

WEKO Y.-Agenturverträge vom 3. September 2024

WEKO, 2024-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Y.-Agenturvertr_ge

FR: WEKO Y.-Agenturverträge du 3 septembre 2024

IT: WEKO Y.-Agenturverträge del 3 settembre 2024

Erwägungen

E. 20

Kraftfahrzeuganbieterinnen (d. h. Herstellerinnen und Importeurinnen von Kraftfahrzeugen²⁴) steht es frei, den Vertrieb ihrer Waren und Dienstleistungen innerhalb der rechtlichen Schranken nach eigenem Ermessen zu gestalten. Sie können sich für eine vertikale Integration entscheiden und ihre Waren und Dienstleistungen direkt an Konsumentinnen oder Konsumenten verkaufen. Sie können auch auf unabhängige Händler zurückgreifen, wofür verschiedene Vertriebssysteme (wie der Alleinvertrieb²⁵ oder der Selektivvertrieb²⁶) zur Verfügung stehen.²⁷

E. 21

Im Kraftfahrzeugbereich in der Schweiz ist der Vertrieb über unabhängige Händler (nachfolgend: Händlermodell) verbreitet. Händler treten gegenüber den Kraftfahrzeuganbieterinnen als unabhängige Unternehmen auf dem Markt auf, erwerben Eigentum an den Vertragsprodukten und veräußern diese unter Tragung der vertrags- und marktspezifischen Kosten und Risiken weiter.²⁸

E. 22

Act. 105.

E. 23

Act. 106.

E. 24

Vgl. Art. 1 lit. b Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im

Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

E. 25

Alleinvertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen die Anbieterin ein Gebiet oder eine Kunden-

gruppe sich selbst oder höchstens fünf Abnehmerinnen exklusiv zuweist und allen anderen Abnehmerinnen Beschränkungen in Bezug auf den aktiven Verkauf in das exklusiv zugewiesene Gebiet oder an die exklusiv zugewiesene Kundengruppe auferlegt; vgl. Art. 4 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

E. 26

Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Ver-

tragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind; vgl. Art. 5 VertBek.

E. 27

Vgl. Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschrän-

kungen, ABI, C 248/01 vom 30.6.2022 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 115 f.

E. 28

EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 30, 33.

E. 29

EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 29–46.

6 zu einer weitgehenden vertikalen Integration. Die vorliegende Vorabklärung betrifft den Vertrieb über echte Agenten.

23. Echte Agenten treten auf dem Markt als Vertreter der Kraftfahrzeuganbieterinnen auf. Sie sind im Gegensatz zu Händlern in Bezug auf den Kraftfahrzeugvertrieb keine unabhängigen Unternehmen, erwerben grundsätzlich kein Eigentum an den Vertragsprodukten und veräussern diese im Auftrag der Kraftfahrzeuganbieterin, wobei diese sämtliche wesentlichen finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken trägt (Rz 78 ff.).³⁰ Der Vertrieb im Agenturmodell ist ein Direktvertrieb der Kraftfahrzeuganbieterin. Die Kraftfahrzeuganbieterin darf die Geschäftsstrategie der Agenten, einschliesslich der Verkaufspreise, vorgeben.³¹

B.1.2 Gegenwärtiger Vertrieb im Händlermodell

24. X. vertreibe Y.-Neufahrzeuge in der Schweiz gegenwärtig im Selektivvertrieb über Y.-Händler.³² Sie vertreibe sodann Y.-Teile in der Schweiz im Selektivvertrieb über Y.-Händler und Servicewerkstätten (nachfolgend: Y.-Servicewerkstätten).³³ Y.-Händler seien stets auch Y.-Servicewerkstätten, Y.-Servicewerkstätten jedoch nicht notwendigerweise auch Y.-Händler.³⁴

B.1.3 Geplanter Vertrieb im Agenturmodell

B.1.3.1 Y.-Agenturmodell

B.1.3.1.1. Allgemeine Regelung

25. X. beabsichtige, Y.-Fahrzeuge und Y.-Teile in der Schweiz inskünftig im Agenturmodell zu vertreiben.³⁵ Dazu sollen diejenigen Y.-Händler, welchen X. einen Y.-Agenturvertrag anbiete und welche diesen unterzeichneten, Y.-Fahrzeuge inskünftig als Y.-Agenten vertreiben.³⁶

26. Die Umstellung vom Händlermodell auf das Agenturmodell in der Schweiz [...]. Gemäss X. haben sämtliche als Y.-Agenten vorgesehenen Y.-Händler dem Y.-Agenturvertrag zugestimmt.³⁷

27. Daneben sei vorgesehen, dass Y.-Agenten, die auch Fahrzeuge der Marke X. (nachfolgend: X.-Fahrzeuge) führen, solche weiterhin im Händlermodell vertreiben, bis – voraussichtlich im Jahr [...] – auch für diese die Umstellung auf das Agenturmodell erfolge.³⁸

B.1.3.1.2. Leasingfahrzeuge

28. Unter dem gegenwärtigen Händlermodell (Rz 24) würden die Y.-Händler die Leasingvermittlung dahingehend betreiben, dass sie Angebote von R. führen und jährlich neu entscheiden könnten, ob sie dies für die jeweils im folgenden Kalenderjahr vermittelten

E. 30

EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 29–46.

E. 31

Vgl. EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 41 f.

E. 32

Act. 1, S. 4.

E. 33

Y. Händlervertrag [...], Ziff. 1.1 und Anlage 10 Ziff. 1.1.

E. 34

Act. 1, S. 2; act. 8, S. 3. [...].

E. 35

Act. 1, S. 1. Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Vertragsware» und Ziff. 1.1.

E. 36

Act. 1, S. 23. [...] gegenwärtige Y.-Händler hätten keinen Y.-Agenturvertrag angeboten erhalten

(act. 1, S. 17).

E. 37

Act. 11, S. 2; act. 53, S. 3. Gemäss X. ist das Agenturmodell in [...], [...] und [...] bereits erfolgreich

angelaufen (act. 99, S. 11); vgl. auch Rz 16.

E. 38

Act. 1, S. 1; act. 4, S. 3.

7 Leasingfahrzeuge erneut tun wollen.³⁹ Kaufverträge über Leasingfahrzeuge kämen zwischen dem jeweiligen Y.-Händler (Verkäufer) und R. (Käuferin) zustande.⁴⁰

29. Unter dem Agenturmodell stehe es den Y.-Agenten ebenfalls frei, die Leasingvermittlung anzubieten.⁴¹ Gegebenenfalls kämen Kaufverträge zwischen X. (Verkäuferin) und R. (Käuferin) zustande.⁴² Es stehe den Y.-Agenten zudem frei, mit Leasinggesellschaften ausserhalb der X.-Gruppe zusammenzuarbeiten.⁴³

B.1.3.1.3. Gebrauchtfahrzeuge

30. Gemäss einer ersten Fassung des Y.-Agenturvertrags ([...]) sollte der Y.-Agenturvertrag für sämtliche Y.-Gebrauchtfahrzeuge im Eigentum von Gesellschaften der X.-Gruppe gelten. Für Y.-Gebrauchtfahrzeuge hätten damit die gleichen Regeln gegolten wie für Y.-Neufahrzeuge, wobei (anders als für Y.-Neufahrzeuge) der parallele Handel mit Y.-Gebrauchtfahrzeugen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zulässig geblieben wäre.⁴⁴

31. Gemäss der zweiten Fassung des Y.-Agenturvertrags ([...]; Fn 1) wurde dessen Anwendungsbereich auf Y.-Gebrauchtfahrzeuge mit einem Alter von maximal [...] Monaten seit der Erstzulassung (nachfolgend: [junge Gebrauchtfahrzeuge]) begrenzt.⁴⁵ X. erläuterte, dass es dabei um Fahrzeuge gehe, bei denen die Halterin oder der Halter einen Leasingvertrag abgeschlossen habe, ihren oder seinen Verpflichtungen aber nicht habe nachkommen können. X. relativierte den Vertragstext sodann dahingehend, dass Y.-Gebrauchtfahrzeuge «[d]erzeit» nicht als Vertragsware gemäss Y.-Agenturvertrag vorgesehen seien und für sie ein Verkauf mittels [...] vorgesehen sei. Einzig für gebrauchte Dienstwagen sei der Vertrieb gemäss Y.-Agenturvertrag geplant.⁴⁶

32. Viele Gebrauchtfahrzeuge seien Leasingrückläufer, die von Endkundinnen oder Endkunden vorzeitig oder zum Vertragsende zurückgegeben wurden. Unter dem Y.-Agenturmottol könnten Y.-Agenten, welche die Leasingvermittlung anbieten (Rz 29), mit X. eine sog. Ankaufvereinbarung abschliessen. Danach seien sie verpflichtet, vermittelte Leasingfahrzeuge am Ende der Leasingdauer auf Anforderung von R. als Gebrauchtfahrzeuge anzukaufen (nachfolgend: Ankaufvereinbarung).⁴⁷ Der Ankaufpreis werde durch ein unabhängiges Bewertungsinstitut bestimmt. Sogenannte Härtefallklauseln würden das Absatz- und Vermarktungsrisiko der Y.-Agenten absichern. Der Vertrag könne durch die Y.-Agenten einmal jährlich gekündigt werden.⁴⁸

E. 39

Act. 1, S. 2.

E. 40

Act. 1, S. 7.

E. 41

Act. 1, S. 5, 21.

E. 42

Act. 1, S. 7.

E. 43

Act. 1, S. 2.

E. 44

Act. 1, S. 19.

E. 45

Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Y. Gebrauchtfahrzeuge».

E. 46

Act. 7, S. 1; act. 9, S. 1 f.

E. 47

Act. 1, S. 5, 21.

E. 48

Act. 1, S. 21.

8 B.1.3.1.4. Service und Ersatzteile

33. Für Y.-Agenten sei eine Verpflichtung vorgesehen, den Y.-Servicevertrag⁴⁹ abzuschliessen, der die Erbringung von Serviceleistungen und optional den Vertrieb von Y.-Teilen als Y.- Servicewerkstätten auf eigenes Risiko zum Gegenstand habe.⁵⁰

B.1.3.2 Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell

34. X. will nach eigenen Angaben mit der Einführung der Agentur den Vertrieb in der Schweiz an denjenigen in anderen Ländern angleichen, um so die nicht Schweiz-spezifischen Ziele betreffend den Neufahrzeugvertrieb zu erreichen.⁵¹ Im Einzelnen gehe es um (i) eine Reduktion der Vertriebskosten vor dem Hintergrund verstärkten Wettbewerbs aus Asien (z. B. Skaleneffekte durch Zentralisierung administrativer Tätigkeiten; schlankerer Vertrieb; effizientere Logistik), (ii) eine betriebswirtschaftlich effizientere Organisation mit mehr Zeit der Y.- Agenten für den direkten Kundenkontakt und einem besseren Kundenerlebnis und (iii) eine grössere Nähe von X. zu den Endkundinnen und Endkunden (z. B. bessere Kontrolle von Rückrufaktionen; Qualitätskontrollen; verlässliche Kundendaten für neue Modelle wie [...] und Fahrzeugsicherheitsüberwachung).⁵²

B.1.3.3 Einbezug der Y.-Händler

35. Im Hinblick auf die Umstellung vom Händlermodell auf das Agenturmodell habe X. zunächst die geplanten wesentlichen Inhalte des Y.-Agenturvertrages mit dem Vorstand des X.- Händlerverbands besprochen. Zwischen [...] und [...] habe sodann eine Expertengruppe mit Geschäftsführern bedeutender Y.-Händler viermal getagt. Im [...] und [...] seien ganztägige Veranstaltungen mit allen relevanten Händlern durchgeführt worden.⁵³ Am [...] habe X. zudem dem Vorstand des X.-Händlerverbandes den Entwurf des Y.-Agenturvertrages mitsamt Beilagen zukommen lassen.⁵⁴ Am [...] habe er ihm auch den Entwurf des Y.-Servicevertrages mitsamt Beilagen übermittelt.⁵⁵ Am [...] seien ihm schliesslich gewisse Richtlinien zugestellt worden.⁵⁶

36. X. stuft die Rückmeldungen der Y.-Händler zum Y.-Agenturvertrag insgesamt als «verhalten positiv» ein, nachdem insbesondere im Rahmen einer ganztägigen Händlerveranstaltung die Frage «Wie zuversichtlich sind Sie für die Umstellung auf das Agenturmodell?» von den Händlern auf einer Skala von 1–10 mit 5,7 bewertet worden sei.⁵⁷ Obwohl denkbar gewesen sei, dass sich Y.-Händler derzeit aus verhandlungstaktischen Gründen sehr kritisch zur Vergütungsregelung äussern, sei dies nicht eingetreten, wenn auch rund vier Y.-Händler diese als unzureichend bewertet hätten.⁵⁸

E. 49

Y.-Service Vertrag (Entwurf), [...] (nachfolgend: Y.-Servicevertrag).

E. 50

In Bezug auf die Verpflichtung der Y.-Agenten, mit X. auch einen Y.-Servicevertrag abzuschliessen (Rz 33), gaben alle [...] befragten Y.-Händler an, dass sie den

Y.-Servicevertrag auch freiwillig abschliessen würden.⁹⁹ Begründet wurde das insbesondere damit, dass der Bereich Service und Ersatzteile Kundenbindungen fördere und für die Rentabilität wichtig sei, wobei die finanzielle Bedeutung mit zwischen [...] % und [...] % des Gesamtumsatzes sowie zwischen [...] % und [...] % des Gesamtgewinns angegeben wurde.¹⁰⁰ Gemäss einhelliger Rückmeldung der Y.-Händler und des X.-Händlerverbands sind Elektrofahrzeuge im Bereich Service und Ersatzteile weniger attraktiv, da sie weniger wartungsintensiv seien (z. B. längere Serviceintervalle, Wegfall margenträchtiger Flüssigkeiten, geringerer Bedarf an Ersatzteilen).¹⁰¹

B.2.2.2 Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell

51. Nach Auffassung des X.-Händlerverbands besteht der Zweck der Umstellung auf das Y.-Agenturmodell darin, dass X. die Endkundenpreise erhöhen wolle. Insbesondere werde X. die Listenpreise nicht im Umfang der bisherigen Durchschnittsrabatte der Y.-Händler reduzieren.¹⁰²

B.2.2.3 Einbezug der Y.-Händler

52. Von den [...] befragten Y.-Händlern waren [97 %] der Auffassung, nicht in die Erstellung des Y.-Agenturvertrags einbezogen worden zu sein.¹⁰³ Knapp [...] der Y.-Händler ([53 % der] Y.-Händler) war jedoch der Ansicht, über die Bedeutung der sich aus dem Y.-Agenturvertrag ergebenden Änderungen informiert worden zu sein.¹⁰⁴ [32 % der] Y.-Händler gaben an, Fragen zum Y.-Agenturvertrag an X. gerichtet zu haben, wobei X. gemäss [24 % der] Y.-Händler [...] nur mündlich antwortete, teilweise entgegen explizitem Wunsch.¹⁰⁵

97 Act. 96, Antworten auf Frage 22. 98 Act. 55, Antwort auf Frage 15; [41 % der] Y.-Händler gaben dies ebenfalls an (act. 96, Antworten auf Frage 20). 99 Act. 96, Antworten auf Frage 15; vgl. auch act. 55, Antwort auf Frage 12.

100 Act. 96, Antworten auf Fragen 15 und 16; vgl. auch act. 55, Antwort auf Frage 13.

101 Act. 96, Antworten auf Frage 18; vgl. auch act. 55, Antwort auf Frage 14.

102 Act. 55, Antwort auf Frage 2.

103 Act. 96, Antworten auf Frage 8.

104 Act. 96, Antworten auf Frage 9.

105 Act. 96, Antworten auf Frage 10.

15 B.2.2.4 Vorgesehenes Vergütungssystem

B.2.2.4.1. Übernahme aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten

53. Von den [...] befragten Y.-Händlern sind [79 %] der Ansicht, dass X. nicht alle wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten beim Vertrieb von Y.-Fahrzeugen und Y.-Teilen übernehme.¹⁰⁶ Als weitere von X. zu übernehmende Kosten und Risiken wurden am häufigsten Infrastrukturkosten (z. B. für Gebäude, Mietzinsen oder Corporate Identity) ([71 % der] Y.-Händler) und Personalkosten ([65 % der] Y.-Händler) genannt. Andere Kosten und Risiken (z. B. Marketingkosten, Fahrzeugübergabekosten, Schulungsreisekosten) wurden jeweils von weniger als [5 % der] Y.-Händler [...] genannt.¹⁰⁷ X. habe erwähnt, die Y.-Händler müssten ihre Betriebskosten

inskünftig um rund [...] % reduzieren.¹⁰⁸ X. gab hierzu an, dass es dabei um ein von ihr errechnetes durchschnittliches Einsparpotential für Händler- betriebe gehe, nicht um eine Anforderung im Sinne eines individuellen Sparziels. Darin seien insbesondere auch Kostenersparnisse berücksichtigt, die sich durch Digitalisierungsprozesse und Verlagerungen von Tätigkeiten zu X. ergeben würden.¹⁰⁹

B.2.2.4.2. Provision

54. Was die geplante Provisionshöhe von [0–10] % (Rz 37) anbelangt, antworteten [60– 90 %] der [...] befragten Y.-Händler, dass diese Provisionshöhe nicht angemessen sei.¹¹⁰ [15 % der] Y.-Händler machten eine konkrete Angabe zu der aus ihrer Sicht angemessenen Provisionshöhe und bezifferten diese mit [0–10] % bis [10–20] %.¹¹¹ Ein von X. auf Nachfrage des Sekretariats hin gelieferter Vergleich mit der Provisionshöhe in umliegenden Ländern ergab, dass der für die Schweiz vorgesehene Wert von [0–10] % über den Werten in [...] ([0– 10] %) und [...] ([0–10] %) und unter den Werten in [...] ([0–10] %) und [...] ([0–10] %) liegt. X. führt die zwischenstaatlichen Unterschiede auf landesspezifische Gegebenheiten wie die lokale Kostenstruktur und die Preise der von den Kunden nachgefragten Modell- und Ausstattungs-kombinationen zurück.¹¹² Sie bekräftigte, dass die Vergütung im Agenturmodell auf Kostendaten aus der Buchhaltung ihrer Vertriebspartner sowie eigenen Branchenkenntnissen und Berechnungen beruhe und neben der Kostendeckung auch nachhaltige Ertragschancen ermögliche.¹¹³ Gemäss dem X.-Händlerverband führt die vorgeschlagene Provisionshöhe insbesondere in kostenintensiven Staaten zu Rentabilitätsverlusten und reicht nicht aus.¹¹⁴

55. Auf Nachfrage des Sekretariats hin reichte X. eine detaillierte Betriebskostenmodellrechnung ein, die auf der Grundlage historischer Händlerdaten erstellt worden sei.¹¹⁵ Die Provisionshöhe (wie auch die variable Vergütung) sei insbesondere auf der Grundlage von geschätzten Gesamtkosten, Volumenannahmen für das Jahr [...] und einer simulierten Rentabilität von [...] % errechnet worden. Die Betriebskostenmodellrechnung werde intern stets fortgeschrieben. X. legte sodann Wert auf die Feststellung, dass die Vergütung nicht [0–10] %, sondern grundsätzlich bis zu [0–10] % des [...] Listenpreises (Rz 37) betrage, zumal davon

106 Act. 96, Antworten auf Frage 13.

107 Act. 96, Antworten auf Frage 13.

108 Act. 55, Antwort auf Frage 9; act. 96, Antworten auf Frage 11.

109 Act. 98, S. 2; act. 99, S. 8 f.

110 Act. 96, Antworten auf Frage 11.

111 Act. 96, Antworten auf Frage 11.

112 Act. 98, S. 2; act. 99, S. 6.

113 Act. 98, S. 2; act. 99, S. 5.

114 Act. 55, Antwort auf Frage 9.

115 Act. 105, Beilage 3.

16 ausgegangen werden könne, dass die Y.-Agenten die Voraussetzungen der variablen Vergütung in der Regel zu einem sehr hohen Grad erfüllen würden.¹¹⁶

B.2.2.4.3. Nachschuss am Jahresende

56. Den Nachschuss am Jahresende bei unzureichender Provision (Rz 37) stufen [60– 90 %] der [...] befragten Y.-Händler sowie der X.-Händlerverband als nicht angemessen ein.¹¹⁷ [32 % der] Y.-Händler und der X.-Händlerverband begründeten dies insbesondere mit dem Fehlen eines Monitoring-Instruments, das es erlauben würde, die anfallenden Kosten zu erfassen.¹¹⁸ Kritisiert wurden sodann der erwartete grosse administrative Aufwand ([29 % der] Y.-Händler) sowie eine gemäss Wahrnehmung der Händlerseite bewusst komplizierte Ausgestaltung der Nachschussregelung ([24 % der] Y.-Händler).¹¹⁹ Die Befragung konkurrierender Kraftfahrzeugherstellerinnen und entsprechender Händlerverbände ergab [...].¹²⁰

57. Auf Nachfrage des Sekretariats hin gab X. an, den Y.-Agenten für ihre Verkaufstätigkeiten ein neues IT-System zur Verfügung zu stellen, das die Führung, Steuerung und Überwachung von Verkaufstätigkeiten erlaube (z. B. das Buchen von Terminen, das Abschliessen von Geschäften oder die Kontaktpflege). Dahingegen würden die von den Y.-Agenten erbrachten Leistungen in deren normaler Buchhaltung erfasst, wofür X. kein bestimmtes IT-System vorschreibe. Die Y.-Agenten könnten deshalb die ihnen zustehenden Zahlungen nicht direkt auf einem System von X., sondern in ihren eigenen Buchhaltungssystemen abrufen. Die Y.-Agenten würden wöchentlich einen Kontoauszug (sog. «Credit Note») erhalten, woraus alle Zahlungen von X. pro Fahrzeug im Detail ersichtlich seien. X. reichte dem Sekretariat ein Beispiel einer solchen «Credit Note» ein. Die Y.-Agenten würden die sie betreffenden «Credit Notes» zudem in den IT-Systemen von X. jederzeit abrufen können. Sie würden aus diesen Systemen auch einfach und übersichtlich den (für die variable Vergütung relevanten) Zielerreichungsgrad ansehen können.¹²¹ X. erläuterte zudem, wie die Nachschussregelung im Fall unzureichender Provisionszahlungen ausgestaltet ist, und reichte den Entwurf eines Formulars für die Geltendmachung von Nachschüssen («[...]») ein. Das Formular könne jeweils bis Ende April des Folgejahres eingereicht werden und werde innerhalb weniger Wochen bearbeitet, wozu X. zusätzliche Stellen schaffen werde.¹²²

58. [26 % der] Y.-Händler und der X.-Händlerverband brachten in Bezug auf die Nachschussregelung vor, dass nicht lediglich einmal pro Jahr über den Nachschuss abgerechnet werden dürfe. Sie schlugen einen monatlichen, quartalsweisen oder trimesterweisen Abrechnungsrhythmus vor.¹²³ Hierzu führte X. aus, dass die Y.-Agenten die meisten Zahlungen fortlaufend erhalten würden und davon auszugehen sei, dass die meisten Y.-Agenten erst gar keine Unterdeckung (die zur Notwendigkeit für Nachschussleistungen führt) haben würden. Zudem würde etwa eine vierteljährliche Betrachtung immer nur eine Momentaufnahme darstellen, in der temporäre Unterdeckungen kompensiert und dann durch Überdeckungen wieder

¹¹⁶ Act. 105, S. 6.

¹¹⁷ Act. 96, Antworten auf Frage 12; act. 55, Antwort auf Frage 10.

¹¹⁸ Act. 96, Antworten auf Frage 12.

¹¹⁹ Act. 96, Antworten auf Frage 12.

¹²⁰ Act. 97, Frage 4d.

¹²¹ Act. 105, S. 3 f. und Beilage 1.

122 Act. 99, S. 10; act. 105, Beilage 4.

123 Act. 96, Antworten auf Frage 12; act. 55, Antwort auf Frage 10.

17 rekompensiert werden müssten, was sowohl bei X. als auch bei den Y.-Agenten zu einem grossen Aufwand führen würde.¹²⁴

B.2.2.4.4. Transparenz

59. Von den [...] befragten Y.-Händlern bezeichneten [59 % der] Y.-Händler zumindest Teile des Vergütungssystems von X. als zu wenig transparent oder klar.¹²⁵ Insbesondere gaben [68 % der] Y.-Händler an, die Angemessenheit der Provision nicht abschätzen zu können, weil unklar sei oder erst noch analysiert werden müsse, was alles davon abgedeckt sei.¹²⁶

60. X. ging auf diese Kritik auf Nachfrage des Sekretariats hin ein und erläuterte das Vergütungssystem. So würden zunächst viele der gegenwärtig von den Y.-Agenten getragenen Kosten inskünftig von X. direkt übernommen und bei diesen nicht mehr anfallen (Rz 37).¹²⁷ In Bezug auf die Provision (Rz 37) erklärte sich X. mit der Anregung des Sekretariats einverstanden, den Y.-Agenten eine Auflistung der durch die Provision abgolgten Leistungen zur Verfügung zu stellen (Rz 94). X. erläuterte zudem, wie die Nachschussregelung im Fall unzureichender Provisionszahlungen ausgestaltet ist und reichte den Entwurf eines Formulars für die Geltendmachung von Nachschüssen ein (Rz 57). In Bezug auf Einmalzahlungen (Rz 37), die der Erstattung individueller Tätigkeiten und Dienstleistungen gemäss Aufwand der Y.-Agenten nach Einholung eines Kostenvoranschlags dienen, erläuterte X. den von den Y.-Agenten einzuhaltenden Prozess. Sie erklärte, dass für die Geltendmachung solcher Kosten sämtliche Kommunikationskanäle (z. B. Post, E-Mail, internes Kommunikationssystem) zur Verfügung stünden, wobei für die häufigsten Leistungen spezielle Softwarelösungen bestehen würden (z. B. das [...] für Transportschäden oder der [...] für Schäden nach Übergabe an die Agenten). X. bestätigte zudem auf entsprechende Frage hin, dass sie bei dringend zu erbringenden Leistungen, für die kein Kostenvoranschlag eingeholt werden könne, Leistungen auch aufgrund einer nachträglichen Meldung vergüte.¹²⁸

B.2.2.4.5. Mindestverdienst

61. [41 % der] Y.-Händler äusserten in Bezug auf das geplante Vergütungssystem das Anliegen, dass X. den künftigen Y.-Agenten einen von der Anzahl vermittelter Y.-Fahrzeuge unabhängigen Mindestverdienst garantieren müsse, wenn etwa aufgrund einer nicht marktgerechten Preispolitik von X. oder wegen technologiebezogener Probleme bei X. nicht genügend Fahrzeuge vermittelt werden könnten. Befürchtet wird insbesondere, dass die künftigen Y.-Agenten ihre Infrastruktur- und Personalkosten diesfalls nicht einbringen könnten.¹²⁹ Der X.-Händlerverband äusserte in diesem Sinne Bedenken in Bezug auf die Risikotragung im Falle eines von X. verschuldeten Volumeneinbruchs.¹³⁰ Die Befragung konkurrierender Kraftfahrzeugherstellerinnen und entsprechender Händlerverbände ergab, dass [...].¹³¹

62. X. adressierte diese Bedenken im Wesentlichen mit dem Hinweis, dass sie die Möglichkeit habe, tagesgenau auf derartige Herausforderungen zu reagieren, wobei im Fall von Krisen ausserhalb der Sphäre von X. auch Individuallösungen geprüft würden. Es habe in den letzten Jahren in der Schweiz keine Insolvenzen von Y.-Händlern gegeben.¹³²

124 Act. 98, S. 10.

125 Act. 96, Antworten auf Fragen 11, 12 und 13.

126 Act. 96, Antworten auf Frage 11.

127 Act. 99, S. 4.

128 Act. 99, S. 4; act. 105, S. 4–6 und Beilage 4.

129 Act. 96, Antworten auf Frage 13.

130 Act. 96, Antworten auf Frage 13; act. 55, Antwort auf Frage 11.

131 Act. 97, Frage 7a.

132 Act. 98, Frage 11; act. 99, Frage 11.

18 B.2.2.5 Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler

63. Von den [...] befragten Y.-Händlern gaben [...] an, dass sie keine Alternativen zum Y.-Agenturvertrag hätten. [...] Y.-Händler gehen davon aus, dass Alternativen schwierig zu finden bzw. nicht gleichwertig wären. [...] weitere Y.-Händler verfügen gemäss eigenen Angaben über Alternativen zum Y.-Agenturvertrag.¹³³

64. Aufgrund einer Tendenz zur Verkleinerung der Vertriebsnetze in der Kraftfahrzeugbranche erachten viele Y.-Händler eine Umstellung auf den Vertrieb von Fahrzeugen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als schwierig ([...] Y.-Händler). Eine solche Umstellung erfordere hohe Investitionen und viel Zeit für die Etablierung auf dem Markt ([...] Y.-Händler). Die Umstellung auf ein Werkstattmodell sei unwahrscheinlich und werde von Kraftfahrzeuganbieterinnen nicht gerne gesehen ([...] Y.-Händler), wobei [...] [der] befragten Y.-Händler neben Fahrzeugen der Marke Y. auch solche der Marke X. vertreiben.¹³⁴

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich 65. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

66. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt praxismässig eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1bis KG dar, weshalb Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.¹³⁵ Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

67. Die X.-Gruppe erfüllt vorliegend als Nachfragerin und Anbieterin von Dienstleistungen und Gütern im Wirtschaftsprozess den Tatbestand des Unternehmens, so dass das Kartellgesetz auf die X.-Gruppe insofern anwendbar ist.

68. Die Y.-Agenten erfüllen den Tatbestand des Unternehmens in Bezug auf das Anbieten ihrer Vertriebsdienstleistungen gegenüber der X.-Gruppe (Rz 25) sowie in Bezug auf das Erbringen von Serviceleistungen und gegebenenfalls den Vertrieb von Y.-Teilen als Y.-Servicewerkstätten auf eigenes Risiko (Rz 27). Ob die Y.-Agenten auch in Bezug auf die Vertragswaren und -dienstleistungen gemäss Y.-Agenturvertrag als Unternehmen zu

behandeln sind, wird im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) analysiert (Rz 77 ff.).¹³⁶

69. Das Y.-Agenturmodell würde sich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz wäre in räumlicher Hinsicht anwendbar.

133 Act. 96, Antworten auf Frage 24.

134 Act. 96, Antworten auf Fragen 2 und 24.

135 BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021 E. 7.2, Schlub AG et al. gegen Wettbewerbskommission WEKO.

136 BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, Les Editions Flammarion SA/COMCO; MANI REINERT, in: Basler Kom-

mentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl., 2022, Art. 4 Abs. 1 N 364 ff.; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 24.

19 C.2 Vorbehaltene Vorschriften 70. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

71. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG werden von den Beteiligten auch nicht angerufen.

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG) 72. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

C.3.1 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)

C.3.1.1 Allgemeines

73. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

74. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.¹³⁷

75. Der im Zusammenhang mit der Einführung des Y.-Agenturmodells zwischen X. und den Y.-Händlern abgeschlossene bzw. abzuschliessende Y.-Agenturvertrag könnte eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung von Unternehmen verschiedener Marktstufen darstellen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Damit könnte eine vertikale Wettbewerbs- abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.

76. Im Zentrum steht vorliegend die Frage, ob in Bezug auf die zwischen X. und den Y.-Händlern abgeschlossenen bzw. abzuschliessenden Y.-Agenturverträge das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, wonach mindestens zwei Unternehmen vorliegen müssen (Rz 74). Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn es sich bei den Y.-Agenten um echte Agenten von X. handelt, also um Agenten, die nicht als unabhängige Marktteilnehmer handeln (Rz 77 ff.).

137 Vgl. BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, Pfizer; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in

BGE 148 II 25), Dargaud; BGE 148 II 321, 325 E. 6.2, Flammarion, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246, 252 E. 6.4, Altimum.

20 C.3.1.2 Agentenqualität der Y.-Agenten

77. Zu prüfen ist, ob die Y.-Agenten in Bezug auf die Vertragswaren und -dienstleistungen gemäss Y.-Agenturvertrag gemäss der Argumentation von X. (Rz 25 ff.) als echte Agenten zu qualifizieren sind.

C.3.1.2.1. Voraussetzungen

78. Im Schweizer Kartellrecht gibt es keine Bestimmungen, welche vorsehen, wie Personen, die im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Na- men des Auftraggebers handeln, kartellrechtlich zu behandeln sind.¹³⁸ Anders ist dies im Wett- bewerbsrecht der Europäischen Union (nachfolgend: EU). Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (nachfolgend: Agent). Ge- stützt auf die Erw.-Gr. VI. und VII. der Vertikalbekanntmachung können die in der EU entwi- ckelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung zur Klärung der Frage herangezogen wer- den, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist.¹³⁹ Durch eine analoge Anwendung der eu- ropäischen Regeln wird sichergestellt, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU, eine Isolie- rung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird.¹⁴⁰

79. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien ist ein Agent eine juristische oder natürliche Person, die damit betraut ist, im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge über den Bezug von Waren oder Dienst- leistungen durch den Auftraggeber oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber auszuhandeln und/oder zu schliessen.¹⁴¹

80. Unter bestimmten Umständen kann die Beziehung zwischen einem Agenten und seinem Auftraggeber als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Agent nicht mehr als unabhän- giger Marktteilnehmer handelt. Dies trifft dann zu, wenn der Agent bezüglich der Verträge, die er im Namen des Auftraggebers schliesst oder aushandelt, nur unbedeutende finanzielle oder wirtschaftliche Risiken trägt.¹⁴²

81. Die EU-Vertikalleitlinien umschreiben die für die Einstufung als (echten) Agenturvertrag relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken.¹⁴³ Die WEKO und das Sekretariat haben

138 RPW 2020/2, 633 Rz 65, AdBlue; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*. Das

Schweizer Zivilrecht kennt jedoch im Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220) mit dem Auftrag (Art. 394 ff. OR), insb. dem Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) und der Kommission (Art. 425 ff. OR) Vertragsverhältnisse, die das Handeln im Auftrag einer anderen Person entweder im eigenen oder im Namen des Auftraggebers regeln. 139 BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; BVGer, B-3975/2013 vom

30.10.2019 E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*; RPW 2020/2, 633 Rz 65, AdBlue; RPW 2013/4, 481 f. Rz 32 ff., *Costa Kreuzfahrten*; RPW 2016/1, 79 Rz 97 f., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2017/4, 701 ff. Rz 45 ff., *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. Vgl. auch HADI MIRZAI/MARQUARD CHRISTEN, *Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht*, in: *Jusletter* vom 15.10.2018. 140 *Erw.-Gr. VII. VertBek.*

141 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 29. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 67, AdBlue; RPW 2018/2, 256 Rz 88,

Marché du livre écrit en français. 142 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 30. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 66, AdBlue; RPW 2018/2, 256 Rz 87,

Marché du livre écrit en français; EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 102, *DaimlerChrysler/Kommission*. 143 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 31 (Risikoarten; drei Arten finanzieller oder wirtschaftlicher Risiken

sind von wesentlicher Bedeutung: [1] vertragsspezifische Risiken, die unmittelbar mit den Verträgen zusammenhängen, die der Vertreter für den Auftraggeber geschlossen und/oder ausgehandelt hat; [2] marktspezifische Risiken betreffend Investitionen, die für die Art der vom Vertreter

21 in ihrer Praxis wiederholt Bezug auf die entsprechenden Voraussetzungen der EU-Vertikalleitlinien genommen, so dass auch nachfolgend darauf abzustellen ist.¹⁴⁴

82. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien wird eine Vereinbarung in der Regel mangels Unabhängigkeit des Agenten (Rz 80) als nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV¹⁴⁵ fallender Agenturvertrag eingestuft und mithin kartellrechtlich privilegiert, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁴⁶

a) Der Agent erwirbt kein Eigentum an den im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Waren und erbringt die im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selbst.

b) Der Agent beteiligt sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, die mit der Lieferung/Erbringung oder dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind.

c) Der Agent hält nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Lagerbestände der Vertragswaren, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst.

d) Der Agent übernimmt keine Haftung dafür, dass die Kunden ihre Vertragspflichten nicht erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Agenten, sofern dieser nicht für Verschulden haftet.

e) Der Agent übernimmt gegenüber Kunden oder anderen Dritten keine Haftung für Verluste oder Schäden, die durch die Lieferung bzw. die Erbringung der Vertragswaren oder -dienstleistungen verursacht wurden, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Agenten vor.

f) Der Agent ist weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder Verkaufsförderungsmaßnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

g) Der Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

h) Der Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind; [3] Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt), 33 (Voraussetzungen). 144 Praxis der WEKO: RPW 2020/2, 633 Rz 67 f. und Fn 91, AdBlue; RPW 2018/2, 256 Rz 88 und Fn 65,

Marché du livre écrit en français; RPW 2017/4, 702 f. Rz 50, Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz. Praxis des Sekretariats: RPW 2023/2, 277 Rz 11–13, Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants; RPW 2013/4, 481 f. Rz 34, Costa Kreuzfahrten; Beratung 54-0612, 23.7.2021, S. 4 f., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0444, 19.8.2013, Rz 3 f., Provisionsweitergabeverbot von Handelsvertretern (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0438, 26.6.2013, S. 2 f., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0419, 31.8.2012, Rz 4, Logistikdienstleistungen (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0331, 10.10.2008, Rz 26 ff., Kommissionsagenturvertragsentwurf (nicht veröffentlicht). 145 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007

(Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47 (nachfolgend: AEUV). 146 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33. Vgl. auch Rz 83 f.

22 83. Wenn dem Agenten eines oder mehrere der genannten Risiken bzw. Kosten entstehen, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 82) und die Vereinbarung zwischen dem Agenten und dem Auftraggeber wird nicht als Agenturvertrag eingestuft, der nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Die Voraussetzungen müssen mithin kumulativ erfüllt sein.¹⁴⁷ Risiken, die mit der Erbringung von Agentenleistungen im Allgemeinen zusammenhängen, beispielsweise die Abhängigkeit des Einkommens des Agenten von seinem Erfolg als Vertreter oder von allgemeinen Investitionen in Geschäftsräume oder

Angestellte, die für Tätigkeiten jeder Art eingesetzt werden könnten, sind für die Beurteilung nicht von Bedeutung.¹⁴⁸ Die Frage des Risikos muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung abzustellen ist.¹⁴⁹

84. Die Prüfung der Agentenqualität der Y.-Agenten ist deshalb gestützt auf diese Voraussetzungen (Rz 82) sowie die nachstehenden zwei weiteren Voraussetzungen vorzunehmen, die sich aus den Rz 36–39 und 44 f. der EU-Vertikalleitlinien ergeben:

– Kein Missbrauch des Agenturkonzepts bei parallelen Tätigkeiten des Vertriebspartners im Agenturmodell und im Händlermodell (Rz 135 ff.): Sind die Vertriebspartner eines Anbieters für diesen neben ihrer Tätigkeit im Agenturmodell parallel auch als Händler auf eigenes Risiko tätig, kann sich die Gefahr eines Missbrauchs des Agenturkonzepts realisieren.¹⁵⁰ Dies betrifft (1) Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit der Vertriebspartner bei ihrer Tätigkeit im Händlermodell und (2) Fragen im Zusammenhang mit der Kostentragung für Investitionen, die sowohl ihren Tätigkeiten im Agenturmodell als auch ihren Tätigkeiten im Händlermodell zugutekommen.¹⁵¹ In Bezug auf die Entscheidungsfreiheit ist sicherzustellen, dass die Vertriebspartner durch die Verpflichtungen, die ihnen als Agenten auferlegt wurden (z. B. Preisvorgaben), nicht auch beim Verkauf von Produkten als unabhängige Händler beeinflusst oder eingeschränkt werden.¹⁵² In Bezug auf die Kostentragung für Investitionen ist sicherzustellen, dass dem Vertriebspartner sämtliche Investitionen, die sich nur oder auch auf die Vertretungsfunktion im Agenturmodell beziehen, erstattet werden.¹⁵³ Der Anbieter hat insbesondere auch Investitionen zu erstatten, die differenzierte Produkte betreffen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des Agenturvertrages vertrieben werden, aber nicht ausschliesslich mit dem Verkauf solcher differenzierten Produkte zusammenhängen.¹⁵⁴

– Keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen (Rz 141 ff.): Gemäss den EU-Vertikalleitlinien entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 82) auch dann, wenn der Auftraggeber zwar alle relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken übernimmt, aber der Agenturvertrag kollusive Verhaltensweisen fördert.¹⁵⁵

85. Gemäss Wortlaut von Rz 33 lit. h EU-Vertikalleitlinien (Rz 82) können der echten Agententätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt entgegenstehen. Nach Auffassung des Sekretariats ist nicht ausgeschlossen, dass auch Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des

¹⁴⁷ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 34; nuanciert WOLFGANG KIRCHHOFF, Die Beurteilung der verschiedenen Arten von Vertriebsverträgen, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 11 N 15 m. w. H. ¹⁴⁸ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 32.

¹⁴⁹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 34. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 68, AdBlue; RPW 2018/2, 256

Rz 88 f., *Marché du livre écrit en français*. ¹⁵⁰ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 45.

¹⁵¹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 36–39, 45.

¹⁵² EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 37.

153 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 37, 39.

154 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 39.

155 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 44.

23 Agenturvertrages auf anderen sachlich relevanten Märkten zu nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken (Rz 80; EU-Vertikalleitlinien, Rz 30) führen. Weil vorliegend derzeit keine Anhaltspunkte für derartige Risiken ersichtlich sind, wird dieser Punkt nicht weiter geprüft.

C.3.1.2.2. Prüfung

86. Das Y.-Agenturmodell ist im Folgenden anhand der vorgenannten Kriterien (Rz 82, 84) darauf hin zu prüfen, ob es die Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt.

1. Eigentumserwerb

87. Ein echter Agent erwirbt grundsätzlich kein Eigentum an den im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Waren und erbringt die im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selbst.¹⁵⁶

88. Der Y.-Agenturvertrag definiert Y.-Fahrzeuge (Neufahrzeuge und bestimmte Gebraucht-fahrzeuge) sowie ausgewählte Y.-Teile als Vertragsware (Rz 25). Gemäss Ziff. 3.6 Abs. 3 Y.-Agenturvertrag erwirbt der Y.-Agent zu keinem Zeitpunkt Eigentum an den Vertragswaren.¹⁵⁷

89. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent kein Eigentum an der verkauften Ware erwirbt, ist insoweit erfüllt.

2. Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung

90. Ein echter Agent beteiligt sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, die mit der Lieferung/Erbringung oder dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind.¹⁵⁸ Gemäss EU-Vertikalleitlinien schliesst dies nicht aus, dass der Agent Beförderungskosten erbringt, sofern die Kosten vom Auftraggeber übernommen werden.¹⁵⁹

91. Gemäss Anlage 5 Ziff. 2 Abs. 2 und Anlage 10 Ziff. 2.2 Abs. 3 Y.-Agenturvertrag übernimmt X. die Kosten für den Transport der Vertragsware (Rz 88) direkt.¹⁶⁰ Mit der Warenlieferung verbundene Kosten (z. B. Kosten für die Vorbereitung der Übergabe der Vertragswaren oder Kosten für die vorübergehende Lagerung der Vertragswaren) werden über die Provision abgegolten.¹⁶¹ Auf die Provision und die ergänzenden Vergütungsregelungen betreffend den Nachschuss am Jahresende sowie die Erstattung bei Vertragsende (Rz 37) ist nachstehend einzugehen.

92. Der Y.-Agenturvertrag sieht in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1 vor, dass ein Anteil von [0–10] % der [0–10] %-Provision zur Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten des Y.-Agenten diene, «um den Status des Agenten als echter Agent zu gewährleisten» (Rz 37). Zudem sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 einen Nachschuss am

¹⁵⁶ Rz 82 lit. a; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. a.

¹⁵⁷ Vgl. auch Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 1.1 Abs. 2: «Der Agent ist nicht berechtigt, in eigenem Na-

men und auf eigene Rechnung Vertragswaren zu kaufen, zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen oder zu liefern, es sei denn, X. hat dies vorher schriftlich genehmigt». X. gibt an, dass sich eine ausnahmsweise Genehmigung auf den Eigenerwerb bzw. die eigene Nutzung durch den Y.-Agenten und die Möglichkeit beziehe, punktuell anfallende grössere Mengen Occasionsfahrzeuge an Vertriebspartner zum Weiterverkauf im Eigengeschäft zu veräussern (act. 4, S. 4); act. 55, Antwort auf Frage 11. 158 Rz 82 lit. b; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. b.

159 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. b. Vgl. zu Transportkosten EuG, ECLI:EU:T:2005:322,

Rz 105 f., DaimlerChrysler/Kommission. 160 Vgl. auch act. 1, S. 19.

161 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1.

24 Jahresende vor, den X. an die Y.-Agenten zu bezahlen hat, für den Fall, dass die Provision diese Kosten nicht deckt und ein Y.-Agent nachweist, dass «der tatsächliche jährliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und den von X. festgelegten Anforderungen entsprachen». Schliesslich sieht der Y.-Agenturvertrag eine Erstattung bei Vertragsende vor für den Fall, dass bei Beendigung des Y.-Agenturvertrages nicht alle marktspezifischen Investitionen vergütet wurden oder vollständig abgeschrieben sind (Rz 125).¹⁶²

93. Die Provision wurde im Rahmen der Marktbefragung kritisiert, da sie nicht ausreichend hoch sei und insbesondere in kostenintensiven Staaten zu Rentabilitätsverlusten führe (Rz 54). Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass sich die für die Schweiz vorgesehene Provisionshöhe im Bereich der auch für die umliegenden Staaten vorgesehenen Provisionshöhe bewegt (Rz 54). X. hat sodann anhand einer detaillierten Betriebskostenmodellrechnung dargelegt, dass die Berechnungen für ihr Vertriebssystem auf ökonomisch nachvollziehbaren Annahmen beruhen (Rz 55). Für das Sekretariat bestehen gegenwärtig und damit vor Umsetzung des Y.-Agenturmodells keine Anhaltspunkte, dass X. aufgrund der Provisionshöhe nicht alle wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten übernehmen würde.

94. Insbesondere im Zusammenhang mit der Provision stuften die Y.-Händler die Transparenz des Vergütungssystems als unzureichend ein. Das Sekretariat erachtet die Transparenz des Vergütungssystems in dieser Hinsicht vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Privilegierung der echten Agentur (Rz 82) als zentral, zumal erst das Verständnis des konkreten Umfangs der durch die Provision abgegoltenen Leistungen den Y.-Agenten erlaubt, zu errechnen, ob sie ausreicht oder ob sie einen Nachschuss geltend machen müssen. Eine präzise Kenntnis der durch die Provision abgegoltenen Leistungen ist zudem eine Voraussetzung für die Geltendmachung von Einmalzahlungen. Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf die Transparenz des Vergütungssystems die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat:¹⁶³ X. lässt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agent eine nach bestem Wissen und Gewissen der Organe und Angestellten der Gesellschaften der X.-Gruppe möglichst vollständige und leicht verständliche Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten in ausdrückbarer Form zukommen

und unterrichtet die Y.-Agenten stets im Voraus schriftlich und begründet über Anpassungen der Liste.

95. Die Nachschussregelung wurde im Rahmen der Marktbefragung kritisiert, weil kein Monitoring-Instrument bestehe, das es den Y.-Agenten erlauben würde, festzustellen, ob ihnen ein Nachschuss zusteht, weil die Nachschussregelung kompliziert ausgestaltet sei und nur einmal jährlich über das Bestehen eines Nachschusses abgerechnet werde (Rz 56 f.). Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass X. für die Berechnung des Nachschusses kein spezielles IT-System vorsieht. X. hat jedoch substantiiert dargelegt, dass die Y.-Agenten wöchentlich einen digital abrufbaren Kontoauszug («Credit Note») erhalten würden, woraus alle Zahlungen pro Fahrzeug ersichtlich sein würden. Ein Abgleich mit ihrer eigenen Buchhaltung würde es den Y.-Agenten sodann erlauben, festzustellen, ob die Provision kostendeckend ist, wobei für die Geltendmachung des Nachschusses ein Formular geschaffen wurde (Rz 56 f.). Das Sekretariat geht auf der Grundlage dieser Informationen davon aus, dass X. ein System vorgesehen hat, das es Y.-Agenten – unter Berücksichtigung der vorerwähnten Anregung (Rz 94) – erlaubt, einen allfälligen Anspruch auf einen Nachschuss mit zumutbarem Aufwand zu errechnen und geltend zu machen. Was den von X. vorgesehenen jährlichen Abrechnungsrhythmus anbelangt, erachtete es das Sekretariat als nachvollziehbar, dass eine nicht häufiger als jährlich erfolgende Abrechnung sowohl für X. als auch für Y.-Agenten organisatorisch vorteilhaft sein kann (Rz 58). Allerdings ist der Einwand der Y.-

162 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 12.2 Abs. 2.

163 Act. 98, S. 1 f; act. 99, S. 1 f.

25 Händler plausibel, dass ein jährlicher Abrechnungsrhythmus, beispielsweise für kleinere Betriebe, im Fall eines bedeutenden ausstehenden Nachschusses finanziell unzumutbar sein kann. Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf die Periodizität der Nachschussszahlungen bei unzureichender Provision die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. ergänzt Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 Y.-Agenturvertrag durch folgende Sätze und passt alle relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) entsprechend an: «Sofern der Agent für einen Zeitraum im ersten Halbjahr eines Kalenderjahres den Nachweis erbringt, dass der tatsächliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent in diesem Zeitraum aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und es sich beim ungedeckten Betrag nicht um einen Betrag unterhalb von 3 % des jährlichen deckungsfähigen Anteils der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und der jährlichen laufenden Kosten handelt, kann der Agent verlangen, dass bereits per 30. Juni dieses Kalenderjahres provisorisch abgerechnet und der entsprechende Betrag unter Vorbehalt der finalen Jahresabrechnung zeitnah ausbezahlt wird. Der entsprechende Betrag wird sodann in die ordentliche Jahresabrechnung eingerechnet.».

96. Der X.-Händlerverband kritisiert sodann spezifisch mit Bezug auf die mit dem Warenerwerb und der Warenlieferung verbundenen Kosten, dass X. die Kosten der «Pre-Delivery Inspection» einschliesslich der Aufbereitung der Y.-Fahrzeuge nur nach pauschalen Arbeitswerten erstatte, nicht nach den tatsächlich entstandenen Kosten. Es sei davon auszugehen, dass sich Y.-Agenten an den Kosten für die Warenlieferung beteiligen müssten.¹⁶⁴ Bei der erwähnten «Pre-Delivery Inspection» handelt es sich gemäss Y.-Agenturvertrag um eine durch die Provision abgegoltene Leistung, nicht um eine mittels

pauschaler Einmalzahlung erstattete Leistung.¹⁶⁵ Allerdings trifft es zu, dass für diese Leistung – wie auch für andere durch die Provision abgegoltene Leistungen – ein Maximalbetrag, mithin ein maximal anrechenbarer Betrag, definiert wird.¹⁶⁶ Gemäss X. handelt es sich bei solchen Maximalbeträgen um Beträge, die nach Expertenschätzung betreffend den branchenüblichen Aufwand unter Berücksichtigung anfallender Kosten als erforderlich und angemessen zu erachten sind. Bis zu den definierten Maximalbeträgen werde X. die Kosten ohne vertiefte Prüfung ersetzen. Y.-Agenten hätten jedoch die Möglichkeit, auch darüberliegende Beträge geltend zu machen und zu begründen, woraufhin X. diese prüfen werde. X. erstatte grundsätzlich die tatsächlich angefallenen berechtigten Kosten.¹⁶⁷ Auf Nachfragen des Sekretariats hin hat X. den Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 2 sodann wie folgt ergänzt: «X. wird die im Vertrag und in den einschlägigen Guidelines festgelegten Marktspezifische[n] Investitionen ([...] und Höchstbeträge) regelmässig überprüfen und erforderlichenfalls ändern». Das Sekretariat begrüsst diese Klarstellung, gelangt jedoch zum Schluss, dass die gegenwärtig verwendeten Formulierungen betreffend Maximal- bzw. Höchstbeträge (z. B. «Für die Einlagerung von Y. Neuwagen und Y. Gebrauchtwagen [...] gilt ein Maximalbetrag von CHF [...] bzw. [...] pro Fahrzeug und Tag als marktspezifische Kosten im Sinne von Artikel 3.4 der Anlage 5 [Vergütung]») im Geschäftsalltag zu Missverständnissen Anlass geben können. Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf sämtliche Vertragsstellen, die solche Maximal- bzw. Höchstbeträge vorsehen, die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass sämtliche Stellen, welche die anrechenbaren wesentlichen vertrags- oder marktspezifischen Kosten mittels eines Maximal- bzw. Höchstbetrags konkretisieren, durch den Zusatz «vorbehältlich höherer tatsächlicher gerechtfertigter Kosten» ergänzt werden.

97. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung mit den Vorgaben der echten Agentur
164 Act. 55, Antwort auf Frage 11.

165 Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1, Anlage 12 Ziff. 2.2.

166 Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1, Anlage 12 Ziff. 2.2 ([...]; vgl. Y.-Agenturver-

trag [Fn 1], Definition «[...]» und Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 3). 167 Act. 6, S. 3 f.

26 (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Kosten für Warenlieferung/-erwerb trägt, ist insoweit erfüllt.

3. Lagerkosten und -risiken

98. Ein echter Agent hält nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Lagerbestände der Vertragswaren, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst.¹⁶⁸ Gemäss EU-Vertikalleitlinien sollte es dem Agenten möglich sein, unverkaufte Waren unentgeltlich an den Auftraggeber zurückzugeben, sofern kein Verschulden des Agenten vorliegt, weil er es beispielsweise versäumt, zumutbare Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahlsicherungen zu erfüllen, um den Verlust von Lagerbeständen zu vermeiden.¹⁶⁹

99. Beim Vertrieb im Agenturmodell finanziert X. die Lagerbestände.¹⁷⁰ [...] ¹⁷¹ Die Y.-Agenten lagern Y.-Fahrzeuge im Hinblick auf die Übergabe an Endkundinnen und

Endkunden (d. h. in der Zeit zwischen der Anlieferung und der Übergabe an die Endkundinnen oder Endkunden) und zudem für eine von X. bestimmte Zeit Vorführ- und Ausstellungsfahrzeuge.¹⁷² Laufende Kosten für die von X. geforderte Lagerung der Vertragswaren in den Räumlichkeiten des Y.- Agenten und die Betriebskosten für Vorführ- und Demonstrationsfahrzeuge gelten als durch die Provision abgegolten.¹⁷³ Zudem sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 einen Nachschuss vor, den X. an den Y.-Agenten zu bezahlen hat für den Fall, dass die Pro- vision die Kosten nicht deckt und der Y.-Agent nachweist, dass «der tatsächliche jährliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und den von Y. festgelegten An- forderungen entsprachen». Schliesslich sieht der Y.-Agenturvertrag eine Erstattungsmöglich- keit für den Fall vor, dass bei Beendigung des Y.-Agenturvertrages nicht alle marktspezifischen Investitionen vergütet wurden oder vollständig abgeschrieben sind (Rz 125).¹⁷⁴

100. In Bezug auf die im Rahmen der Marktbefragung geäusserte Kritik betreffend die Provi- sion (einschliesslich der Definition von Maximal- bzw. Höchstbeträgen, die im Zusammenhang mit der Lagerung, Wartung und Instandhaltung besonders relevant sind¹⁷⁵), den Nachschuss am Jahresende sowie die Transparenz des Vergütungssystems wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (Rz 93–96).

101. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der Lagerkosten und -risiken mit den Vorgaben der echten Agentur (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Lagerkosten und -risiken trägt, ist insoweit erfüllt.¹⁷⁶

4. Haftung für Vertragserfüllung durch Kunden

102. Ein echter Agent übernimmt keine Haftung dafür, dass die Kunden ihre Vertragspflichten nicht erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Agenten, sofern dieser nicht für

168 Rz 82 lit. c; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. c.

169 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. c.

170 Act. 1, S. 19.

171 Act. 1, S. 8.

172 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.1 Abs. 1.

173 Y.-Agenturvertrag (Fn 1) Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1.

174 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 12.2 Abs. 2.

175 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.1 Abs. 1, Ziff. 3.2.2 Abs. 2, Ziff. 3.3.3 Abs. 2.

176 Zu einer Vertragsbestimmung, wonach der Y.-Agent bei Vertragsbeendigung «sämtliches Eigentum

von X., einschliesslich der Vertragswaren, Vorführfahrzeuge und Ausstellungsfahrzeuge, an X. zu- rückzugeben [habe]» (Y.-Agenturvertrag [Fn 1], Ziff. 12.3 Abs. 1), führte X. in Bezug auf die Kosten- tragung aus, dass die Abholung dieser Fahrzeuge gemäss Anlage 11 Ziff. 3.5 Y.-Agenturvertrag

27 Verschulden haftet.¹⁷⁷ Gemäss EU-Vertikalleitlinien kann dies beispielsweise der Fall sein, wenn er es versäumt, zumutbare Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahl- sicherungen zu erfüllen oder weil er keine angemessenen Massnahmen trifft, dem Auftragge- ber oder der Polizei Diebstähle zu melden oder weil er es unterlässt, dem Auftraggeber alle ihm bekannten Informationen hinsichtlich der Zahlungsverlässlichkeit der Kunden zu übermit- teln.¹⁷⁸

103. Gemäss Ziff. 3.8 Abs. 1 des Y.-Agenturvertrags haftet der Y.-Agent nicht für die Nichter- füllung von Kunden aus dem jeweiligen Kaufvertrag.

104. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht für die Vertragserfüllung durch Kun- den haftet, ist insoweit erfüllt.

5. Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden

105. Ein echter Agent übernimmt gegenüber Kunden oder anderen Dritten keine Haftung für Verluste oder Schäden, die durch die Lieferung bzw. die Erbringung der Vertragswaren oder -dienstleistungen verursacht wurden, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Agenten vor (Rz 82 lit. e; EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. e).

106. Der Y.-Agenturvertrag regelt nicht ausdrücklich, dass X. gegenüber Kunden oder ande- ren Dritten für Verluste oder Schäden haftet, die durch die Lieferung der Vertragswaren verur- sacht werden. Dem Y.-Agenturvertrag ist indes zu entnehmen, dass der Kaufvertrag über Y.- Fahrzeuge zwischen X. und der Endkundin oder dem Endkunden zustande kommt (Ziff. 3.5.1 Abs. 1 Y.-Agenturvertrag), so dass X. als Haftungssubjekt für die vertragliche Haftung fest- steht.¹⁷⁹ Darüber hinaus sieht die Präambel des Y.-Agenturvertrags vor, dass der Y.-Agent «keine wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf den Vertrieb der Vertragsware [trägt]» und dass, «[s]oweit beim Agenten wesentliche [v]ertrags- und marktspe- zifische Kosten und Investitionen anfallen, [...] diese von Y. erstattet [werden]». ¹⁸⁰ Eine allfäl- lige Inanspruchnahme des Y.-Agenten für nicht durch ihn verschuldete Verluste und Schäden qualifiziert als solches vertrags- oder marktspezifisches Risiko.

107. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden haftet, ist insoweit erfüllt.

6. Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen

108. Ein echter Agent ist weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auf- traggeber vollständig erstattet.¹⁸¹

109. Gemäss Ziff. 7.1 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag beteiligt sich der Y.-Agent an allen Marketing- aktivitäten, die sich auf die Vertragsware und allgemein auf die Marke Y. beziehen, und entwi- ckelt seine eigenen relevanten Marketingaktivitäten. Er erstellt dazu einen durch X. zu geneh- migenden Marketingplan. Einzelheiten, insbesondere betreffend die Kostentragung, werden in

(Fn 1) auf Kosten von X. erfolge, was auch für andere Vertragswaren so gehandhabt werde (vgl. act. 3, S. 5; act. 4, S. 14). ¹⁷⁷ Rz 82 lit. d; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. d.

¹⁷⁸ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. d.

179 Der Y.-Agenturvertrag sieht an verschiedenen Stellen Vergütungen der Y.-Agenten in Bezug auf

Verluste oder Schäden der Vertragsware vor; vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.6, Anlage 12 Ziff. 2.2. 180 Act. 5, S. 3 f.; act. 6, S. 6.

181 Rz 82 lit. f; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. f.

28 [einer Richtlinie]¹⁸² geregelt (Ziff. 7.1 Abs. 7 Y.-Agenturvertrag). Gemäss [Richtlinie] werden Marketingaktivitäten in der ganzen oder teilweisen Verantwortung der Y.-Agenten beinahe ausnahmslos durch die Provision abgegolten.¹⁸³ Drei nicht abgeglichene Ausnahmen scheinen dabei keinen nennenswerten Aufwand mit sich zu bringen, so dass sie gemäss Auffassung des Sekretariats – wenn überhaupt – nur unbedeutende finanzielle oder wirtschaftliche Risiken (Rz 80) darstellen (z. B. Freigabe der Vor-Ort-Platzierung von POS-Kommunikation; Platzierung von [durch X. bereitzustellenden] Kommunikationsmitteln). Im Zusammenhang mit einer Marketingaktivität wird festgehalten, dass sie, weil sie nicht abgegolten wird, freiwillig sei.¹⁸⁴ Zudem sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 einen Nachschuss vor, den X. an den Y.-Agenten zu bezahlen hat, für den Fall, dass die Provision die Kosten nicht deckt und der Y.-Agent nachweist, dass «der tatsächliche jährliche deckungsfähige Anteil der ver- trags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und den von Y. festgelegten Anforderungen entsprachen». Schliesslich sieht der Y.-Agenturvertrag eine Erstattungsmöglichkeit für den Fall vor, dass bei Beendigung des Y.-Agenturvertrages nicht alle marktspezifischen Investitionen vergütet wurden oder vollständig abgeschrieben sind (Rz 125).¹⁸⁵

110. Der X.-Händlerverband ist der Auffassung, dass für lokale Marketingaktivitäten der Y.- Agenten, denen X. zugestimmt habe, eine Kostenzuordnung fehle, obwohl die Y.-Agenten dazu verpflichtet seien.¹⁸⁶ X. führt hierzu aus, dass lokale Marketingaktivitäten, denen X. zugestimmt habe, gemäss [Richtlinie] als vertrags- und marktspezifische Kosten angerechnet würden; nicht als vertrags- und marktspezifische Kosten angerechnet würde hingegen die Werbung lokaler Events über Kanäle der Y.-Agenten, wozu jedoch keine Verpflichtung bestehe.¹⁸⁷

111. In Bezug auf die im Rahmen der Marktbefragung geäusserte Kritik betreffend die Provision (einschliesslich der Definition von Maximal- bzw. Höchstbeträgen), den Nachschuss am Jahresende sowie die Transparenz des Vergütungssystems wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (Rz 93–96).

112. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen mit den Vorgaben der echten Agentur (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine oder nur unwesentliche Kosten für verkaufsfördernde Massnahmen trägt, ist insoweit erfüllt.

7. Marktspezifische Investitionen

a) Geltende Regelung

113. Ein echter Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, beispielsweise in einen Kraftstofftank beim Kraftstoffeinzelnhandel, spezielle Software für den Verkauf von Policen bei Versicherungsver- mittlern oder Werbung für Strecken oder Zielorte bei Reisebüros, die Flüge oder Hotelunter- künfte verkaufen, es sei denn, diese Kosten werden vom

Auftraggeber vollständig erstattet.¹⁸⁸

114. Um die marktspezifischen Investitionen zu ermitteln, die vom Auftraggeber im Fall des Abschlusses eines Agenturvertrages mit einem seiner unabhängigen Händler, der bereits am

182 [Richtlinie].

183 [Richtlinie] (Fn 182), S. 12–17, 24, 31 f., 42, 46, 48.

184 [Richtlinie] (Fn 182), S. 33 («KEIN Teil der Provision, daher keine Verpflichtung»).

185 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 12.2 Abs. 2.

186 Act. 55, Antwort auf Frage 11.

187 Act. 4, S. 7. Vgl. [Richtlinie] (Fn 182), S. 33–36.

188 Rz 82 lit. g; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. g; EuGH, ECLI:EU:C:2006:784, Rz 51, 59, CEES/CEPSA/Kommission.

29 relevanten Markt tätig ist, zu erstatten sind, muss der Auftraggeber die hypothetische Situation eines Agenten zugrunde legen, der noch nicht am relevanten Markt tätig ist, um zu beurteilen, welche Investitionen für die Art der vom Agenten auszuführenden Tätigkeit von Belang sind. Der Auftraggeber müsste marktspezifische Investitionen tragen, die erforderlich sind, um auf dem relevanten Markt tätig zu werden; dies schliesst Investitionen ein, die auch differenzierte Produkte betreffen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des Agenturvertrages vertrieben werden, aber nicht ausschliesslich mit dem Verkauf solcher differenzierten Produkte zusammenhängen. Der Auftraggeber müsste marktspezifische Investitionen auf dem relevanten Markt nur dann nicht übernehmen, wenn sich diese Investitionen ausschliesslich auf den Verkauf von differenzierten Produkten beziehen, die nicht auf der Grundlage des Agenturvertrages verkauft, sondern unabhängig vertrieben werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Agent für eine Tätigkeit auf dem Markt alle marktspezifischen Kosten zu tragen hätte, dass ihm aber die ausschliesslich mit dem Verkauf der differenzierten Produkte verbundenen marktspezifischen Kosten dann nicht entstehen würden, wenn er nicht auch als unabhängiger Händler für die betreffenden Produkte tätig wäre (sofern er am relevanten Markt tätig sein kann, ohne die in Rede stehenden differenzierten Produkte zu verkaufen). Soweit die relevanten Investitionen bereits abgeschrieben wurden (z. B. Investitionen in Ausrüstungsgegenstände, die speziell für die Tätigkeit benötigt werden), kann die Erstattung in einem angemessenen Verhältnis angepasst werden. Ebenso kann die Erstattung angepasst werden, wenn die von dem unabhängigen Händler getätigten marktspezifischen Investitionen erheblich höher sind als die marktspezifischen Investitionen, die ein Agent aufgrund seiner Tätigkeit als unabhängiger Händler für die Aufnahme seiner Tätigkeit auf dem relevanten Markt tätigen muss.¹⁸⁹

b) Vergütung marktspezifischer Investitionen gemäss vorgesehenem Vergütungssystem

115. Gemäss der Präambel des Y.-Agenturvertrags beruht das von X. vorgesehene Vergütungssystem auf folgenden Grundgedanken: «Der Agent trägt keine wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf den Vertrieb der Vertragsware und auch nicht in Bezug auf andere Aktivitäten auf demselben Produktmarkt, soweit X. den Agenten zur Übernahme solcher Aktivitäten verpflichtet oder die vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf solche Aktivitäten nicht eindeutig von den vertrags- und

marktspezifischen Risiken in Bezug auf die Vertragsware nach diesem Vertrag abgrenzbar sind. Soweit beim Agenten wesentliche vertrags- und marktspezifische Kosten und Investitionen anfallen, werden diese von X. erstattet».190

116. Das vorgesehene Vergütungssystem besteht insbesondere aus den von X. direkt übernommenen Kosten, einer Provision, gegebenenfalls einem Nachschuss am Jahresende, Einmalzahlungen und gegebenenfalls einer Erstattung bei Vertragsende (Rz 37). Verschiedene marktspezifische Investitionskosten übernimmt X. damit direkt (z. B. Investitionen für zentrales Marketing), so dass sie bei den Y.-Agenten erst gar nicht anfallen.191 Für die Abgeltung markt-spezifischer Investitionen relevant ist sodann insbesondere die Provision mit Nachschussmöglichkeit (Rz 37), die gemäss Y.-Agenturvertrag beispielsweise für Investitionen in die Verkaufsfläche, in IT-Systeme oder in die Ladeinfrastruktur ausgerichtet wird.192 Relevant sind weiter Einmalzahlungen, wobei diese primär für «einzelne Tätigkeiten oder Leistungen» der Y.-Agenten für X. (z. B. Reparatur von Ausstellungs- oder Vorführfahrzeugen; Reparatur von Transportschäden) und damit weniger für eigentliche «Investitionen» ausgerichtet werden.193 Soweit

189 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 39.

190 Act. 5, S. 3 f.; act. 6, S. 6.

191 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 2 Abs. 2; act. 99, S. 4.

192 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1 und 4.

193 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 4 Abs. 1; act. 99, S. 4.

30 Provision, Nachschuss und Einmalzahlungen marktspezifische Investitionen nicht vollständig decken, greift die Regelung betreffend die Erstattung bei Vertragsende (Rz 125).194

117. Nachstehend wird auf einzelne Regelungen betreffend marktspezifische Investitionen gemäss Y.-Agenturvertrag speziell eingegangen.

c) Provisionsregelung betreffend bauliche Massnahmen und Ladeinfrastruktur

118. Im Zusammenhang mit der den Y.-Agenten auszurichtenden Provision stellt sich die Frage, in welchem Umfang marktspezifische Investitionen angerechnet werden, wenn ein Y.-Agent geltend macht, dass die Provision seine vertrags- und marktspezifischen Kosten in einem bestimmten Jahr nicht deckt (Rz 37). Die allgemeine Provisions- und Nachschussregelung wurde oben dargestellt (Rz 92 ff.).

119. Für marktspezifische Investitionen in Bau- und Sanierungsmassnahmen von Ausstellungsräumen sowie in Ladeinfrastruktur und Ladestationen sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 die nachfolgende Regelung für die Anrechenbarkeit von Investitionen vor: «Abweichend [...] gilt für die Erstattung von marktspezifischen Investitionen in Bau- und Sanierungsmassnahmen von Ausstellungsräumen [...] sowie in Ladeinfrastruktur und Ladestationen [...] ein Zeitraum von [5–20] Jahren für die Berechnung des jährlichen deckungsfähigen Anteils». Nach dieser Regelung kann ein Y.-Agent über einen Zeitraum von [5–20] Jahren jedes Jahr jeweils einen [Fünftel–Zwanzigstel] der gesamten Investitionskosten als vertrags- und marktspezifische Kosten anrechnen lassen. Bei Beendigung des Y.-Agenturvertrags vor Ablauf der [5–20] Jahre erstatte X. die verbleibende Summe bei Vertragsbeendigung gemäss Ziff. 12.2 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag (Rz 125).195 Der Y.-Agent trage so kein relevantes Risiko.196

d) Vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen

120. Zur Umsetzung eines echten Agentursystems muss X. auch erforderliche marktspezifische Investitionen übernehmen, die vor dem Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrags getätigt wurden, soweit diese bei dessen Einführung noch nicht abgeschrieben wurden (Rz 114). Der Y.-Agenturvertrag sieht in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 folgende Regelung vor: «Hat der Agent vor Inkrafttreten dieses Vertrages Investitionen getätigt, die nach diesem Vertrag als marktspezifische Investitionen erforderlich sind, so kann der Wert dieser Investitionen, der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Vertrages noch nicht abgeschrieben ist, bei der Berechnung der Erstattung der marktspezifischen Investitionen nach diesem Vertrag berücksichtigt werden».

121. Auf die Frage des Sekretariats hin, wie entschieden werde, ob vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen angesichts der gewählten Kann-Formulierung bei der Berechnung der marktspezifischen Investitionen berücksichtigt werden, gab X. an, dass solche Investitionen als vertrags- oder marktspezifische Kosten anerkannt würden, «wenn es sich um marktspezifische Investitionen handelt».197 Die Kann-Formulierung rühre daher, dass der Y.-Agent diese Position anrechnen könne, wenn der Provisionsanteil für vertrags- oder marktspezifische Kosten für den Y.-Agenten zu niedrig sei. Der Y.-Agent könne aufgrund seiner Buchhaltung belegen, dass der Provisionsanteil zu niedrig war.198 Der Y.-Agent müsse gegenüber X. jedoch keine Abrechnung vornehmen, wenn sämtliche vertrags- und marktspezifischen Kosten bereits durch den dafür vorgesehenen Provisionsanteil abgegolten seien.199 Das «Wahlrecht», diese Investitionen geltend zu machen, liege beim Y.-

194 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 12.2 Abs. 2.

195 Act. 4, S. 10.

196 Act. 6, S. 2.

197 Act. 3, S. 4; act. 4, S. 11.

198 Act. 4, S. 11.

199 Act. 5, S. 2; act. 6, S. 2.

31 Agenten.200 Sofern am Jahresende aber nicht alle beim Y.-Agenten angefallenen vertrags- und marktspezifischen Kosten über den hierfür vorgesehenen Provisionsanteil gedeckt seien, könne der Y.-Agent einen Nachschuss von X. verlangen und X. würde die Kosten erstatten, sofern es sich um einen berechtigten Anspruch handle.201 X. gehe davon aus, dass bei einem Grossteil der Y.-Agenten weniger vertrags- oder marktspezifische Kosten anfallen würden, als sie über die Provision erstattet erhalten würden.202

122. Die Marktbefragung ergab, dass die Hälfte der befragten Y.-Händler ([...]) davon ausging, dass X. allfällige noch nicht abgeschriebene Kosten für den Ausbau einer Garage gemäss Vorgaben von X. kurz vor der Umstellung auf das Agenturmodell nicht übernehmen würde.203 In diesem Zusammenhang ist auch das Bedenken der Y.-Agenten zu sehen, dass die Erstattung von Kosten im Zusammenhang mit kostspieligen Räumlichkeiten wie beispielsweise Showrooms unklar sei (Rz 46).

123. Die vorstehenden Ausführungen von X. zur Funktionsweise des Vergütungssystems in diesem Zusammenhang sind nachvollziehbar. Allerdings vermögen sie die gegenwärtige Kann-Formulierung in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 Y.-Agenturvertrag nicht zu erklären.

Wurden von einem Y.-Händler vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages erforderliche marktspezifische Investitionen getätigt und sind diese noch nicht abgeschrieben, müssen sie angerechnet werden (Rz 114). Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages durch die Y.-Händler getätigte Investitionen, die gemäss Y.-Agenturvertrag erforderlich sind und deren Wert noch nicht abgeschrieben ist, gilt, dass X. diese bei der Erstattung der marktspezifischen Investitionen «berücksichtigt» anstatt «berücksichtigen kann».

124. Eine abweichende Regelung gilt für vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte Investitionen in Bau- und Sanierungsmassnahmen. In dieser Hinsicht sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 nachfolgende – der Regelung marktspezifischer Investitionen in Bau- und Sanierungsmassnahmen entsprechende (Rz 118) – Regelung vor: «Für den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Vertrags noch nicht abgeschriebenen Wert der marktspezifischen Investitionen in Bau- und Sanierungsmassnahmen von Ausstellungsräumen [...] sowie in Ladeinfrastruktur und Ladestationen [...] gilt für die Berechnung des jährlichen de-ckungsfähigen Anteils für marktspezifische Investitionen nach dieser Vereinbarung ein Zeitraum von [5–20] Jahren, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird». Auf Frage des Sekretariats hin, inwiefern beabsichtigt sei, für die Berechnung des jährlichen de-ckungsfähigen Anteils «etwas anderes» gemäss dieser Bestimmung zu vereinbaren, gab X. an, dass eine verursachungsgerechte Erstattung der Kosten erfolgen solle.²⁰⁴ X. machte dazu nachfolgendes Beispiel: «[Der] Vertragspartner investierte 500.000 CHF [...] neun Jahre vor Beginn des Agenturmodells und schreibt bspw. über 10 Jahre ab. Der Restwert der Investition würde ohne zusätzliche Vereinbarung über [5–20] Jahre in der Vergütung gestreckt werden. Daher ist in solchen Fällen eine Verkürzung der Periode auf ein Jahr [...] sinnvoll, um die Dauer von 10 Jahren in Summe zu gewährleisten».²⁰⁵ Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat:²⁰⁶ X. passt Anlage 5 Ziff. 3 Abs. 6 Y.-

200 Act. 4, S. 11.

201 Act. 5, S. 2; act. 6, S. 2.

202 Act. 4, S. 11.

203 Act. 96, Antworten auf Frage 14.

204 Act. 3, S. 4; act. 4, S. 11.

205 Act. 4, S. 11.

206 Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

32 Agenturvertrag dahingehend an, dass der Ausdruck «etwas anderes» durch «ein kürzerer Zeit-raum» ersetzt wird.²⁰⁷

e) Bei Vertragsende nicht abgezahlte marktspezifische Investitionen

125. Für den Fall, dass bei Beendigung des Y.-Agenturvertrages nicht alle marktspezifischen Investitionen, die nicht abgeschrieben sind, vergütet wurden, sieht Ziff.

12.2 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag folgendes vor: «Y. erstattet dem Agenten alle marktspezifischen Investitionen, die bei Beendigung dieses Vertrages noch nicht vollständig beschrieben und/oder über die Provision oder über Einmalzahlungen an den Agenten gemäss Anlage 5 (Vergütung) vergütet oder anderweitig abgegolten sind, stets unter der Voraussetzung, dass der Agent nicht in der Lage ist, die Investitionsgüter nach vorheriger Abstimmung mit Y. mit vertretbarem Aufwand anderweitig weiter zu nutzen oder zu veräussern». Diese Regelung diene einem Interessenausgleich, wonach der Y.-Agent kein Risiko tragen, aber auch nicht durch Verkäufe profitieren solle.²⁰⁸

f) Schulungen

126. Als marktspezifische Investitionen gelten auch Weiterbildungen (Rz 82 lit. g). Die Kosten erforderlicher Schulungen werden gemäss Y.-Agenturvertrag direkt durch X. getragen (Rz 116). Teil der Weiterbildungskosten sind die damit verbundenen Reisekosten. In dieser Hinsicht sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5, Ziff. 3.4 Abs. 1 vor, dass «Reisekosten für [die] von X. verlangten Schulungen im Zusammenhang mit den Vertragswaren» durch die Provision abgedeckt seien.²⁰⁹ Auf Frage des Sekretariats hin, erklärte X., dass solche Schulungen in der Schweiz stattfinden würden.²¹⁰

g) Marktspezifische Investitionen, die auch nicht vom Y.-Agenturvertrag erfassten Leistungen zugutekommen

127. Zur Umsetzung eines echten Agentursystems muss X. auch marktspezifische Investitionen übernehmen, die nicht nur den Vertragswaren und -leistungen gemäss Y.-Agenturvertrag zugutekommen, sondern auch nicht vom Vertragsgegenstand erfassten Leistungen (Rz 114). Zahlreiche marktspezifische Investitionen können sowohl dem Vertragsgegenstand gemäss Y.-Agenturvertrag als auch dem Vertragsgegenstand gemäss dem für Y.-Agenten obligatorischen Y.-Servicevertrag zugutekommen (Rz 33; z. B. Investitionen in Anlagen, Ausstattung und Corporate Identity,²¹¹ Lager für Y.-Originalteile,²¹² Online-Präsenz oder Werbung für Y.-Teile²¹³).

128. Gemäss der Präambel des Y.-Agenturvertrags trägt ein Y.-Agent «keine wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf den Vertrieb der Vertragsware und auch nicht in Bezug auf andere Aktivitäten auf demselben Produktmarkt, soweit [...] die vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf solche Aktivitäten nicht eindeutig von den vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf die Vertragsware nach diesem Vertrag abgrenzbar sind». Auf Frage des Sekretariats hin führte X. aus, dass, sofern Kosten nicht klar allein dem Y.-Servicevertrag zuzuordnen sind, eine Übernahme als vertrags- und marktspezifische Kosten gemäss Y.-Agenturvertrag durch X. erfolge.²¹⁴ Da der Y.-Agenturvertrag dies nicht ausdrücklich festhält, schlug X. auf entsprechende Nachfrage des Sekretariats hin vor,

²⁰⁷ Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

²⁰⁸ Act. 5, S. 2; act. 6, S. 3.

²⁰⁹ Vgl. act. 4, S. 6–8.

²¹⁰ Act. 3, S. 3; act. 4, S. 8.

²¹¹ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 6.1, Y. [Richtlinie]; Y.-Servicevertrag (Fn 49), Ziff. 6.1.

212 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Vertragsware»; Y.-Servicevertrag (Fn 49), Ziff. 3.4.4.

213 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 7; Y. Servicevertrag, Ziff. 7.2, Anlage 4 Ziff. 11.4.

214 Act. 3, S. 7; act. 4, S. 16.

33 den Y.-Agenten dieses Verständnis des Vertrages über das interne Kommunikationssystem der Handelsorganisation mitzuteilen. Das Sekretariat erklärte sich mit einer solchen Vorgehensweise einverstanden²¹⁵ und hat deshalb in Bezug auf marktspezifische Investitionen, die auch nicht vom Y.-Agenturvertrag erfassten Leistungen zugutekommen, die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. teilt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agenten schriftlich (z. B. mittels Brief, E-Mail oder internem Kommunikationssystem) und leicht verständlich mit, dass X. sämtliche wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten, die nicht klar vom Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags abgrenzbar sind, auch dann vollständig trägt, wenn die entsprechenden Kosten nicht nur den Vertragswaren und -leistungen gemäss Y.-Agenturvertrag zugutekommen, sondern auch nicht vom Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags erfassten Waren und Leistungen.

h) Kritik im Rahmen der Marktbefragung

129. In Bezug auf die im Rahmen der Marktbefragung geäußerte Kritik betreffend die Provision (einschliesslich der Definition von Maximal- bzw. Höchstbeträgen), den Nachschuss am Jahresende sowie die Transparenz des Vergütungssystems wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (Rz 93–96).

130. Die seitens der Y.-Händler erwähnten Forderungen betreffend eine weitgehende Übernahme von Infrastrukturkosten (z. B. für Gebäude und Mietzinsen) oder Personalkosten (Rz 53) sowie betreffend einen Mindestverdienst im Sinne eines von der Anzahl vermittelter Y.-Fahrzeuge unabhängigen Einkommens (Rz 61) gehen über die Voraussetzungen der EU-Vertikalleitlinien hinaus. Diese halten – wie vorstehend (Rz 83) dargelegt – fest, dass Risiken, die mit der Erbringung von Agentenleistungen im Allgemeinen zusammenhängen, für die Prüfung nicht von Bedeutung sind. Dazu zählen insbesondere Risiken wie die Abhängigkeit des Einkommens des Agenten von seinem Erfolg als Vertreter oder Investitionen in Geschäftsräume oder Angestellte, die für Tätigkeiten jeder Art eingesetzt werden könnten.

i) Fazit in Bezug auf marktspezifische Investitionen

131. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der marktspezifischen Investitionen mit den Vorgaben der echten Agentur (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung tätigt, ist insoweit erfüllt.

8. Andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt

132. Ein echter Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr (z. B. die

215 Act. 9, S. 2.

34 Lieferung der Waren), es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.²¹⁶

133. X. verlangt im Rahmen des Y.-Agenturvertrags nicht, dass Y.-Agenten andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen, deren Kosten nicht vollständig erstattet werden.

134. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine anderen, nicht vergüteten Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnimmt, ist insoweit erfüllt.

9. Kein Missbrauch des Agenturkonzepts bei parallelen Tätigkeiten des Vertriebspartners im Agenturmodell und im Händlermodell

135. Für echte Agenten, die neben ihrer Tätigkeit im Agenturmodell für denselben Anbieter parallel auch als Händler auf eigenes Risiko tätig sind, ergeben sich Fragen im Zusammenhang mit ihrer Entscheidungsfreiheit bei ihrer Tätigkeit im Händlermodell und im Zusammenhang mit der Kostentragung für Investitionen, die sowohl ihren Tätigkeiten im Agenturmodell als auch ihren Tätigkeiten im Händlermodell zugutekommen.²¹⁷

136. Vorliegend sollen Y.-Agenten Y.-Fahrzeuge (Neufahrzeuge und bestimmte Gebrauchtfahrzeuge) sowie ausgewählte Y.-Teile (Originalteile und Zubehörteile) im Agenturmodell vertreiben (Rz 1, 25). Gleichzeitig sollen sie obligatorisch den Y.-Servicevertrag abschliessen, der den Vertrieb von Y.-Serviceleistungen und optional von Y.-Teilen²¹⁸ auf eigenes Risiko zum Gegenstand hat. Sie können zudem freiwillig gewisse Y.-Gebrauchtfahrzeuge (Rz 31 f. 48 f.) und – falls sie auch Händler für X.-Fahrzeuge sind – X.-Fahrzeuge auf eigenes Risiko im Händlermodell vertreiben (Rz 27).

137. Im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit hat das Sekretariat X. in Bezug auf den gleichzeitigen Vertrieb von Y.-Fahrzeugen (Agenturmodell) und X.-Fahrzeugen (Händlermodell) die Frage gestellt, wie sichergestellt werde, dass Vertriebspartner mit einer solchen Doppelrolle ihre jeweiligen Rechte und Pflichten in diesen Vertriebsmodellen hinreichend unterscheiden können (z. B. Vermeidung der systematischen Befolgung von Preisempfehlungen durch X.-Händler, die als Y.-Agenten an Preisvorgaben gebunden sind).²¹⁹ X. antwortete, dass sie ihre derzeitigen Händler auf die Unterschiede zwischen Agentur- und Händlermodell hingewiesen habe und dies auch in Zukunft tun werde. X. werde wie in der Vergangenheit keine Massnahmen ergreifen, um eine Befolgung der unverbindlichen Preisempfehlung durch die Händler anzuregen oder gar durchzusetzen.²²⁰ Den derzeitigen Händlern seien die Unterschiede der beiden Vertriebsmodelle «bestens bekannt».²²¹ Der Y.-Agenturvertrag sieht zu dem Massnahmen zur Trennung der Y.-Teile, welche dem Agenturmodell unterliegen (Eigentum von X.) von denjenigen, welche dem Händlermodell unterliegen (Eigentum der Vertriebspartner) vor.²²² Auf die Frage des Sekretariats, wie anlässlich eines Fahrzeugverkaufs entschieden werde, ob die Endkundin oder der Endkunde die erwähnten Teile von X.

216 Rz 82 lit. h; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. h; Handbuch Kartellrecht-KIRCHHOFF (Fn 147), § 11 N 21 m. w. H. Vgl. EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 113, DaimlerChrysler/Kommission. 217 Rz 84; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 36–39, 45.

218 Betreffend Y.-Teile würden nur geringe Überschneidungen betreffend [...] bestehen (und dies nur im

Zeitpunkt des Fahrzeugverkaufs; vgl. Fn 3). 219 Act. 3, S. 2.

220 Act. 4, S. 3.

221 Act. 4, S. 3.

222 Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.1 Abs. 4: «Der Agent wird ausgewählte Y. Original Teile

und ausgewähltes Zubehör, die zusammen mit einem Y. Neuwagen oder Y. Gebrauchtfahrzeug verkauft werden, getrennt und deutlich erkennbar von anderen Teilen oder Zubehörteilen, die nicht Eigentum von X. sind, sicher aufbewahren».

35 (Agenturmodell) oder vom Vertriebspartner (Händlermodell) erwirbt, gab X. an, dass die Endkundin oder der Endkunde anlässlich des Kaufs des Fahrzeugs entscheiden könne, ob er oder sie diese (zumeist im Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs angeschafften Teile) direkt von X. oder beim Y.-Agenten beziehen wolle. Die duale Struktur bestehe, weil Kunden bei wenigen speziellen Teilen erwarten würden, diese gemeinsam mit dem Fahrzeug «aus einer Hand» erwerben zu können, insbesondere auch bei einem Onlinekauf.²²³

138. Angesichts der Stellungnahmen von X. kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass X. sich der Problematik im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit im Händlermodell bewusst ist und Massnahmen gegen eine Beeinflussung oder Einschränkung durch das Agenturmodell ergriffen hat.

139. In Bezug auf die Kostentragung für Investitionen, die sowohl den Tätigkeiten der Vertriebspartner im Agenturmodell als auch ihren Tätigkeiten im Händlermodell zugutekommen, wird auf die Ausführungen im Rahmen der Behandlung marktspezifischer Investitionen verwiesen (Rz 127 ff.).

140. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der marktspezifischen Investitionen mit den Vorgaben der echten Agentur (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach kein Missbrauch des Agenturkonzepts bei parallelen Tätigkeiten des Vertriebspartners im Agenturmodell und im Händlermodell stattfinden darf, ist insoweit erfüllt.

10. Keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen

141. Die kartellrechtliche Privilegierung eines Agenturvertrages (Rz 82) kann auch in Fällen entfallen, in denen der Auftraggeber alle relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken übernimmt, der Agenturvertrag aber kollusive Verhaltensweisen fördert.²²⁴ Dies dürfte gemäss den EU-Vertikalleitlinien u. a. dann der Fall sein, wenn mehrere Auftraggeber die Dienste derselben Agenten in Anspruch nehmen und gemeinsam andere davon abhalten, diese Agenten ebenfalls in Anspruch zu nehmen, oder wenn sie die Agenten zur Kollusion bei der Marketingstrategie oder zum Austausch vertraulicher Marktdaten untereinander benutzen.²²⁵

142. Gemäss Ziff. 2 Y.-Agenturvertrag sind Y.-Agenten berechtigt, Produkte anderer Marken anzubieten. Damit ist es möglich, dass die Y.-Agenten für mehrere Auftraggeber als Agenten tätig sein werden. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Y.-Agenturvertrag kollusive Verhaltensweisen fördern könnte. Der Y.-Agenturvertrag sieht zahlreiche Einsichtsrechte

zugunsten von X.²²⁶ und Informationspflichten zulasten der Y.-Agenten²²⁷ vor. Nach Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3

223 Act. 3, S. 20; act. 4, S. 6.

224 Rz 84; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 44.

225 EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 44.

226 Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 6.3.1 (Einsicht in «die relevanten Finanz- oder Unternehmensun-

terlagen, die Höhe des Eigen- und Fremdkapitals, die Unternehmensstruktur sowie etwaige gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen über Gewinn- und Verlustverteilung oder ähnliche Vereinbarungen» des Agenten), Ziff. 9.4.1 («Auf Verlangen von X. wird der Agent X. nach Vereinbarung eines entsprechenden Termins Gelegenheit geben, die entsprechenden Informationen und Unterlagen einschliesslich – aber nicht beschränkt auf – alle relevanten IT-Systeme und Buchhaltungsunterlagen in den Geschäftsräumen des Agenten einzusehen»), Ziff. 9.5 («Der Agent ermächtigt X. oder einen von X. beauftragten Dritten, der zur Vertraulichkeit gemäss Artikel 10 dieses Vertrages verpflichtet wurde, jederzeit während der üblichen Geschäftszeiten die Geschäftsräume des Agenten zu betreten, um eine Prüfung seines Geschäftsbetriebs und der Einhaltung der Verpflichtungen des Agenten aus diesem Vertrag, einschliesslich der Compliance-Klausel in Artikel 13.5 dieses Vertrages, durchzuführen»). 227 Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 9.3 Abs. 3 («Der Agent wird X. jährlich seinen testierten Jahres-

abschluss (einschliesslich Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung) unverzüglich nach Testierung durch seine Wirtschaftsprüfer zur Prüfung vorlegen»).

36 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag sind Y.-Agenten «nicht verpflichtet», Informationen über Konkurrenten preiszugeben.

143. Zur Frage, wie ein kartellrechtlich problematischer Informationsaustausch vermieden werde,²²⁸ gab X. an, dass Ziff. 9.1 Y.-Agenturvertrag ausdrücklich darauf verweise, dass die Berichterstattung unter Beachtung insbesondere «der geltenden kartellrechtlichen Vorschriften» zu erfolgen habe. Die Formulierung «nicht verpflichtet» solle dies klarstellen und bekräftigen.²²⁹ Gemäss der unternehmensinternen [Richtlinie] müssten Y.-Agenten nur Daten betreffend die Marken X. und Y. einreichen.²³⁰ Die Einreichung der Daten für andere Automarken sei gemäss Ziff. 1.4.2 der [Richtlinie] nicht vorgesehen.²³¹ Lediglich bei Bilanzzahlen würden andere Automarken aggregiert mit einfließen und es würden lediglich Summen für den Gesamtbetrieb (X., Y. und andere Automarken) übermittelt, woraus kein Rückschluss auf die relevanten Details betreffend das Geschäft mit anderen Automarken getroffen werden könne.²³² Weder X. noch andere Y.-Agenten erhielten durch das erwähnte Reporting Zugriff auf wettbewerbssensible Informationen.²³³

144. Weil die Formulierung «nicht verpflichtet» nach Auffassung des Sekretariats Anlass zu Missverständnissen geben kann, hat es zur Klarstellung in Bezug auf die Förderung kollusiver Verhaltensweisen die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat:²³⁴ X. passt Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag dahingehend an, dass die darin enthaltenen Sätze jeweils um den Zusatz «und darf insbesondere keine wettbewerbssensiblen Informationen über Konkurrenten der X.-Gruppe zugänglich machen» ergänzt werden.²³⁵

145. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung betreffend kollusive Verhaltensweisen mit den Vorgaben der echten Agentur (Rz 78 ff.) vereinbar. Die Voraussetzung, wonach das Y.-Agentursystem keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen nach sich ziehen darf, ist insoweit erfüllt.

C.3.1.2.3. Fazit zur Agentenqualität der Y.-Agenten

146. Das Y.-Agenturmodell erfüllt in der gemeldeten Form nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien (Rz 79 ff.) nicht vollständig (Rz 94–96, 123 f., 128, 144). Aus diesem Grund hat das Sekretariat Anregungen formuliert (Rz 167). X. hat diese Anregungen akzeptiert.

147. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, erfüllt das Y.-Agenturmodell nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien (Rz 79 ff.). Diese vor Umsetzung des Y.-Agenturmodells vorgenommene Einschätzung steht unter dem Vorbehalt, dass X. tatsächlich die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten (Rz 80) gewährleistet.

148. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats nicht umsetzt oder aus anderen Gründen nicht die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der

228 Act. 3, S. 2.

229 Act. 4, S. 5.

230 Act. 4, S. 5.

231 Act. 4, S. 5.

232 Act. 4, S. 5.

233 Act. 4, S. 5.

234 Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

235 Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5; act. 9, S. 1.

37 Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten gewährleistet, besteht das Risiko, dass das Y.-Agenturmodell die Voraussetzungen der echten Agentur nicht erfüllt. Es wäre diesfalls in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob das Y.-Agenturmodell zu einer Wettbewerbsabrede führt (Art. 4 Abs. 1 KG; Rz 149 ff.).

C.3.1.3 Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

149. Y.-Agenten sind echte Agenten und können mit X. in Bezug auf den Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags keine Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG treffen, wenn sie aufgrund ihrer Beziehung mit X. nicht mehr als unabhängige Marktteilnehmer handeln. Dies ist dann der Fall, wenn sie die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien erfüllen (Rz 78 ff.).

150. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, erfüllt das Y.-Agenturmodell nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien (Rz 147), so dass das Y.-Agenturmodell zu keinen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führt.

151. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats nicht umsetzt oder aus anderen Gründen nicht die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten gewährleistet, besteht das Risiko, dass das Y.-Agenturmodell die Voraussetzungen der echten Agentur nicht erfüllt und zu Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führt (Rz 75, 148). Es wäre diesfalls in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob diese unzulässig wären (Art. 5 KG; Rz 152 ff.).

C.3.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

152. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG). Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

153. Gemäss Y.-Agenturvertrag verkaufen Y.-Agenten die Vertragsware im Namen von X. zu dem von X. festgelegten Verkaufspreis (Ziff. 3.5.1 Abs. 3 Y.-Agenturvertrag). Die Y.-Agenten dürfen weder direkt noch indirekt den Verkaufspreis, Bestandteile des Verkaufspreises oder gesonderte Zusatzkosten, die dem Kunden von oder im Namen von X. in Rechnung gestellt werden, ändern. Sie dürfen dem Kunden keine Rabatte gewähren, auch nicht zu Lasten ihrer Provision (Ziff. 3.5.1 Abs. 4 Y.-Agenturvertrag).²³⁶

154. Damit könnte der Y.-Agenturvertrag für die Vertragsware Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vorsehen, in welchem Fall eine Vermutung dafürspräche, dass der wirksame

²³⁶ Der Y.-Agent kann nach eigenem Ermessen und auf eigene Kosten dem Kunden oder einem Dritten

ein Geschenk gemäss der unternehmensinternen [Richtlinie] zur Verfügung stellen oder übergeben, sofern der Gesamtwert des Geschenks [...] % des Verkaufspreises nicht überschreitet (Y.-Agenturvertrag [Fn 1], Ziff. 3.5.1 Abs. 4).

³⁸ Wettbewerb beseitigt wäre.²³⁷ Diese Vermutung könnte widerlegt werden,²³⁸ wovon angesichts des Vorhandenseins konkurrierender Anbieter von Neufahrzeugen, Gebrauchtfahrzeugen und Teilen²³⁹ auch vorliegend auszugehen wäre.²⁴⁰ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG.²⁴¹ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen.²⁴² Es hat festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind.²⁴³ Diese Rechtsprechung hat das Bundesge-

richt mehrfach bestätigt.²⁴⁴ Vorliegend sind keine Hinweise auf einen Bagatellfall ersichtlich. Somit würde die vorliegende vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG den Wettbewerb mutmasslich erheblich beschränken. Sie wäre vorbehaltlich der Rechtfertigung unzulässig.

155. X. hat keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht. Zureichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz für die vertikale Preisabrede sind gestützt auf die verfügbaren Informationen gegenwärtig auch nicht ersichtlich. Während mit der Einführung des Y.-Agenturmodells zwar Effizienzziele (z. B. Zentralisierung administrativer Tätigkeiten, betriebswirtschaftlich effizientere Organisation der Agenten, grössere Nähe von X. zu den Endkundinnen und Endkunden; Rz 34) verfolgt werden, sind Festpreise und damit harte vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hierfür nämlich mutmasslich nicht notwendig gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, weil solche Effizienzziele auch ohne harte vertikale Preisabreden erzielbar wären.

156. Wenn das Y.-Agenturmodell zu Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führt (Rz 151), kann die Einführung des Y.-Agenturmodells zu unzulässigen vertikalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG führen, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden könnten.

C.3.3 Fazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede

157. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt und tatsächlich die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten gewährleistet, erfüllt

237 BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, Pfizer.

238 BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, Pfizer.

239 Während bei Ersatzteilen eine markenspezifische Marktabgrenzung denkbar ist (vgl. RPW 2019/2,

275 f. Rz 201 ff., AMAG Vertriebsnetz), hat die Marktbefragung ergeben, dass dies in Bezug auf die [...] vorliegend relevanten Y.-Teile – [...] (Fn 3) – grundsätzlich nicht der Fall ist. In Bezug auf [...] wäre jedoch insbesondere noch zu prüfen, ob Garantiebestimmungen bestehen, die ein an sich mögliches Ausweichen auf Konkurrenzprodukte unwirtschaftlich machen (vgl. Act. 96, Antworten auf Frage 19). 240 Act. 1, S. 13 f.

241 BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, Pfizer; BGE 144 II 194, 199 E. 4.3.1, BMW; BGE 143 II 297, 325 E. 5.6,

Gaba. 242 Zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, Gaba; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020

E. 7.3.1, Hallenstadion, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist. 243 BGE 143 II 297 E. 5.2.5, 5.4.2, Gaba, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f., BMW; BGE 144 II 246

E. 10.1 f., Altimum; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), Flammarion. 244 BGE 144 II 194 E. 4.3, BMW; BGE 144 II 246 E. 10.3, Altimum; BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024

E. 5.6.2.1 f., autoweibel ag/WEKO; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste-Medikamente II; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, Altimum; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, Baubeschläge/KOCH Group AG.

39 das Y.-Agenturmodell nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien, so dass keine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG und damit auch keine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt (Rz 150).

158. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats nicht umsetzt oder aus anderen Gründen nicht die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten gewährleistet, kann die Einführung des Y.-Agenturmodells zu Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG und damit zu unzulässigen vertikalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG führen, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden könnten (Rz 156).

C.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG) 159. Im Fokus der vorliegenden Vorabklärung standen Hinweise auf unzulässige Verhaltensweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG im Zusammenhang mit der Einführung des Y.-Agenturmodells. Das Verhalten von X. im Zusammenhang mit der Einführung des Y.-Agenturmodells könnte jedoch auch zu einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung führen (Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG).

160. Die vorliegende Vorabklärung ergab gegenwärtig keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise von X. Vor dem Hintergrund der von X. in Aussicht gestellten Einhaltung der Voraussetzungen der echten Agentur gemäss den EU-Vertikalleitlinien (Rz 146 f.) bestehen nach Auffassung des Sekretariats in Bezug auf die Ausgestaltung des Y.-Agenturmodells gegenwärtig insbesondere keine Anhaltspunkte für eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) oder eine mittelbare Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Die Marktstellung von X. kann daher vorliegend offengelassen werden.

161. Nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildeten insbesondere einerseits Verhaltensweisen von X. gegenüber Y.-Händlern, denen kein Y.-Agenturvertrag angeboten wurde, und andererseits – mangels eines konkreten zu untersuchenden bilateralen Verhältnisses – Fragen zum Missbrauch relativer Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 bis i. V. m. Art. 7 KG).

162. Weil sich damit im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG im Rahmen der Vorabklärung gegenwärtig keine Anhaltspunkte für unzulässiges Verhalten ergeben haben, verzichtet das Sekretariat vorliegend auf zusätzliche Ausführungen hierzu.

D Ergebnis 163. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung war die Frage, ob das von X. vorgesehene Y.-Agenturmodell für Y.-Fahrzeuge sowie Y.-Teile die Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt oder ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 bis 30 KG nahelegen.

164. Das Y.-Agenturmodell erfüllt in der gemeldeten Form nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien nicht vollständig (Rz 146). Damit bestehen Anhaltspunkte, dass das Y.-Agenturmodell zu einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führt, die als unzulässige sanktionierbare vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert werden könnte (Rz 156). Im Rahmen des Vorabklärungsverfahrens ist es jedoch nicht erforderlich, definitive Schlussfolgerungen über das Vorliegen eines Gesetzesverstosses

40 zu ziehen.²⁴⁵ Vorliegend hat X. zudem die durch das Sekretariat angeregten Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG (Rz 167) akzeptiert. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt und tatsächlich die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten gewährleistet, erfüllt das Y.-Agenturmodell nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien, so dass keine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG und damit auch keine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt (Rz 157).

165. Auf die Eröffnung einer Untersuchung kann verzichtet werden, wenn die Eröffnung eines solchen Verfahrens unverhältnismässig wäre. Dabei ist die gesamte Interessenlage des Einzelfalls sorgfältig und umfassend zu würdigen. Vorliegend spricht insbesondere die erst ausstehende Umsetzung des Y.-Agenturmodells sowie die durch X. in Aussicht gestellte Umsetzung der angeregten Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG (Rz 167) für einen vorläufigen Verzicht auf die Eröffnung einer Untersuchung. Setzt X. die Anregungen nicht um oder gewährleistet X. aus anderen Gründen nicht die Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten im Sinne der Deckung aller nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken der Agenten, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen (Art. 27 KG).

166. Was den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anbelangt, bestehen gegenwärtig keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise von X. gemäss Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG. Nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildeten insbesondere einerseits Verhaltensweisen von X. gegenüber Y.-Händlern, denen kein Y.-Agenturvertrag angeboten wurde, und andererseits – mangels eines konkreten zu untersuchenden bilateralen Verhältnisses – Fragen zum Missbrauch relativer Marktmacht (Art. 4 Abs. 2bis i. V. m. Art. 7 KG).

E Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG 167. Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Das Sekretariat regt die folgenden Massnahmen an, um die erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen (Rz 164, 166) zu verhindern.

1. Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3; Rz 94): X. lässt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agent eine nach bestem Wissen und Gewissen der Organe und Angestellten der Gesellschaften der X.-

Gruppe möglichst vollständige und leicht verständliche Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten in ausdrückbarer Form zukommen und unterrichtet die Y.-Agenten stets im Voraus schriftlich und begründet über Anpassungen der Liste.

2. Marktspezifische Investitionen, die auch nicht vom Y.-Agenturvertrag erfassten Leistungen zugutekommen (vgl. Y.-Agenturvertrag, Präambel; Rz 128): X. teilt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agenten schriftlich (z. B. mittels Brief, E-Mail oder internem Kommunikationssystem) und leicht verständlich mit, dass X. sämtliche wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten, die nicht klar vom Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags abgrenzbar sind, auch dann vollständig trägt, wenn die entsprechenden Kosten nicht nur den Vertragswaren und -

245 RPW 2019/3a, 599 Rz 205, TWINT/Apple.

41 Leistungen gemäss Y.-Agenturvertrag zugutekommen, sondern auch nicht vom Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags erfassten Waren und Leistungen.

3. Redaktionelle Anpassungen des Y.-Agenturvertrags

a. Periodizität der Nachschusszahlungen bei unzureichender Provision (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4; Rz 95): X. ergänzt Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 Y.-Agenturvertrag durch folgende Sätze und passt alle relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) entsprechend an: «Sofern der Agent für einen Zeitraum im ersten Halbjahr eines Kalenderjahres den Nachweis erbringt, dass der tatsächliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent in diesem Zeitraum aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und es sich beim ungedeckten Betrag nicht um einen Betrag unterhalb von 3 % des jährlichen deckungsfähigen Anteils der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und der jährlichen laufenden Kosten handelt, kann der Agent verlangen, dass bereits per 30. Juni dieses Kalenderjahres provisorisch abgerechnet und der entsprechende Betrag unter Vorbehalt der finalen Jahresabrechnung zeitnah ausbezahlt wird. Der entsprechende Betrag wird sodann in die ordentliche Jahresabrechnung eingerechnet.».

b. Maximalbeträge betreffend anrechenbare Kosten im Kontext der Provision (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 2; Rz 96): X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass sämtliche Stellen, welche die anrechenbaren wesentlichen vertrags- oder marktspezifischen Kosten mittels eines Maximal- bzw. Höchstbetrags konkretisieren, durch den Zusatz «vorbehältlich höherer tatsächlicher gerechtfertigter Kosten» ergänzt werden.

c. Vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen der Y.-Agenten (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6; Rz 123): X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages durch die Y.-Händler getätigte Investitionen, die gemäss Y.-Agenturvertrag erforderlich sind und deren Wert noch nicht abgeschrieben ist, gilt, dass X. diese bei der Erstattung der marktspezifischen Investitionen «berücksichtigt» anstatt «berücksichtigt werden kann».

d. Vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen der Y.-Agenten (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6; Rz 124): X. passt Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 Y.-Agenturvertrag dahingehend an, dass der Ausdruck «etwas ande- res» durch «ein kürzerer Zeitraum» ersetzt wird.

e. Förderung kollusiven Verhaltens (vgl. Y.-Agenturvertrag, Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3 Abs. 2; Rz 144): X. passt Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag dahingehend an, dass die darin enthaltenen Sätze jeweils um den Zusatz «und darf insbesondere keine wettbewerbssensiblen Informationen über Konkurrenten der X.-Gruppe zugänglich machen» ergänzt werden.

168. X. belegt die Umsetzung der vorstehenden Anregungen, soweit sie vor Einführung des Y.-Agenturmodells umzusetzen sind, zuhanden des Sekretariats mittels Einreichung von Kopien der erfolgten Kommunikationen (Anregungen 1 und 2) und der angepassten Vertragsstellen (Anregungen 3a–3e) so bald als möglich, spätestens aber zwei Monate vor Einführung des Y.-Agenturmodells.

42 F Kosten 169. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²⁴⁶ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 GebV-KG veranlasst.

170. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere unter der Voraussetzung verzichtet, dass X. die angeregten Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt. Damit hat X. die Verfahrenskosten zu tragen.

171. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

172. Der Zeitaufwand des Widerspruchsverfahrens beläuft sich auf [...] Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

– [...] Stunden zu 290 Franken, ergebend [...] Franken;

– [...] Stunden zu 200 Franken, ergebend [...] Franken;

– [...] Stunden zu 130 Franken, ergebend [...] Franken; insgesamt ergebend [...] Franken.

173. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf [...] Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

– [...] Stunden zu 290 Franken, ergebend [...] Franken;

– [...] Stunden zu 200 Franken, ergebend [...] Franken;

– [...] Stunden zu 130 Franken, ergebend [...] Franken; insgesamt ergebend [...] Franken.

174. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt [...] Franken.

175. Die durch X. zu bezahlende Gebühr beträgt [...] Franken.

G Schlussfolgerungen 176. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;

246 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

43 2. verzichtet darauf, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen, sofern X. die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;

3. erhebt Verfahrenskosten von [...] Franken;

4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

44

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.