellen Importeur bezogen wurden. Eine andere rechtliche Beurteilung hätte zur Folge, dass der Importeur Verkäufe von Konkurrenten subventionieren müsste.

<sup>12</sup> Verfügung der Weko vom 28. November 2011, Nikon, Rz. 308-311.

Ausserdem widersprechen Art. 20 Abs. 2 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 11 des Entwurfs der Erläuterungen der Praxis der Weko im Fall *Jura*. Im Fall *Jura* hat die Weko entschieden, dass eine Verweigerung von Garantieleistungen bei Waren, die nicht bei einem autorisierten Händler bezogen wurden, zulässig sei.<sup>13</sup> Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Kfz-Sektor eine andere Regelung nötig wäre.

- 49 In Rz. 14 des Entwurfs der Erläuterungen wird die Meinung vertreten, dass die Garantie auch dann nicht verfallende, wenn eine unabhängige Werkstatt für nicht unter die Garantie fallende Reparaturen qualitativ gleichwertige Ersatzteile verwende. Wir schlagen vor, klarzustellen, dass der Hersteller keine Garantie auf gleichwertigen Ersatzteilen zu leisten hat und kein Garantieanspruch besteht, wenn aufgrund eines fehlerhaften gleichwertigen Ersatzteils oder dessen unsachgemässen Einbau ein Schaden entsteht.

#### **2.4.8 Art. 21 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen in exklusiven Vertriebssystemen)**

- 50 Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM enthält im Wesentlichen dieselbe Regelung wie Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b Nr. i., ii. und iii und Bst. c Vert-BM. Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM ist indessen wesentlich komplizierter formuliert.
- 51 Die Weko scheint in Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM klarstellen zu wollen, dass exklusiver und selektiver Vertrieb nicht miteinander kombiniert werden können (in dem Sinne, dass in einem selektiven Vertriebssystem einem zugelassene Händler kein Gebiet ausschliesslich zugewiesen werden kann, in das die anderen zugelassenen Händler nicht aktiv verkaufen dürften). Für diese Klarstellung besteht indessen kein Bedürfnis. Wir weisen darauf hin, dass dies bereits unter Ziff. 12 Abs. 2 Vert-BM gilt.<sup>14</sup>
- 52 Wir schlagen deshalb vor, Art. 21 des Entwurfs der Kfz-BM ersatzlos zu streichen und durch einen Verweis auf Art. 12 und 13 der Vert-BM zu ersetzen.

#### **2.4.9 Art. 22 Kfz-BM Entwurf (Beschränkungen in selektiven Vertriebssystemen)**

- 53 Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM soll vermutlich Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b Nr. iii., Bst. c und d der Vert-BM paraphrasieren. Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM ist nicht nur unnötig kompliziert formuliert sondern auch inhaltlich unrichtig:
- 54 Art. 22 Abs. 1 Bst. a erklärt Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher, Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems oder bevollmächtigte Vermittler durch zugelassene Händler zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Beschränkung aktiver und passiver Verkäufe an Endverbraucher nach Art. 4 Bst. c GVO 330/2010 i.V.m. Art. 3 GVO 461/2010 nur dann eine Kernbeschränkung darstellt, wenn die betreffenden zugelassenen Händler auf der Einzelhandelsstufe tätig sind (siehe auch Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c Vert-BM). Zudem ist es wie oben in Rz. 35 ff. ausgeführt unrichtig, von Verkäufen an bevollmächtigte Vermittler zu sprechen. Schaltet ein Endverbraucher einen bevollmächtigten Vermittler ein, erfolgt der Verkauf der Vertragswaren nicht an den bevollmächtigten Vermittler sondern an den Endverbraucher.

<sup>13</sup> Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. November 2011 i.S. Nikon, Rz. 292 ff. und insbesondere Rz. 308 ff.; so auch RPW 2014/2 S.407 ff, Rz. 43., Jura.

<sup>14</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, 2.A., 2008 Frankfurt a.M., Art. 4 N 608.

55 Art. 22 Abs. 1 Bst. c des Entwurfs der Kfz-BM erklärt Standortklauseln zu qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Auch Art. 22 Abs. 1 Bst. c steht sowohl im Widerspruch zum Recht der EU, wo derartige Klauseln freigestellt sind (Art. 4 Bst. b und c GVO 330/2010 i.V.m. Art. 3 GVO 461/2010), als auch im Widerspruch zu Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b und c Vert-BM.

56 Wir schlagen vor, Art. 22 des Entwurfs der Kfz-BM ersatzlos zu streichen und durch einen Verweis auf Art. 12 und 13 der Vert-BM zu ersetzen.

#### 2.4.10 Art. 23 Bst. a - d Kfz-BM Entwurf (Bündelung von Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel)

57 Art. 23 Bst. a, b und d Kfz-BM könnte so gelesen werden, dass die Verpflichtung eines Händlers, gleichzeitig in den Bereichen Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel als autorisierter Partner tätig zu sein, eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen würde.

58 Auch diese Regelung wäre mit der VO 461/2010 nicht kompatibel. Eine Verpflichtung des Händlers, gleichzeitig in den Bereichen Handel, Kundendienst und Ersatzteilhandel tätig zu sein, ist keine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 5 GVO 461/2010:

- Die GVO 461/2010 stellt die Verpflichtung eines **Händler von Neufahrzeugen** frei, auch **Kundendienst und Ersatzteilhandel** anzubieten.
- Dasselbe gilt für die Verpflichtung einer Werkstatt, gleichzeitig in den Bereichen **Kundendienst und Ersatzteilhandel** tätig zu sein. Auch eine solche Verpflichtung ist nach dem Recht der EU zulässig. Dies kommt auch im Umstand zum Ausdruck, dass das an eine Werkstatt gerichtete Verbot, Ersatzteile zum Zwecke des Weiterverkaufs zu verkaufen, unter der GVO 461/2010 freigestellt ist. Abgesehen davon kennt die Vertragspraxis in der Schweiz nur Händler- und Serviceverträge. Separate Ersatzteilhändlerverträge gibt es in der Schweiz nach unserem Wissen nicht.

Vor diesem Hintergrund ist auch Rz. 42 und 36 des Entwurfs der Erläuterungen, gemäss welcher Ersatzteलगrosshändler (!) die Möglichkeit haben müssten, Ersatzteile direkt (!) von den Kraftfahrzeuglieferanten beziehen zu können, nicht kompatibel mit dem Recht der EU.

- Die einzige Verpflichtung, welche die Europäische Kommission als **möglicherweise** unter Art. 101 Abs. 1 AEUV problematisch ansieht, ist die Verpflichtung einer Werkstatt, auch Neuwagen zu verkaufen.<sup>15</sup> Wie bereits gesagt handelt es sich hierbei indessen in keinem Fall um eine Kernbeschränkung, weshalb eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung von vornherein ausscheidet.
- 59 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. a, b und d Kfz-BM und Rz. 36-39, 42 und 51 f. des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen. Allenfalls kann in den Erläuterungen zur Kfz-BM ausgeführt werden, dass bei Überschreitung eines Marktanteils von 30% die Ver-

<sup>15</sup> Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, Rz. 71 (ABl. 2010 C 138/16 ff.).

pflichtung einer Werkstatt, auch Neufahrzeuge zu verkaufen, auf ihre Zulässigkeit unter Art. 5 Abs. 1 KG zu überprüfen sei.

#### **2.4.11 Art. 23 Bst. e und h sowie Art. 25 Kfz-BM Entwurf (Wettbewerbsverbote)**

60 Art. 23 Bst. e und h sowie Art. 25 Kfz-BM erklären bestimmte Wettbewerbsverbote oder ähnliche Vereinbarungen zu qualitativ erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen.

61 Auch diese Regelung steht im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 1 Bst. a GVO 330/2010 i.V.m. Art. 4 GVO 461/2010, welche Wettbewerbsverbote unter gewissen Voraussetzungen freistellt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass Wettbewerbsverbote gemäss Ziff. 13 Abs. 1 der Vert-BM bis zu einem Marktanteil von 15% nicht erheblich sind. Es ist uns nicht klar, welches die Beweggründe der Weko für ihre strenge Haltung gegenüber Wettbewerbsverboten im Kfz-Bereich sind. Die Schädlichkeit von Wettbewerbsverboten wird damit begründet, dass ein Hersteller bei Wettbewerbsverboten allenfalls keinen Marktzugang mehr erhält. In der Schweiz sind ca. 10'000 Garagenbetriebe tätig. Es ist in Anbetracht dieser Gegebenheiten nicht plausibel, dass Wettbewerbsverbote in der Schweiz im Kfz-Bereich eine marktverschliessende Wirkung haben können.

62 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. e und h Kfz-BM, Art. 25 Kfz-BM sowie Rz. 40 und 46-50 des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen.

#### **2.4.12 Art. 23 Bst. f Kfz-BM Entwurf (Ersatzteilhandel)**

63 Art. 23 Bst. f Kfz-BM erklärt die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs von Ersatzteilen an Drittparteien (darunter auch unabhängige Werkstätten) zu einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung.

64 Diese Regelung steht im Widerspruch zu Art. 5 Bst. a GVO 461/2010. Art. 5 Bst. a GVO 461/2010 qualifiziert nur das Verbot, Kraftfahrzeugteile zur Verwendung für Instandsetzungs- oder Wartungsarbeiten eines Kraftfahrzeugs an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, als Kernbeschränkung. Das an Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems gerichtete Verbot, Kraftfahrzeugteile zum Zwecke des Weiterverkaufs an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, ist freigestellt.

65 Wir schlagen deshalb vor, Art. 23 Bst. f Kfz-BM entweder zu streichen oder an Art. 5 Bst. a GVO 461/2010 anzupassen.

#### **2.4.13 Art. 26 Kfz-BM Entwurf (Vertragsauflösung)**

66 Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM statuiert, dass Bestimmungen über die Vertragsauflösung unter bestimmten Voraussetzungen qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen seien. Hierzu zählt der Entwurf der Vert-BM auch das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Begründungspflicht.

67 Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM widerspricht dem EU-Recht. Zudem ist das Fehlen einer Begründungspflicht für eine Kündigung von den Zivilgerichten (einschliesslich dem Bundes-



gericht) wiederholt als zulässig beurteilt worden.<sup>16</sup> Abgesehen davon widerspricht eine Begründungspflicht für das Auslaufenlassen eines befristeten Vertrages dem elementaren vertragsrechtlichen Grundsatz, dass ein befristeter Vertrag eben gerade ohne das Zutun der Parteien ausläuft.

- 68 Gemäss Rz. 51 und 52 des Entwurfs der Erläuterungen soll ein Händler oder eine zugelassene Werkstatt, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs neuer Kraftfahrzeuge und des Kundendienstes tätig ist, eine der beiden Tätigkeiten beenden können, ohne über einen neuen Vertrag verhandeln zu müssen. Wie bereits gezeigt ist es indessen in der EU zulässig einen Händler von Neufahrzeugen zu verpflichten, auch als zugelassene Werkstatt tätig zu sein. Rz. 51 und 52 des Entwurfs der Erläuterungen sind überdies insofern missverständlich formuliert, als dass sie den Eindruck erwecken, ein Händler oder eine Werkstatt könne die betreffende Tätigkeit jederzeit beenden. Vertragsrechtlich ist es indessen so, dass ein Händler, der seine Tätigkeit aufgeben möchte, den betreffenden Vertrag ordentlich kündigen muss und bis zur Beendigung des Vertrags verpflichtet bleibt, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen.
- 69 Wir schlagen deshalb vor, Art. 26 des Entwurfs der Kfz-BM und Rz. 51-53 des Entwurfs der Erläuterungen ersatzlos zu streichen.

## 2.5 Rechtfertigungsgründe

- 70 Die Kfz-BM enthält keine Ausführungen zur Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG. Damit wird sehr viel Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Kfz-BM sollte klarstellen, dass Vertriebsnetze, welche die Freistellungsvoraussetzungen der GVO 461/2010 erfüllen auch in der Schweiz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.

Mit freundlichen Grüssen



Studienvereinigung Kartellrecht e.V.  
Arbeitsgruppe Schweiz

Kopie: Vorstand – Studienvereinigung Kartellrecht

<sup>16</sup> Handelsgericht Zürich, Verfügung vom 30. Dezember 2010 (HE 100008), RPW 2010/3, 808, E. 3.c); bestätigt vom Bundesgericht im Entscheid 4A\_101/2011 vom 6. September 2011.