

# Jusletter

## Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht

### Darstellung und Würdigung der Schweizer Praxis im Kontext der Rechtslage in der EU

**Autoren/Autorinnen:** Marquard Christen / Hadi Mirzai

**Beitragsart:** Beiträge

**Rechtsgebiete:** Handelsrecht, Kartellrecht

**Zitiervorschlag:** Marquard Christen / Hadi Mirzai, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter 15. Oktober 2018

*Abreden im Rahmen von Handelsvertreterverhältnissen sind in der EU vom Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV ausgenommen, wenn die mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften verbundenen Risiken vom Auftraggeber getragen werden. Die wenige Praxis in der Schweiz zum kartellrechtlichen Umgang mit einer Tätigkeit auf fremde Rechnung ist uneinheitlich. Die Autoren analysieren und kommentieren die bisherigen Äusserungen der Schweizer Behörden zu dieser Frage und fordern eine konsequente Ausrichtung der Schweizer Praxis an der Rechtslage in der EU.*

## Inhaltsverzeichnis

### I. Einleitung

### II. Die kartellrechtliche Behandlung von Handelsvertreterverhältnissen in der EU

### III. Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden betreffend Handelsvertreterverhältnisse

1. Schlussbericht vom 27. August 2013 betreffend Vorabklärung in Sachen Costa Kreuzfahrten
2. Gutachten vom 22. Mai 2017 betreffend den Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz
3. Beratungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission
  - a. Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf
  - b. Beratung 54-0419 vom 31. August 2012: Logistikdienstleistungen
  - c. Beratung 54-0438 vom 26. Juni 2013: Agenturvertrag
  - d. Beratung 54-0444 vom 19. August 2013: Provisionsweitergabeverbot von Handelsvertretern

### IV. Abschliessende Bemerkungen

## I. Einleitung

[Rz 1] Der Begriff *Handelsvertreter* stammt aus dem EU-Recht und wurde von der Schweizer Kartellrechtsdoktrin und Rechtsprechung übernommen. Als Handelsvertreter qualifiziert, wer auf Rechnung eines Auftraggebers bzw. Geschäftsherrn im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Geschäfte vermittelt oder abschliesst.<sup>1</sup> Typischerweise sind Handelsvertreter auf zwei verschiedenen Märkten aktiv. Einerseits agieren sie auf dem Markt für die Produkte des Auftraggebers (sog. Produktmarkt), andererseits als Anbieter von Dienstleistungen auf dem Markt für Vermittlungsdienste (sog. Vermittlungsmarkt).<sup>2</sup>

- [Rz 2] Geschäftsherren, die bei ihrer Tätigkeit Handelsvertreter beiziehen, weiterhin aber die Risiken des Geschäfts tragen, wollen naturgemäss Einfluss auf die Vertriebsstrategie und die Geschäftskonditionen nehmen.<sup>3</sup> Diesem Umstand ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Verhältnisses zwischen Handelsvertreter und Auftraggeber Rechnung zu tragen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, wie dem Umstand zu begegnen ist, dass Handelsvertreter auf dem Produktmarkt nicht als unabhängige Marktteilnehmer, sondern eben nur als Vertreter des Geschäftsherrn in Erscheinung treten.<sup>4</sup>
- [Rz 3] Im Gegensatz zur Schweiz verfügt die EU über eine mehrere Jahrzehnte zurückreichende Praxis zur kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsvertreterverhältnissen. Die Wettbewerbskommission (Weko) selber hat sich diesbezüglich nur im Rahmen der Untersuchung in Sachen *Online-Buchungsplattformen für Hotels*<sup>5</sup> punktuell geäußert. Demgegenüber hat sich das Sekretariat der Weko (Sekretariat) einerseits in diversen Beratungen<sup>6</sup> und andererseits im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen *Costa Kreuzfahrten*<sup>7</sup> sowie im Gutachten betreffend den *Vertrieb ausländischer Zeitschriften*<sup>8</sup> ausführlicher mit Handelsvertreterverhältnissen auseinandergesetzt. Dabei orientierten sich die Weko und das Sekretariat praxisgemäss an der Rechtslage in der EU.<sup>9</sup>
- [Rz 4] Im Folgenden wird in einem ersten Schritt die europäische Praxis zu Handelsvertreterverhältnissen skizziert (vgl. hierzu Ziffer II. unten), um die Grundlage für die anschliessende Diskussion und Würdigung der Schweizer Rechtslage zu schaffen (vgl. hierzu Ziffer III. unten). Abschliessend werden aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse in Anlehnung an die Praxis in der EU Empfehlungen für einen Umgang mit Handelsvertreterverhältnissen in der Schweiz formuliert (vgl. hierzu Ziffer IV. unten).
- [Rz 5] Dieser Beitrag schliesst an eine Veröffentlichung und Kommentierung zuvor unpublizierter Beratungen des Sekretariats der Weko zum Thema Handelsvertreterverhältnisse in der kürzlich erschienenen Publikation «*Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis – erläuterte Beratungen des Weko-Sekretariats*» an.<sup>10</sup>

## II. Die kartellrechtliche Behandlung von Handelsvertreterverhältnissen in der EU

- [Rz 6] Gemäss dem sog. *Handelsvertreterprivileg*, welches sich in der europäischen Praxis etabliert hat, fallen Abreden zwischen Geschäftsherr (Auftraggeber) und Handelsvertreter (wie Agent oder Kommissionär), die sich auf den vorangehend beschriebenen Produktmarkt beziehen, nicht in den Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>11</sup> Im Gegensatz dazu findet das Kartellrecht ohne weiteres Anwendung auf Abreden, die den Vermittlungsmarkt betreffen (bspw. Alleinvertreter- oder Wettbewerbsverbotsklauseln).<sup>12</sup>
- [Rz 7] Gemäss der mittlerweile gefestigten Praxis der Europäischen Kommission und Gerichte wird für die Frage, ob das Handelsvertreterprivileg zur Anwendung gelangt, auf die *Verteilung der geschäftlichen und finanziellen Risiken* und Kosten zwischen Geschäftsherr und Handelsvertreter abgestellt.<sup>13</sup> Demnach fallen Abreden, welche die für den Auftraggeber abgeschlossenen oder vermittelten Verträge betreffen, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>14</sup>, sofern die damit verbundenen Risiken vom Geschäftsherrn getragen werden.<sup>15</sup> Gemäss [EU-Vertikal-Leitlinien 2010](#)<sup>16</sup> kann der Auftraggeber dem Vertreter in einem solchen Fall untersagen, gewisse Gebiete oder Kunden zu beliefern. Zudem hat der Geschäftsherr die Möglichkeit, den Preis vorzugeben, zu dem der Vertreter die Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers zu verkaufen (oder anzukaufen) hat.<sup>17</sup> Diese Privilegierung gelangt nur dann zum Zuge, wenn die Risiken finanzieller oder geschäftlicher Natur nicht vom Geschäftsherrn auf den Handelsvertreter überwältzt worden sind.<sup>18</sup>

- [Rz 8] Dabei wird zwischen drei Arten von Risiken unterschieden, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind: Erstens vertragsspezifische Risiken wie insbesondere das Delkredererisiko oder die Haftung für Produktschäden, zweitens Investitionen, die spezifisch für die Tätigkeit im Auftrag des Auftraggebers notwendig sind und, drittens, Risiken aufgrund anderer Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt (betroffenen Produktmarkt), zu deren Wahrnehmung der Vertreter vertraglich verpflichtet ist.<sup>19</sup>
- [Rz 9] Umstritten ist, ob bereits eine geringe Risikoübertragung auf den Handelsvertreter ausreicht, damit das Verhältnis von einer Privilegierung ausgenommen wird und somit in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Während gemäss Wortlaut der EU-Vertikal-Leitlinien bereits die Übertragung eines der dort genannten Risiken automatisch zum Entzug des Handelsvertreterprivilegs führt,<sup>20</sup> scheinen die europäischen Gerichte den strengen Wortlaut der EU-Vertikal-Leitlinien grosszügig auszulegen und auf eine Gesamtbetrachtung der Risikoverteilung abzustellen.<sup>21</sup> Zudem besteht auch gemäss EU-Vertikal-Leitlinien 2010 die Möglichkeit, die Übernahme gewisser Risiken durch eine angemessene finanzielle Entschädigung zu kompensieren.<sup>22</sup>
- [Rz 10] Die frühere europäische Praxis stellte anstelle der Risikoverteilung darauf ab, ob der Vertreter als Hilfsorgan des Geschäftsherrn qualifiziert bzw. in dessen Unternehmensstruktur eingegliedert ist (sog. *Eingliederungskriterium*).<sup>23</sup> Daraus folgte, dass im Falle einer Tätigkeit eines Handelsvertreters für mehrere Geschäftsherren (sog. Mehrfirmenvertretung) die kartellrechtliche Privilegierung aufgrund der mangelnden Eingliederung in die Unternehmensstruktur des Auftraggebers von vornherein ausschied.<sup>24</sup>
- [Rz 11] Das Kriterium der Eingliederung wird in der jüngeren EU-Rechtsprechung zwar teilweise noch verwendet. Dabei ist aber, im Gegensatz zum älteren Verständnis, nicht mehr von einer generellen, sondern nur noch von einer auf die Tätigkeit des Vertreters auf dem Produktmarkt des betreffenden Geschäftsherrn beschränkten Eingliederung die Rede. Inhaltlich scheint es so, dass damit nichts anderes mehr gemeint ist, als was nicht bereits unter dem Kriterium der Risikoverteilung erfasst wird.<sup>25</sup> Gemäss aktueller Rechtsprechung wird daher – sofern auf das Eingliederungskonzept überhaupt noch Bezug genommen wird – im Falle des ausreichenden Verbleibs der Risiken beim Geschäftsherrn auf eine Eingliederung in die Unternehmensstruktur des Auftragsgebers geschlossen. Entsprechend handelt es sich bei Abreden zwischen Geschäftsherrn und Handelsvertreter quasi um Abreden innerhalb derselben wirtschaftlichen Einheit. Analog dem Konzernprivileg findet das Kartellrecht auf solche Verhältnisse keine Anwendung.<sup>26</sup> Daraus folgt auch, dass eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber einer Anwendung des Handelsvertreterprivilegs nicht (mehr) entgegensteht.<sup>27</sup>

### **III. Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden betreffend Handelsvertreterverhältnisse**

- [Rz 12] Wie eingangs erwähnt, wird nachfolgend die wenige publizierte und teilweise widersprüchliche Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden analysiert. Dabei werden zunächst der Schlussbericht betreffend Vorabklärung in Sachen Costa Kreuzfahrten und das Gutachten betreffend den Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz diskutiert, ehe auf kürzlich publizierte Beratungen des Sekretariats zum Thema Handelsvertreterverhältnisse eingegangen wird.<sup>28</sup>

#### **1. Schlussbericht vom 27. August 2013 betreffend Vorabklärung in Sachen Costa Kreuzfahrten**

- [Rz 13] Im Schlussbericht vom 27. August 2013 betreffend Costa Kreuzfahrten prüfte das Sekretariat der Weko, ob das von Costa (Anbieterin von Kreuzfahrten) deutschen Reisebüros auferlegte Verbot, Kreuzfahrten in der Schweiz zu verkaufen, gegen das Kartellgesetz verstösst.<sup>29</sup> Im Rahmen der Vorabklärung hatte Costa unter Verweis auf die

Rechtslage in der EU geltend gemacht, dass die Vertragsbeziehung von Costa mit den Reisebüros als Handelsvertreterverhältnis gemäss N 12 ff. der EU-Vertikal-Leitlinien 2010 zu qualifizieren sei, was gegen das Vorliegen einer an Art. 101 AEUV zu messenden vertikalen Abrede spreche.<sup>30</sup>

[Rz 14] In einem ersten Schritt setzte sich das Sekretariat daher mit der Behandlung von Handelsvertreterverhältnissen im europäischen Recht auseinander.<sup>31</sup> Dabei gelangte es gestützt auf das Urteil des EuGH vom 14. Dezember 2006 in Sachen CEEES zum Schluss, dass – obschon zunehmend auf das Kriterium der Risikoverteilung abgestellt werde – unklar sei, ob in der EU dem Kriterium der Eingliederung<sup>32</sup> noch eine eigenständige Bedeutung zukomme. Das Sekretariat hielt in diesem Zusammenhang fest, dass der EuGH zur Konkretisierung des Eingliederungskonzepts zunehmend auch auf eine Prüfung der Risikoverteilung abstelle.<sup>33</sup> Lediglich in einer Fussnote verwies das Sekretariat zudem auf das Urteil des EuGH in Sachen CEPESA<sup>34</sup>, welches nach dem Urteil CEEES<sup>35</sup> ergangenen ist.<sup>36</sup> In diesem Urteil erwähnte der EuGH das Eingliederungskriterium nicht mehr, woraus die Lehre den endgültigen Verzicht auf dieses Kriterium ableitete.<sup>37</sup> Vor allem mit Bezug auf die Beurteilung von Mehrfirmenvertretungsverhältnissen und Verhältnissen mit sog. Doppelprägung (gleichzeitige Tätigkeit des Vertreters als unabhängiger Eigenhändler) war sich das Sekretariat der Relevanz des Eingliederungskonzepts in der EU aber unsicher.

[Rz 15] Anschliessend prüfte das Sekretariat, inwieweit die europäische Praxis in der Schweiz übernommen werden kann. Schon bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europaverträglichkeit gelegt.<sup>38</sup> Auch in der Entscheidpraxis wird immer wieder auf die Analogie zum EU-Recht verwiesen.<sup>39</sup> Vor diesem Hintergrund bekannte sich auch das Sekretariat im Schlussbericht in Sachen Costa Kreuzfahrten grundsätzlich zur analogen Anwendung des europäischen Konzepts des Handelsvertreterprivilegs. Gleichzeitig verwies das Sekretariat aber auf die wirtschaftlichen Besonderheiten der Schweiz, denen es Rechnung zu tragen gelte.<sup>40</sup>

[Rz 16] Zunächst prüfte das Sekretariat auf Stufe von Art. 2 Abs. 1 bis **KG**, unter welchen Voraussetzungen ein Handelsvertreter als *Unternehmen* im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert. Dabei gelangte es zum Schluss, dass es sich bei den Reisebüros um von den jeweiligen Reiseveranstaltern unabhängige Unternehmen handelt, weshalb das Verhältnis zwischen Auftraggeber und «Handelsvertreter» im vorliegenden Fall in den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes falle.<sup>41</sup> Allerdings begründete das Sekretariat die Unternehmenseigenschaft der Reisebüros mit deren Tätigkeit auf dem Vermittlungsmarkt und beurteilte die Frage daher nicht beschränkt auf diejenige Tätigkeit, welche Gegenstand einer potentiellen kartellrechtlichen Privilegierung ist (Produktmarkt). Damit folgte das Sekretariat nicht dem für eine Privilegierung unter EU-Recht relevanten *relativen* Verständnis des Unternehmensbegriffes, was Voraussetzung dafür wäre, um den Besonderheiten des Handelsvertreterverhältnisses auf der Stufe von Art. 2 Abs. 1 bis **KG** Rechnung tragen zu können.<sup>42</sup> Wenn demgegenüber verlangt wird, dass – um in den Genuss einer Privilegierung zu gelangen – der Handelsvertreter mit Bezug auf seine gesamte Tätigkeit Teil des Unternehmens des Geschäftsherrn sein muss, würde den Besonderheiten des Handelsvertreters keinerlei Bedeutung beigemessen. Geprüft würde damit lediglich noch, ob eine Konstellation des Konzernprivilegs vorliegt. Damit wären aber aus Sicht des Kartellrechts sämtliche Vereinbarungen (und nicht nur diejenigen betreffend den Markt für die Produkte des Auftraggebers) von vornherein unbedenklich.<sup>43</sup>

[Rz 17] In einem nächsten Schritt prüfte das Sekretariat, inwiefern das Vorliegen eines Handelsvertreterverhältnisses im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 (Vorliegen einer Wettbewerbsabrede) und bzw. oder Art. 5 **KG** (Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede) zu berücksichtigen ist.<sup>44</sup> Dabei hielt es fest, dass Klauseln betreffend Preisvorgaben oder Verkaufsverbote an gebietsfremde Abnehmer geeignet «*scheinen*», den Wettbewerb zu beschränken (Art. 4 Abs. 1 **KG**) und dass solche Abreden grundsätzlich in die Kategorie der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 4 **KG**

fallen. Dieser Standpunkt ist insofern fragwürdig, als der Handelsvertreter bei einer Tätigkeit auf Rechnung des Geschäftsherrn (und bei entsprechender Risikoverteilung) auf dem Produktmarkt kein selbstständiger Marktteilnehmer ist, sondern nur auf Weisung des Geschäftsherrn agiert und daher – unabhängig vom Inhalt einer bestimmten Vertragsklausel – generell nicht an einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt sein kann.<sup>45</sup>

[Rz 18] Das Sekretariat musste sich im Rahmen der Vorabklärung jedoch nicht abschliessend mit einer Qualifikation des Verhältnisses zwischen Costa und den Reisebüros unter Art. 4 Abs. 1 KG bzw. mit einer anschliessenden Prüfung unter Art. 5 KG auseinandersetzen. Grund dafür war die seitens Costa eingegangene Verpflichtung, das Passivverkaufsverbot an gebietsfremde Abnehmer aufzuheben. Ob der Rolle der Reisebüros bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 oder erst auf Stufe von Art. 5 KG Rechnung zu tragen ist, liess das Sekretariat daher offen. Es schien aber zu einer Prüfung im Rahmen von Art. 5 KG zu tendieren.<sup>46</sup> Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage im Nachgang zu den Urteilen des Bundesgerichts in Sachen Gaba/Gebro, wonach im Fall des Vorliegens eines Vermutungstatbestandes i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG die Abrede grundsätzlich unabhängig von deren konkreten (quantitativen) Auswirkungen auf den Wettbewerb zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt, dürfte eine angemessene Berücksichtigung eines Handelsvertreterverhältnisses unter Art. 5 KG jedoch kaum mehr möglich sein.<sup>47</sup>

[Rz 19] Gleichzeitig hielt das Sekretariat aber fest, dass ein Geschäftsherr, in dessen Namen und auf dessen Rechnung Verkäufe getätigt werden, die Preise und Konditionen für diese Geschäfte grundsätzlich selber bestimmen können muss.<sup>48</sup> Damit setzte sich das Sekretariat aber insofern wiederum in Widerspruch zur europäischen Rechtslage, als es in der EU für die Beurteilung zu Recht nicht darauf ankommt, ob der – auf fremde Rechnung tätige – Handelsvertreter im eigenen Namen oder im Namen des Geschäftsherrn agiert.<sup>49</sup> Zudem stellen Preisvorgaben in der EU selbst dann keine Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 der EU-Vertikal-GVO<sup>50</sup> dar, wenn das konkrete Handelsverhältnis in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV fällt, solange es dem Handelsvertreter erlaubt ist, Preisreduktionen zu Lasten seiner Provision zu gewähren.<sup>51</sup>

[Rz 20] Mit Bezug auf das Verbot in den Verträgen mit den deutschen Reisebüros, Reisen an Kunden in der Schweiz zu vermitteln, hielt das Sekretariat fest, eine Gebietsabgrenzung entlang der Grenzen deute auf einen «*wettbewerbswidrigen Einsatz dieses Instruments*» hin, was auch in der EU «*zum Verlust der Freistellung*» führe. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Missbrauchsfall in der EU gemäss N 20 der EU-Vertikal-Leitlinien 2010 auf die Förderung kollusiven Verhaltens unter Konkurrenten beschränkt sein dürfte und die Konstellation der Gebietsabgrenzung entlang von Landesgrenzen nicht beinhaltet.<sup>52</sup>

## 2. Gutachten vom 22. Mai 2017 betreffend den Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz

[Rz 21] Das Sekretariat untersuchte im Rahmen des Gutachtens betreffend den Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, wie der praktizierte Vertrieb von Zeitschriften als Kommissionsmodell kartellrechtlich zu beurteilen ist.<sup>53</sup> Dabei setzte es sich rund vier Jahre nach dem Schlussbericht betreffend Costa Kreuzfahrten erneut mit der kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsvertreterverhältnissen auseinander. Grund für das Gutachten bildete der Umstand, dass Presseerzeugnisse aus dem europäischen Ausland in der Schweiz häufig zu einem höheren Preis als im Ursprungsland verkauft werden.<sup>54</sup>

[Rz 22] Der Vertrieb ausländischer Zeitschriften erfolgte gemäss Sachverhalt, wie er sich dem Sekretariat präsentierte, in der Schweiz über einen Pressegrossisten, welcher als Bindeglied zwischen den Verlagen (Hersteller der

Presseerzeugnisse) und den Verkaufsstellen (Vertrieb an den Endkunden) fungiert. Das Vertriebssystem zeichnete sich durch sechs Merkmale aus: (i) der Verlag bestimmt den Erstverkaufstag, den Angebotszeitraum sowie die Menge der Presseerzeugnisse (Dispositionsrecht); (ii) sowohl die Verkaufsstellen als auch der Grossist haben ein volles Rückgaberecht (Remissionsrecht); (iii) der Verkaufspreis wird vom Verlag festgesetzt (Preisbindung); (iv) die Zeitschriften gelangen ausschliesslich via Grossist in den Handel (Verwendungsbindung); (v) der Grossist verfügt über ein Auslieferungsmonopol für das Gebiet der Schweiz (Alleinlieferungsrecht) und (vi) der Grossist ist verpflichtet, im Rahmen bestehender Gesetze und ökonomischer Grundsätze für die Schweiz alle verkäuflichen Zeitschriften in das Sortiment aufzunehmen und gleich zu behandeln (Neutralität).<sup>55</sup> Basierend auf diesen Grundsätzen schliesst der Grossist mit den Verkaufsstellen Vertriebsverträge ab, die als Kommissionsverträge ausgestaltet sind, d.h. die Verkaufsstellen erhalten kein Eigentum an den Zeitschriften und verkaufen diese zwar im eigenen Namen aber auf Rechnung des Verlages.<sup>56</sup>

[Rz 23] Nachdem das Sekretariat sich im Gutachten zunächst in allgemeiner Weise zum Zeitschriftenvertrieb und zum Kommissionsgeschäft geäussert hatte,<sup>57</sup> diskutierte es in einem zweiten Schritt – wie bereits im Rahmen des Schlussberichts in Sachen Costa Kreuzfahrten – den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 1 bis KG). Dabei gelangte es zum Schluss, dass alle drei Akteure (Verlag, Grossist und Verkaufsstellen) als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts qualifizieren.<sup>58</sup> Da das Verhalten von Pressegrossisten in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand von Widerspruchsverfahren und einvernehmlichen Regelungen gewesen war, gelangte das Sekretariat zum Schluss, dass dieses Verhalten nicht der Grund für die Preisdifferenzen sein dürfte. Daher beschränkte sich das Sekretariat im Folgenden auf die Würdigung der Beziehung zwischen Verlag und Verkaufsstellen.<sup>59</sup>

[Rz 24] Anders als im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen Costa Kreuzfahrten angedeutet, würdigte das Sekretariat das Verhältnis zwischen Verlag und Verkaufsstellen auf Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG (Wettbewerbsabrede) und nicht erst von Art. 5 KG und prüfte insbesondere das Tatbestandelement des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsabrede.<sup>60</sup> In diesem Zusammenhang als relevant erachtete das Sekretariat die Frage, ob die Verkaufsstellen durch die Ausgestaltung des Zeitschriftenvertriebs als Kommissionsgeschäft auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten. Im Umstand, dass die Verkaufsstellen Zeitschriften nicht auf eigenes Risiko einkaufen, sah das Sekretariat einen Verzicht auf das für Detailhandelsunternehmen typische unternehmerische Risiko.<sup>61</sup>

[Rz 25] Anschliessend setzte sich das Sekretariat zunächst wiederum mit der EU-Praxis betreffend Handelsvertreterverhältnisse auseinander und gelangte zum Schluss, dass das Kriterium der Risikoverteilung auch für die Klärung der Frage heranzuziehen sei, ob aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos auf Seiten des Auftragnehmers bzw. Kommissionärs keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.<sup>62</sup> Des Weiteren anerkannte das Sekretariat auch, dass – anders als in der EU und im benachbarten Ausland – im Fall der Bejahung einer Wettbewerbsabrede kaum Möglichkeiten bestehen, den Besonderheiten eines Handelsvertreterverhältnisses im Rahmen von Art. 5 KG Rechnung zu tragen.<sup>63</sup>

[Rz 26] Zum Eingliederungskonzept und den diesbezüglich in der Vorabklärung Costa Kreuzfahrten geäusserten Unsicherheiten äusserte sich das Sekretariat nicht mehr. Zumal auch die Weko in ihrem Entscheid in Sachen Online-Buchungsplattformen für Hotels einzig auf den Risikoansatz verwies,<sup>64</sup> dürfte dem Kriterium der Eingliederung damit auch in der Schweiz keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen.

[Rz 27] Die Beurteilung des vorliegenden Falles fasste das Sekretariat schliesslich wie folgt zusammen: Falls die Verkaufsstellen aufgrund des von ihnen getragenen Risikos beim Vertrieb von Zeitschriften als eigenständige

wirtschaftliche Akteure anzusehen sind, würde das gelebte Kommissionsmodell als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifizieren. Die Frage, ob das Handelsvertreterprivileg zur Anwendung gelangt, liess das Sekretariat dann aber offen.<sup>65</sup> Aus dem Gutachten ergibt sich zudem nicht eindeutig, ob das Sekretariat bei der Prüfung der Risikoverteilung auf eine Gesamtbetrachtung abstellte oder für die Verneinung einer Wettbewerbsabrede vorausgesetzt hätte, dass sämtliche Kriterien gemäss den EU-Vertikal-Leitlinien erfüllt sind.<sup>66</sup> Zumindest anerkannt hat das Sekretariat die Möglichkeit, die Übernahme gewisser Risiken mittels einer Entschädigung bzw. im Rahmen der gewährten Handelsmarge abzugelten.<sup>67</sup>

### 3. Beratungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission

#### a. Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf<sup>68</sup>

[Rz 28] Gegenstand dieser Beratung rund fünf Jahre vor dem Schlussbericht in Sachen Costa Kreuzfahrten bildete die Frage, ob der Kommissionsagent unter dem vorgelegten Kommissionsagenturvertrag als «echter» Handelsvertreter<sup>69</sup> qualifiziert und ob das im EU-Recht statuierte Handelsvertreterprivileg auch im Rahmen des Schweizer Kartellrechts zur Anwendung gelangt. Anders als im Schlussbericht in Sachen Costa Kreuzfahrten und im Gutachten betreffend Vertrieb ausländischer Zeitschriften würdigte das Sekretariat das Kommissionsagenturverhältnis damals noch lediglich im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 bis KG. Dabei zog das Sekretariat ausschliesslich die Kriterien betreffend die geschäftliche Risikoverteilung der (damals noch geltenden) EU-Vertikal-Leitlinien 2000 heran und erachtete diese Kriterien bereits damals als analog in der Schweiz anwendbar.<sup>70</sup>

[Rz 29] Obschon der Kommissionsagent vertraglich zur Tragung von Lagerkosten und zu Investitionen in geschäftsspezifische Ausrüstung verpflichtet war, kam das Sekretariat zum Schluss, dass «*der Kommissionsagent in Bezug auf die Vertragswaren wirtschaftlich nicht unabhängig ist und somit kein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG darstellt, weshalb sein Vertrag mit der Auftraggeberin insoweit von der Geltung des Kartellgesetzes ausgenommen ist*». <sup>71</sup> Dabei stellte das Sekretariat zu Recht auf einen relativen, auf die konkret zu beurteilende Tätigkeit betreffend Vertrieb der Vertragsware, beschränkten Unternehmensbegriff ab und nahm den Kommissionsagenturvertrag nur «*insoweit von der Geltung des Kartellgesetzes*» aus.<sup>72</sup>

[Rz 30] Bemerkenswert ist zudem, dass das Sekretariat in Übereinstimmung mit der europäischen Gerichtspraxis die Sichtweise einer Gesamtbetrachtung der Risikoverteilung einnahm, indem es die (relative) Unternehmenseigenschaft trotz Übernahme gewisser Geschäftsrisiken durch den Kommissionsagenten verneinte. Zudem stellte das Sekretariat klar, dass ein formeller Eigentumsübergang infolge Tätigkeit des Kommissionsagenten im eigenen Namen irrelevant ist, solange das Vertriebsrisiko und insbesondere das Delkredererisiko beim Geschäftsherrn verbleibt.<sup>73</sup>

#### b. Beratung 54-0419 vom 31. August 2012: Logistikdienstleistungen<sup>74</sup>

[Rz 31] Anlässlich einer weiteren Beratung im Jahr 2012 in Zusammenhang mit Logistikdienstleistungen hat das Sekretariat trotz Übertragung des Eigentums und des Delkredererisikos vom Hersteller eines Produkts auf einen Logistikdienstleister nicht ausgeschlossen, dass das Handelsvertreterprivileg zur Anwendung kommen und aus diesem Grund keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen könnte.<sup>75</sup> Auf die Frage der Unternehmenseigenschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG ging das Sekretariat nicht ein, was allerdings der Beschränkung der Fragestellung im Rahmen der Beratung zuzuschreiben sein könnte.

[Rz 32] Als Begründung führte das Sekretariat unter Verweis auf die EU-Vertikal-Leitlinien 2010 aus, dass es nicht auf die rechtliche Erscheinungsform eines Vertragsverhältnisses ankomme, sondern vielmehr auf die Tatsache, wer das finanzielle oder geschäftliche Risiko trage. Grundsätzlich würden aufgrund von Übertragung von Eigentum und Delkredererisiko die Kriterien der EU-Vertikal-Leitlinien 2010 dafür sprechen, dass das Kartellrecht zur Anwendung gelangt. Trotzdem sei aber im Einzelfall zu prüfen, ob der Handelsvertreter die mit diesen Kriterien zusammenhängenden Risiken auch tatsächlich trägt, was im Falle einer bloss formellen Eigentumsübertragung und einer angemessenen Entschädigung für die Tragung des Delkredererisikos eben gerade nicht der Fall sein könnte.<sup>76</sup>

[Rz 33] Aus dem Beratungsschreiben nicht hervorgeht, ob eine mit einem Eigentumsübergang oder einer Übernahme eines Delkredererisikos tatsächlich verbundene Risikoübertragung einer Privilegierung in jedem Fall entgegensteht oder ob auch dann – wie in der Beratung aus dem Jahr 2008 angedeutet – stets noch eine Gesamtbetrachtung der Risikoverteilung vorzunehmen ist. Für eine Gesamtbetrachtungsweise könnte auch der Schlussbericht des Sekretariats vom 11. Mai 2015 zur Vorabklärung in Sachen Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG sprechen.<sup>77</sup>

### c. Beratung 54-0438 vom 26. Juni 2013: Agenturvertrag<sup>78</sup>

[Rz 34] In der Beratung vom 26. Juni 2013 setzte sich das Sekretariat in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Publikation des Schlussberichts in Sachen Costa Kreuzfahrten mit der Beurteilung von Agenturverträgen für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen auseinander. Einleitend hielt das Sekretariat erneut fest, dass die europäischen Grundlagen betreffend Handelsvertreterverhältnisse in der Schweiz analog zur Anwendung kommen, allerdings unter Berücksichtigung der schweizerischen Besonderheiten. Verteilung und Ausmass des geschäftlichen Risikos müsse im Einzelfall abgewogen werden. Zudem müsse insbesondere Beschränkungen betreffend Verkaufsgebiete und Kunden Rechnung getragen werden, und es sei sicherzustellen, dass Agenturverträge nicht zur Umgehung des Kartellgesetzes eingesetzt werden.<sup>79</sup> Ob dem Vorliegen eines Handelsvertreterverhältnisses auf Stufe von Art. 2 Abs. 1 bis KG oder Art. 4 Abs. 1 KG Rechnung zu tragen ist, liess das Sekretariat offen.

[Rz 35] Mit Bezug auf das aus Sicht des Sekretariats für die Qualifizierung von Handelsvertreterverhältnissen entscheidende Kriterium der Risikoverteilung im Sinne der EU-Praxis stellte das Sekretariat fest, dass dieses *«grundsätzlich analog, allerdings nicht ausschliesslich, auch für die Beurteilung einer Anwendung des Kartellgesetzes auf Agenturverträge herangezogen werden [könne]*» (Hervorhebung hinzugefügt).<sup>80</sup> Es äusserte sich allerdings nicht dazu, welche anderen Kriterien zu berücksichtigen sind. Insofern könnte hiermit wieder auf das Kriterium der Eingliederung Bezug genommen worden sein, was allerdings in Widerspruch zur aktuellsten Praxis stehen würde.

[Rz 36] Die Möglichkeit einer Vorgabe der Verkaufspreise durch den Auftraggeber scheint das Sekretariat in der damaligen Beratung an die Bedingungen geknüpft zu haben, dass das zu vertreibende Produkt im Eigentum des Auftraggebers bleibt und der Agent auf Rechnung des Auftraggebers und in dessen (fremdem) Namen handelt. Zudem müsse es dem Agenten stets möglich sein, Preisreduktionen zu Lasten der eigenen Provision zu gewähren.<sup>81</sup> Diesbezüglich zu kritisieren ist insbesondere, dass das Sekretariat eine Privilegierung des Agenturverhältnisses an ein Tätigwerden im Namen des Auftraggebers knüpfte. Diese Auffassung steht nicht nur in Widerspruch zur Rechtslage in der EU, sondern auch zur (mehrheitlichen) sonstigen Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden.<sup>82</sup> Damit zusammenhängend ebenfalls abzulehnen ist die Sichtweise, wonach der Eigentumsübergang in jedem Fall zum Verlust einer privilegierten kartellrechtlichen Behandlung führt. Wie vom Sekretariat bei anderer Gelegenheit festgestellt, sollte zumindest einer bloss formellen Eigentumsübertragung keine Bedeutung beigemessen werden.<sup>83</sup> Was die Möglichkeit einer Preisreduktion zu Lasten der eigenen



Provision anbelangt kann auf die nachfolgenden Ausführungen zur Beratung 54-0444 des Sekretariats verwiesen werden: Sofern ein Handelsvertreterverhältnis im Sinne der EU-Praxis vorliegt, sollte ein solches Verbot der Preisreduktion einer Qualifizierung als Handelsvertreterverhältnis nicht entgegenstehen.<sup>84</sup>

[Rz 37] Die weitere Frage im Rahmen der Beratung, ob durch eine Verpflichtung zur Tätigkeit von Investitionen und Marketingmassnahmen entstehende Kosten über Provisionszahlungen ausgeglichen werden können, musste das Sekretariat mangels Angaben zum Anteil der Kompensation für diese Kosten an der gesamten erhaltenen Provision offenlassen. Zumindest sprach sich das Sekretariat damit aber erneut im Grundsatz dafür aus, dass übertragene Risiken bzw. Kosten mit einer angemessenen Entschädigung kompensiert werden können.<sup>85</sup> Ebenfalls zu begrüssen ist, dass das Sekretariat bei der Beurteilung Risiken mit Bezug auf eine Tätigkeit des Agenten auf einem anderen sachlich relevanten Markt (Reparaturmarkt) ausser Acht gelassen hat.<sup>86</sup>

#### **d. Beratung 54-0444 vom 19. August 2013: Provisionsweitergabeverbot von Handelsvertretern<sup>87</sup>**

[Rz 38] Die Beratung in Sachen Provisionsweitergabeverbot von Handelsvertretern datiert rund eine Woche vor Publikation des Schlussberichts zur Vorabklärung betreffend Costa Kreuzfahrten. Gegenstand der Beratungsanfrage war lediglich, ob der Auftraggeber seinem Agenten verbindliche Preisvorgaben machen und Preisreduktionen zu Lasten der eigenen Provision verbieten darf.

[Rz 39] Im äusserst kurz gefassten Beratungsschreiben stellte das Sekretariat zunächst fest, dass mangels Spezialregelung in der Schweiz stets eine einzelfallbezogene Beurteilung unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten in der Schweiz vorzunehmen sei. Die Zulässigkeit des Provisionsweitergabeverbots schien das Sekretariat dann aber trotzdem davon abhängig zu machen, ob das betreffende Handelsvertreterverhältnis die Voraussetzungen für eine Privilegierung unter dem Recht der EU erfüllen würde.

[Rz 40] Dem Ansatz der Einzelfallbeurteilung ist insofern zuzustimmen, als in der Tat jeweils anhand der konkreten Risikoverteilung zu prüfen ist, ob das Kartellgesetz auf das konkret zu beurteilende Handelsvertreterverhältnis Anwendung findet bzw. die Vereinbarung zwischen Geschäftsherr und Handelsvertreter als Wettbewerbsabrede qualifiziert. Sofern jedoch aufgrund der konkreten Risikoverteilung das Handelsvertreterprivileg zur Anwendung gelangt, bleibt – abgesehen vom bereits erwähnten und in der EU ebenfalls vorgesehenen Fall der missbräuchlichen Verwendung des Instituts – kein Raum mehr für eine Einzelfallbeurteilung: Im Fall einer Privilegierung ist die Vorgabe eines Weiterverkaufspreises integral und damit eben auch ein Provisionsweitergabeverbot von einer Beurteilung unter dem Kartellgesetz ausgenommen. Entsprechend ist auch in der EU das Verbot einer Provisionsweitergabe nur im Rahmen von Handelsvertreterverhältnissen unzulässig, welche in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV fallen.<sup>88</sup>

## **IV. Abschliessende Bemerkungen**

[Rz 41] Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden, insbesondere des Sekretariats, zum kartellrechtlichen Umgang mit Handelsvertreterverhältnissen bzw. mit Vertragsverhältnissen unter Schweizer Recht, welche mit dem europäischen Konzept des Handelsvertreters vergleichbar sind, ist uneinheitlich.

[Rz 42] Unterschiedlich beantwortet hat das Sekretariat in der Vergangenheit bereits die Frage, auf welcher Prüfstufe eines Abredetatbestandes die Besonderheiten einer Tätigkeit auf Rechnung eines anderen Unternehmens zu berücksichtigen sind. Auch wenn im Rahmen einer Prüfung von Art. 4 Abs. 1 **KG** (Wettbewerbsabrede)

allenfalls mehr Flexibilität besteht als auf der Ebene des persönlichen Anwendungsbereiches des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 1 <sup>bis</sup> KG), ist letzten Endes weniger entscheidend, an welcher Stelle geprüft wird, sondern dass für die Frage der Privilegierung ausschliesslich auf die Tätigkeit des Handelsvertreters auf dem Markt für die Produkte des Auftraggebers und nicht auch auf anderen Märkten wie dem Markt für Vermittlungsdienste abgestellt wird. Tritt der Handelsvertreter auf dem Produktmarkt nicht als eigenständiger Marktteilnehmer, sondern lediglich als verlängerter Arm des Geschäftsherrn auf, so kann diesem Umstand sowohl bei Art. 2 Abs. 1 <sup>bis</sup> KG (fehlende relative Unternehmenseigenschaft) als auch Art. 4 Abs. 1 KG (keine den Wettbewerb beschränkende Abrede) Rechnung getragen werden.<sup>89</sup>

[Rz 43] Mit einem Bekenntnis zu einer differenzierten Sichtweise auf die verschiedenen Tätigkeiten eines Handelsvertreters (bzw. Agenten oder Kommissionärs) kann auch der Konstellation sachgerecht begegnet werden, in welcher der Handelsvertreter gleichzeitig für mehrere Auftraggeber tätig ist. Dieser Umstand ist dann – vorbehaltlich einer missbräuchlichen Verwendung des Instituts des Handelsvertreters – nämlich irrelevant. Kritischer zu beurteilen ist die Konstellation einer gleichzeitigen Tätigkeit des Handelsvertreters als Eigenhändler (sog. Handelsvertreter mit Doppelprägung). Diese Doppelrolle sollte allerdings nur dann zu einem Verlust der kartellrechtlichen Sonderbehandlung führen, wenn die Tätigkeit als Eigenhändler vom Auftraggeber verlangt wird und dasselbe Produkt des Auftraggebers betrifft, das vom Vertreter gleichzeitig auf Rechnung des Auftraggebers vertrieben wird.<sup>90</sup>

[Rz 44] Aufgrund der jüngsten Praxis des Sekretariats und dem Urteil der Weko in Sachen Online-Buchungsplattformen für Hotels mittlerweile geklärt scheint hingegen, dass für eine Qualifizierung als Handelsvertreterverhältnis ausschliesslich auf die Verteilung der geschäftlichen und finanziellen Risiken zwischen Geschäftsherr und Handelsvertreter und nicht (auch) auf eine Eingliederung des Handelsvertreters in das Unternehmen des Geschäftsherrn abzustellen ist. Zu begrüssen ist auch, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden in Übereinstimmung mit der europäischen Gerichtspraxis eine Gesamtbeurteilung der Risikoverteilung vorzunehmen scheinen.

[Rz 45] Klar abzulehnen ist hingegen die in gewissen Stellungnahmen des Sekretariats vertretene Position, wonach der Handelsvertreter für eine Privilegierung nicht nur auf Rechnung, sondern auch im Namen des Geschäftsherrn tätig sein muss bzw. dass ein rein formeller Eigentumsübergang zum Verlust der Privilegierung führt. Diese Sichtweise steht nicht nur in Widerspruch zur Praxis in der EU, sondern würde auch dazu führen, dass die obligationenrechtlich vorgesehene Möglichkeit des Auftraggebers, den Verkaufspreis für das vermittelte Produkt bzw. die vermittelte Dienstleistung auch dem im eigenen Namen (und auf fremde Rechnung) tätigen Auftragnehmer vorzugeben, mit einem Sanktionsrisiko verbunden wäre. Demgegenüber wiederum zu begrüssen sind die Hinweise in der bisherigen Praxis, wonach auch in der Schweiz die Übertragung gewisser Risiken wie des Delkredererisikos durch angemessene Entschädigung kompensiert werden können.

[Rz 46] Abzulehnen ist auch der Ansatz, einerseits ein Verhältnis im Grundsatz zu privilegieren, das Kartellgesetz auf gewisse Vertragsklauseln wie Abreden über Gebietsschutz oder Preisabreden mit dem Argument der Umgehung dann aber doch wieder zur Anwendung zu bringen. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden werden – auch im Kontext von Handelsvertreterverhältnissen – insbesondere Gebietsabreden kritisch beurteilt, vor allem wenn das gesamte Territorium der Schweiz betroffen ist. Dies ist inkonsequent, da eine Abrede unabhängig von deren Inhalt nicht zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen kann, wenn der Handelsvertreter auf dem relevanten Produktmarkt nicht als selbstständiger Marktteilnehmer mit entsprechendem Risiko agiert. Der Umgehungstatbestand sollte, wie in der EU, auf eine Verhaltenskoordination auf Stufe Auftraggeber beschränkt werden.

[Rz 47] Bei Vorliegen eines Handelsvertreterverhältnisses im Sinne der EU-Praxis und entsprechender Risikotragung durch den Geschäftsherrn sollte schliesslich nicht nur die Vorgabe des Verkaufspreises durch den Geschäftsherrn an sich, sondern stets auch das Verbot einer Senkung des Weiterverkaufspreises durch den Handelsvertreter mittels Weitergabe eines Teils seiner Provision zulässig sein. Letzteres wird in der EU zu Recht nur dann als unzulässig erachtet, wenn das konkrete Handelsvertreterverhältnis aufgrund des Umfangs der übertragenen Risiken nicht in den Genuss des Handelsvertreterprivilegs kommt.

---

MARQUARD CHRISTEN, ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS von Erlach Poncet AG und spezialisiert auf Kartell- und Vergaberecht.

HADI MIRZAI, ist Anwaltspraktikant bei CMS von Erlach Poncet AG und schwergewichtig im Kartellrecht tätig. Zuvor arbeitete er während rund eineinhalb Jahren beim Sekretariat der Wettbewerbskommission.

- 
- 1 Vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen ([2010/C 130/01](#)) vom 19. Mai 2010 («EU-Vertikal-Leitlinien 2010»), N 12; Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 145.
  - 2 VOLKER EMMERICH, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 5. Auflage, München 2012 («Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1»), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 186; EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 18 f.
  - 3 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 18; HANNO WOLLMANN/ANDREA HERZOG, in: Joachim Bornkamm/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2015, Art. 101 AEUV N 303; FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition Law, 2. Auflage, Oxford 2011, N 6.119.
  - 4 Vgl. auch WIJCKMANS/TUYTSCHAEVER (Fn 3), N 6.107.
  - 5 [RPW 2016/1](#), Online-Buchungsplattformen für Hotels, 67 ff., N 97 ff. (vgl. hierzu Rz. 26 und Fn 64 unten).
  - 6 Vgl. hierzu MARQUARD CHRISTEN, in: Michael Tschudin (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2018, S. 117 ff. und Rz. 28 ff unten.
  - 7 Vgl. hierzu Rz. 13 ff unten.
  - 8 Vgl. hierzu Rz. 24 ff unten.
  - 9 Siehe auch Erwägungsgrund VIII Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (Vertikalbekanntmachung; [BBI 2010 5078](#) ff.); vgl. auch [RPW 2016/1](#), Online-Buchungsplattformen für Hotels, 67 ff., N 98.
  - 10 Vgl. CHRISTEN (Fn 6), S. 117 ff.
  - 11 Vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ([2000/C 291/01](#)) vom 13. Oktober 2000 (EU-Vertikal-Leitlinien 2000), welche noch zwischen «echten» Handelsvertreterverhältnissen, welche die Voraussetzungen für eine Privilegierung erfüllen, und «unechten» Handelsvertreterverhältnissen unterschieden. In den EU-Vertikal-Leitlinien 2010 ist nur noch von Handelsvertreterverträgen die Rede, welche der Definition in den EU-Vertikal-Leitlinien 2010 entsprechen (N 18) bzw. für die Zwecke der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV als Handelsvertretervertrag qualifizieren (N 49). Auch das EuG verwendet die alte Terminologie in der jüngeren Rechtsprechung nicht mehr (vgl. Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 145).
  - 12 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 19; Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006, N 62. Allerdings ist die Zuordnung einer Abrede bzw. eines mit der Abrede verbundenen Risikos zum einen oder anderen Markt nicht immer eindeutig (siehe JÖRG SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen: Praxiskommentar, 3. Auflage, Heidelberg 2011, N 275).
  - 13 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 13 ff.; Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008, N 36. Vgl. auch Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006, N 43 ff., wo zwar neben der Risikoverteilung das Kriterium der Eingliederung in das Unternehmen des Auftraggebers noch erwähnt, die inhaltliche Prüfung aber auf eine Analyse der Risikoverteilung beschränkt wurde (vgl. hierzu Rz. 11 und 14); so auch Urteil des EuGH [T-325/01 DaimlerChrysler](#) vom 15. September 2005, N 118 und Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 138 ff. und 142 ff.
  - 14 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung ([2012/C 326/01](#)) 47 ff.
  - 15 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 15 und 18; Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006, N 44 und 61 f.; Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008, N 40 f.
  - 16 Vgl. Fn 1.
  - 17 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 18.
  - 18 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 17 und 21.

- 19 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 14 und 16. Im Gegensatz zur dritten Risikogruppe sind Risiken in Zusammenhang mit einer Tätigkeit des Handelsvertreters auf einem anderen sachlich relevanten Markt für die Frage, ob Art. 101 AEUV auf das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter anwendbar ist, irrelevant (vgl. auch Urteil des EuGH [T-325/01 DaimlerChrysler](#) vom 15. September 2005, N 113; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER [Fn 12], N 320). Die alten EU-Vertikal-Leitlinien erwähnten demgegenüber als Beispiel für eine zu berücksichtigende Risikoübernahme noch die Erbringung von Kunden-, Reparatur- oder Garantiedienstleistungen durch den Handelsvertreter (N 16, vierter Spiegelstrich der EU-Vertikal-Leitlinien 2000 [Fn 11]).
- 20 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 17 und 21, wobei die Liste der Risiken in N 16 nicht abschliessend ist (siehe N 17 Satz 1); vgl. aber immerhin N 17 Satz 3, wonach die Frage des Risikos im Einzelfall zu prüfen ist.
- 21 Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 146 («*das wirtschaftliche Risiko der [...] ausgehandelten Verträge trägt also im Wesentlichen der Geschäftsherr und nicht dessen Handelsvertreter*»); Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008, N 44 («*wenn der [Handelsvertreter] in einem nicht unerheblichen Umfang eines oder mehrere finanzielle und kommerzielle Risiken im Zusammenhang mit dem Verkauf dieser Erzeugnisse an Dritte trägt*»). Relativ weitgehend das Urteil des EuGH [T-325/01 DaimlerChrysler](#) vom 15. September 2005, wo u.a. die Auferlegung des Transportkostenrisikos und eine Verpflichtung zum Erwerb von Vorführgewinnen nicht zur Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV führten (T-325/01, N 104 ff.). Vgl. auch FELIX MICHAEL KLEMENT, Warum es kein Handelsvertreterprivileg gibt, in: WuW 1/2016, 15 ff.
- 22 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 16 lit. a, f und g; WOLLMANN/HERZOG (Fn 3), Art. 101 AEUV N 300; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 12), N 295 und 298.
- 23 Entscheidung der Kommission vom 23. November 1972 über ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags ([72/403/EWG](#)), *Pittsburgh Corning Europe*, N 35; Urteil des EuGH, [311/85 Vereniging Vlaamse Reisbureaus](#) vom 1. Oktober 1987, N 20; Urteil des EuGH [C-266/93 VAG Leasing](#) vom 24. Oktober 1995, N 19, wo allerdings der Fokus bereits auf die Risikoverteilung gelegt wurde; vgl. auch WIJCKMANS/TUYTSCHAEVER (Fn 3), N 6.105 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.
- 24 Entscheidung der Kommission vom 2. Januar 1973 betreffend ein Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags ([73/109/EWG](#)), *Europäische Zuckerindustrie*, N 4; Urteil des EuGH, [311/85 Vereniging Vlaamse Reisbureaus](#) vom 1. Oktober 1987, N 20; IOANNIS LIANOS, Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints, and the Limits of Article 81 (1) EC: Between Hierarchies and Networks, *Journal of Competition Law and Economics* 2007, 633 f.
- 25 Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 145 138 und 158; Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008, N 40; Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006, N 62 43 ff.; Urteil des EuGH [T-325/01 DaimlerChrysler](#) vom 15. September 2005, N 118; vgl. auch KLEMENT (Fn 21) 15 f. und REMHARD ELLGER, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art. 2 Vertikal-GVO N 25.
- 26 Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006, N 40, 44 und 62; Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008, N 42 und 48; Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 160; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 12), N 274.
- 27 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 13; Urteil des EuGH [T-418/10 voestalpine](#) vom 15. Juli 2015, N 145, Rz. 149 ff., insbesondere N 160; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 12), N 277 f. Zur Konstellation der gleichzeitigen Tätigkeit des Handelsvertreters als Eigenhändler vgl. Rz. 14 und 43.
- 28 Vgl. hierzu CHRISTEN (Fn 6), S. 117 ff.
- 29 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff.
- 30 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., N 17.
- 31 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., N 18 ff.
- 32 Vgl. hierzu Rz.10 oben.
- 33 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., N 28 ff.
- 34 Urteil des EuGH [C-279/06 CEPSA](#) vom 11. September 2008.
- 35 Urteil des EuGH [C-217/05 CEEES](#) vom 14. Dezember 2006.
- 36 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., FN 41.
- 37 WULF-HENNING ROTH/THOMAS ACKERMANN, in: Wolfgang Jaeger/Petra Pohlmann/Dirk Schroeder (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. VI, Lfg. 73, Köln 2011, Art. 81 Abs. 1 EG N 76.
- 38 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, [BBl. 1995, 495](#): «*Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das Postulat der Europaverträglichkeit weitgehend verwirklicht werden konnte.*» (Hervorhebung hinzugefügt)
- 39 Vgl. bspw. [BGE 143 II 297](#) E. 5.3.4 und im Kontext von Handelsvertreterverhältnissen insbesondere ([RPW 2016/1](#)), Online-Buchungsplattenformen, 67 ff., N 98 ff.; CHRISTEN (Fn 6), N 4 und 21 ff. der Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf.
- 40 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 478 ff., N 32 ff.; vgl. auch [RPW2016/1](#), Online-Buchungsplattformen für Hotels, 67 ff., N 98.
- 41 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., N 39 ff.
- 42 CHRISTEN (Fn 6), N 19 f. und 66.
- 43 CHRISTEN (Fn 6), N 20 und 66.
- 44 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 478 ff., N 49 f. und 55 ff.
- 45 CHRISTEN (Fn 6), N 22.

- 46 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 478 ff., N 64; vgl. demgegenüber MANI REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar SHK, Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, Art. 5 [KG](#) N 30, wonach dem Verhältnis zwischen Prinzipal und Agent bzw. Kommissionär unter Art. 4 Abs. 1 [KG](#) Rechnung zu tragen ist.
- 47 CHRISTEN (Fn 6), N 23.
- 48 [RPW 2013/4](#), Costa Kreuzfahrten, 476 ff., N 65.
- 49 EU-Vertikal-Leitlinien 2010 (Fn 1), N 12; vgl. diesbezüglich auch die obligationenrechtliche Regelung der Kommission, wonach der Kommissionär zwar auf Rechnung des Kommittenten aber in eigenem Namen tätig wird (Art. 425 Abs. 1 [OR](#)).
- 50 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen ([ABI. 2010 L 102/1 ff.](#)).
- 51 Vgl. hierzu Rz. 26, 40 und 47.
- 52 CHRISTEN (Fn 6), N 25 und 53.
- 53 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff.
- 54 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 1 ff.
- 55 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 8 f.
- 56 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 11.
- 57 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 14 ff. Dabei setzte sich das Sekretariat auch mit dem Kommissionsgeschäft gemäss dem Obligationenrecht auseinander, vgl. hierzu N 21 ff.
- 58 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 28. Für die Kritik an einem «absoluten» Unternehmensbegriff im Kontext von Handelsvertreterverhältnissen wird auf die Ausführungen in Rz. 16 oben und Rz. 42 unten verwiesen.
- 59 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 17 ff.
- 60 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 40 ff.; N 45 ff.
- 61 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 44 f.
- 62 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 48 ff.
- 63 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 57.
- 64 [RPW 2016/1](#), Online-Buchungsplattenformen für Hotels, 67 ff., N 98. Anzumerken ist, dass die Weko in ihrer Verfügung den Vorbehalt anbrachte, dass es in der Schweiz im Gegensatz zur EU keine besonderen Bestimmungen betreffend Handelsvertreterverhältnisse gebe, die Regelung in der EU aber analog, im Grundsatz und im Rahmen einer Einzelfallprüfung übernommen werden könne (N 98; zur Kritik am Ansatz der Einzelfallprüfung vgl. CHRISTEN [Fn 6], N 4).
- 65 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 50 ff.
- 66 Vgl. insbesondere [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 50, 58 und 65, wobei der Wortlaut von Rz. 65 für eine Gesamtbetrachtung zu sprechen scheint.
- 67 [RPW 2017/4](#), Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz, 696 ff., N 51.
- 68 Beratung publiziert und kommentiert in CHRISTEN (Fn 6), S. 117 ff.
- 69 Die damals geltenden EU-Vertikal-Leitlinien 2000 unterschieden noch zwischen echten und unechten Handelsvertretern (vgl. Fn 11 oben).
- 70 CHRISTEN (Fn 6), N 28 der Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf.
- 71 CHRISTEN (Fn 6), N 28 der Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf.
- 72 CHRISTEN (Fn 6), N 30 der Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf.
- 73 CHRISTEN (Fn 6), N 51 der Beratung 54-0331 vom 10. Oktober 2008: Kommissionsagenturvertragsentwurf; CHRISTEN (Fn 6), N. 30 ff.
- 74 Beratung publiziert und kommentiert in CHRISTEN (Fn 6), N 34 ff.
- 75 CHRISTEN (Fn 6), N 3 der Beratung 54-0419 vom 31. August 2012: Logistikdienstleistungen.
- 76 CHRISTEN (Fn 6), N 37 f.
- 77 CHRISTEN (Fn 6), N 40 ff.
- 78 Beratung publiziert und kommentiert in CHRISTEN (Fn 6), N 43 ff.
- 79 Zur Frage der Umgehung vgl. Rz. 20 oben und Rz. 46 unten.
- 80 CHRISTEN (Fn 6), N 2 der Beratung 54-0438 vom 26. Juni 2013: Agenturvertrag.
- 81 CHRISTEN (Fn 6), N 49.
- 82 Vgl. hierzu Rz. 22 und Rz. 30 oben sowie die Kritik in Rz. 45.
- 83 Vgl. hierzu Rz. 30 und Rz. 32 oben.
- 84 Vgl. Rz. 39 f. unten; zur Rechtslage in der EU vgl. Rz 19 oben.
- 85 Vgl. hierzu bereits Rz. 27 und 32 oben; zur Rechtslage in der EU vgl. Rz. 9 oben.
- 86 Vgl. hierzu Rz. 16 oben und Rz. 42 unten.
- 87 Beratung publiziert und kommentiert in CHRISTEN (Fn 6), N 61 ff.
- 88 Vgl. hierzu Rz. 19 oben.

- 89 Gemäss Ansicht der Autoren ZIRLICK und BANGETER im jüngst erschienen DIKE Kommentar sollte den Besonderheiten eines Handelsvertreterverhältnisses zwar nicht auf Stufe Art. 2 Abs. 1 bis KG, der Frage der Selbstständigkeit der Unternehmen aber im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG Rechnung getragen werden. Die Autoren begründen ihre Ansicht damit, dass der Handelsvertreter zwar ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG sein könne, weshalb er grundsätzlich dem KG unterstellt ist, *«nicht jedoch ein eigenständiges Unternehmen auf gleicher oder verschiedener Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf das von potenziellen Abrede betroffene Gut.»* (SIMON BANGETER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), Kartellgesetz, DIKE Kommentar, Zürich 2018, Art. 4 Abs. 1 KG N 24).
- 90 SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 12), N 321; EU-Vertikal-Leitlinien, N 16 lit. g; STEFAN NOLTE, in: Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 13. Auflage, München 2018, Art. 101 AEUV N 697; WIJCKMANS/TUYTSCHAEVER (Fn 3), N 6.114.