

WEKO zerspannungswerkzeuge-2023-12-19 vom 19. Dezember 2023

WEKO, 2023-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_zerspannungswerkzeuge-2023-12-19

FR: WEKO zerspannungswerkzeuge-2023-12-19 du 19 décembre 2023

IT: WEKO zerspannungswerkzeuge-2023-12-19 del 19 dicembre 2023

Erwägungen

E. 50

Zu prüfen ist, ob mit Blick auf den vorstehenden Sachverhalt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts bestehen. Nicht zu prüfen ist im Rahmen der Vorabklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (vgl. Art. 26 f. KG). 51. Nachfolgend werden zwei Sachverhaltskomplexe separat geprüft: Zum einen sind die bilateralen Kontakte zwischen [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zum Zwecke der Akquirierung der Unternehmen als [Handelspartnerinnen] sowie der entsprechende einmalige Informationsaustausch (vgl. dazu oben Rz 24 ff., 44–47) kartellrechtlich zu würdigen (vgl. dazu unten Rz 57 ff.). Zum anderen ist auf die laufende Kooperation zwischen [A] und den [Handelspartnerinnen] einzugehen, d. h. auf die gemeinsame Verwendung der Bruttopreisliste für [...] -Produkte durch die Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu oben Rz 31 f. und unten Rz 83 ff.) sowie auf den laufenden Informationsaustausch, welcher durch die gemeinsame Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] ermöglicht wird (vgl. dazu oben Rz 34 ff., 48 und unten Rz 83 ff.). Vorab ist insgesamt zu prüfen, ob der Geltungsbereich des KG eröffnet ist (siehe dazu Rz 52 ff.) und vorbehaltene Vorschriften eine Anwendung des KG ausschliessen (siehe dazu Rz 56). C.1 Geltungsbereich 52. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

17

53. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).⁹⁸ Die vorliegende Vorabklärung richtet sich gegen [A], [...], [...], [...], [...] und [...] (vgl. oben Rz 3 ff.). Diese sind, sofern sie in einen Konzern eingebunden sind, insbesondere zusammen mit ihren Muttergesellschaften als Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren, da sie als Anbieter und Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. oben Rz 4 ff.). Das Kartellgesetz ist mithin in persönlicher Hinsicht anwendbar. 54. Vorliegend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen (vgl. oben Rz 1 f., 12). Dies wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu unten Rz 57 ff., 83 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet. In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz folglich anwendbar. 55. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. C.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften 56.

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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Vorliegend ist die Anwendung des Kartellgesetzes nicht durch vorbehaltene Vorschriften i. S. v. Art. 3 KG ausgeschlossen.

C.3 Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den [Handelspartnerinnen]-Akquirierungen (Einführung bzw. Stärkung des Dualvertriebs) 57. Nachfolgend werden die bilateralen Kontakte zwischen [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zum Zwecke der Akquirierung der fünf Händlerinnen als [Handelspartnerinnen] (Einführung bzw. Stärkung des Dualvertriebs) und der entsprechende einmalige Informationsaustausch (vgl. dazu oben Rz 24 ff., 44–47) kartellrechtlich gewürdigt. C.3.1 Allgemeines 58. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Erfüllt eine Kooperation nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Definition, hat es damit sein Bewenden; die Kooperation ist kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Ist eine Kooperation hingegen als Abrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bestimmt sich deren (Un-)Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG. Den Grundsatz hält

98 Vgl. dazu BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, Publigroupe; vgl. auch RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 7 m. w. H.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 2 LCart N 21 f.

18

Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredegegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG. C.3.2 Wettbewerbsabrede 59. 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). 60. Eine Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 61 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; siehe Rz 67 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 73 ff.).⁹⁹ C.3.2.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 61. Eine Wettbewerbsabrede setzt voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken.

Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Gesellschaften, die demselben Unternehmen i. S. v. Art. 2 KG angehören, werden nicht erfasst.¹⁰⁰ 62. Vorliegend geht es um das Zusammenwirken von [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] anlässlich von bilateralen Kontakten. Diese Vorabklärungsadressatinnen sind je als Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1 bis KG zu qualifizieren (vgl. vorne Rz 53). 63. Art. 4 Abs. 1 KG stellt klar, dass es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nicht von Bedeutung ist, auf welcher Marktstufe die mutmasslich zusammenwirkenden Unternehmen tätig sind («...Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen...»). Diese können vielmehr in horizontalen, vertikalen oder auch konglomeraten bzw. diagonalen Verhältnissen zueinanderstehen.¹⁰¹ Entscheidrelevant würde die Frage des konkreten Verhältnisses der Abredeteilnehmerinnen erst für die materielle Beurteilung der Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG.¹⁰² Art. 5 KG wird jedoch nachfolgend nicht zu prüfen sein, da keine Wettbewerbsabreden

99 Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, Hors-Liste-Medikamente II; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), Dargaud; BGE 148 II 321 E. 6.2, Flammarion, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, Altimum. 100 BGE 139 I 107 E. 10.4.1, Publigroupe; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m. w. H., Ni- kon; vgl. dazu etwa auch ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz 300 ff.; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 4 Abs. 1 N 358 m. w. H.; CR Concurrence- AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 98), Art. 4 I LCart N 15. 101 Vgl. etwa RPW 2012/1, 102 f. Rz 156, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; RPW 2021/1, 217 f. Rz 53 f., Optische Netzwerke; vgl. dazu auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 80 ff. 102 DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 82.

19

im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (vgl. Rz 73 ff., 80 f., 82). Gleichwohl kann an dieser Stelle Folgendes ausgeführt werden. 64. Im Falle der Akquirierung der [Handelspartnerinnen] wirkte jede der fünf Händlerinnen je einzeln mit [A] zusammen (siehe oben Rz 24 ff., 44–47): [A] trat gegenüber den fünf Händlerinnen jeweils als Generalimporteurin bzw. Lieferantin von [...] -Zerspanungsprodukten auf, welche die fünf Händlerinnen weiterverkaufen sollten. Insoweit sind die zusammenwirkenden Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen tätig, was für ein vertikales Zusammenwirken bzw. vertikale Abreden spricht. [A] ist indes wie die [Handelspartnerinnen] auch auf Händlerstufe tätig, da sie Zerspanungsprodukte und -lösungen auch direkt vertrieb bzw. vertreibt (Dualvertrieb; vgl. oben Rz 6, 21). Dies spricht auch für eine horizontale Komponente. 65. Für Konstellationen des dualen Vertriebs ist die Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (VertBek)¹⁰³ zu berücksichtigen.¹⁰⁴ Nach Art. 10 Abs. 2 VertBek gilt die Vert-Bek nicht für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen. Die Regelungen der VertBek kommen jedoch ausnahmsweise zur Anwendung bei vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen, wenn die Wettbewerberinnen nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden treffen und – wie hier die [A] – eine Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine

Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der sie die Vertragswaren bezieht (Art. 10 Abs. 2 Bst. a VertBek). In Bezug auf einen Informationsaustausch in einer solchen Konstellation kommt die Ausnahme nur zur Anwendung, wenn der Informationsaustausch zwischen der Anbieterin und den Abnehmerinnen direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft und zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren erforderlich ist (Art. 10 Abs. 3 VertBek e contrario). Art. 10 Abs. 5 VertBek stellt zudem klar, dass die Anwendung der VertBek auf Konstellationen des dualen Vertriebs nicht ausschliesst, den Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG zu qualifizieren. 66. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zusammenwirken von [A] und den übrigen Vorabklärungsadressatinnen vertikalen und horizontalen Charakter hat. Bei den beteiligten Unternehmen handelt es sich mithin um Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen. C.3.2.2 Verhaltenskoordination: bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 67. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination. 105 Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt. 106 Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten. 107

103 Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek). 104 Vgl. auch RPW 2020/2, 632 Rz 55 f., AdBlue. 105 Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. 106 Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. 107 BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung.

20

68. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden. 108 Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich. 109 Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten. 110 69. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten «Vereinbarungen». Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit der Unternehmen vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR 111). 112 Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich), durch konkludentes Verhalten (Art. 1 Abs. 2 OR) oder stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen. 113 Eine Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich

nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle): Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden.¹¹⁴ Ob ausdrückliche oder konkludente Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.¹¹⁵ 70. Vorliegend einigten sich [...], [...], [...], [...] und [...] je einzeln mit [A] darüber, dass sie als [Handelspartnerin] von [A] fungieren und künftig bestimmte ehemalige Kundinnen von [A], zu welchen sie detaillierte Umsatzinformationen erhalten hatten, betreuen wollen (vgl. Rz 28 ff., 46). Dabei gingen die beteiligten Unternehmen davon aus, dass die designierten [Handelspartnerinnen] Informationen zu den bislang bezogenen Produkten und den Verkaufspreisen zu den jeweiligen Kundinnen, welche [A] ihnen überlassen wollte, erhalten sollten (vgl. insbesondere Rz 30, 46). Ziel dieser bilateralen Informationsübermittlungen war gemäss den Ermittlungen sicherzustellen, dass die jeweilige [Handelspartnerin] den Kundinnen keine höheren Verkaufspreise bzw. tieferen Rabatte verrechnen würde als zuvor [A] (vgl. Rz 30, 46). Insoweit liegt in den bilateralen Verhältnissen zwischen [A] und den fünf Händlerinnen jeweils ein Konsens über die Art und Weise der Zusammenarbeit von [A] und den fünf Händlerinnen vor, d. h. eine Vereinbarung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG. Anhaltspunkte für eine horizontale Zusammenarbeit zwischen den fünf Händlerinnen ergaben die Ermittlungen hingegen nicht (vgl. auch unten Rz 72).

108 BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. 109 BVerfGE, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, Gaba; BVerfGE, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, Gebro; BSK KG-REINERT (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 48 m. w. H. 110 BVerfGE, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.1.2 f., Baubeschläge/SFS unimarket; vgl. auch BGE 147 II E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; BSK KG-REINERT (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 46 m. w. H. 111 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220). 112 BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum. 113 BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. 114 BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. 115 Statt anderer BVerfGE, 4A_659/2017 vom 18.5.2018 E. 4.1 m. w. H. Dies gilt auch im Kartellrecht, wie etwa BGE 144 II 246 E. 6.5, Altimum, zeigt, ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen. Vgl. auch BVerfGE, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, Türprodukte; BVerfGE, 5A_127/2013 vom 1.7.2013 E. 4.1; BGE 116 II 695 E. 2; BSK KG-REINERT (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 52 m. w. H.

21

71. Die einzelnen vertikalen Informationsaustausche zwischen [A] und jeweils einer [Handelspartnerin] über ehemalige Kundinnen von [A], die von [A] mit diesen erzielten Umsätzen, die bislang bezogenen [...] Produkte sowie die Verkaufspreise (vgl. Rz 45 f., 24 ff.) sind vor diesem Hintergrund nicht isoliert zu beurteilen, sondern als «Vorbereitungsakte» bzw. «Umsetzungsakte» der vorliegenden bilateralen Vereinbarungen über die Übernahme von bestimmten bisherigen Kundinnen von [A] zu qualifizieren.¹¹⁶ Hinzuweisen ist darauf, dass diese bilateralen Informationsaustausche für sich betrachtet jedenfalls den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise¹¹⁷ erfüllen, da die beteiligten Unternehmen in den bilateralen Verhältnissen jeweils interne Informationen von [A] austauschten und die [Handelspartnerinnen] die mitgeteilten Informationen jeweils für ihre Tätigkeit als Handelsunternehmen verwendeten (vgl. insbesondere Rz 40). 72. Mit Blick auf den Vorabklärungsgegenstand (siehe dazu Rz 1 f.,

12 f.) ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Ermittlungen keine Anhaltspunkte für eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise betreffend die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen und/oder zur definitiven Zuteilung von Kundinnen ergeben haben (vgl. Rz 33, 47). Insoweit liegt also kein bewusstes und gewolltes Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen vor, weshalb insofern schon deshalb das Vorliegen von Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen ist. C.3.2.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 73. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». 74. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden». 118 Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter beziehen. 119 Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral». 120. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG. 121 75. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ. 122 Aufgrund

116 Ähnlich BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.4.3., ASCOPA. 117 Siehe dazu insbesondere BGE 147 II 72 E. 3.4, Hors-Liste-Medikamente II. 118 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, BMW; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, Gebro. 119 Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, KTB-Werke; RPW 2018/4, 790 Rz 370, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III; RPW 2018/2, 240 Rz 32, Gym80. 120 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II. 121 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II. 122 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; vgl. u. a. auch BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, BMW.

22

der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken. 123 76. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder mit anderen Worten der Verhaltenskoordination der wettbewerbsbeschränkende Zweck innewohnt. 124 Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant: so namentlich der Inhalt der Kooperation, die mit ihr verfolgten Ziele, der wirtschaftliche und rechtliche Kontext und in dessen Rahmen die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die Funktionsweise und die Struktur der betreffenden Märkte. 125 Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Rz 74

durch Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.¹²⁶ Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Rz 74 führt,¹²⁷ ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.¹²⁸ 77. Vorliegend bestanden zwischen [A] und den Händlerinnen jeweils bilaterale Vereinbarungen über die künftige Betreuung bestimmter bisheriger [A]-Kundinnen durch die jeweilige Händlerin, über den Informationsaustausch zu Umsatzzahlen, bislang bezogene Produkte und die bisherigen Verkaufspreise von [A] sowie über die Nichtüberschreitung des bisherigen Preisniveaus (vgl. oben Rz 70). Damit beschränkten sich [A] und die fünf Händlerinnen in den bilateralen Verhältnissen jeweils in ihrer Freiheit, ihre Kundinnen autonom auszuwählen¹²⁹ und ihre Preise gänzlich selbständig festzulegen, mithin in Wettbewerbsparametern. Zudem handelt es sich bei den in den bilateralen Verhältnissen ausgetauschten Informationen um sensible Informationen mit Geschäftsgeheimnischarakter (Umsatz, bezogene Produkte, Verkaufspreise), welche direkt oder indirekt den Preis als zentralen Wettbewerbsparameter beschlagen.¹³⁰ 78. Mit der Einschränkung der Handlungsfreiheit durch die Vereinbarung bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter geht in der Regel eine mögliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einher.¹³¹ Damit ist eine solche Vereinbarung grundsätzlich zumindest objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen; ob sie unzulässig ist, ist im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.¹³² Gemäss Praxis, Rechtsprechung und Lehre kann indes ausnahmsweise das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch im Falle der Beschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparameter verneint

123 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, Altimum. 124 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II. 125 Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32, 35 m. w. Hw., Super Bock; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22. 126 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, Gebro. 127 Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, Bauleistungen Graubünden. 128 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 129 Vgl. dazu RPW 2020/2, 629 f. Rz 37 ff., AdBlue. 130 Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.4, E. 4.6.4 f., ASCOPA. 131 Vgl. RPW 2021/1, 116 f. Rz 163–165 m. w. N., Dauer-ARGE Graubünden. 132 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II.

23

werden, wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann oder sogar prokompetitiv wirkt.¹³³ 79. Dies gilt insbesondere bei einem Informationsaustausch. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann wettbewerbsbeschränkend, aber auch wettbewerbsfördernd sein,¹³⁴ weshalb die Beurteilung eines Informationsaustausches stets eine Einzelfallbetrachtung erfordert.¹³⁵ Der Austausch von Informationen ist umso unproblematischer, je seltener der Austausch stattfindet, je weniger aktuell die ausgetauschten Informationen sind, je grösser der Aggregierungsgrad ist und je bekannter die ausgetauschten Daten ohnehin in der Öffentlichkeit oder zumindest im Markt sind

(keine vertraulichen Daten).¹³⁶ 80. Vorliegend ging es den Unternehmen bei der jeweiligen bilateralen Zusammenarbeit darum, die Betreuung der bisherigen [A]-Kundinnen im angepassten Vertriebssystem zu gewährleisten und sicherzustellen, dass diesen keine höheren Preise verrechnet werden würden als zuvor von [A] (vgl. Rz 30, 46, 70). Die Kundinnen, welche den [Handelspartnerinnen] überlassen wurden, waren dabei in der Regel mit der Änderung ihrer Lieferantin einverstanden; falls nicht, nahm [A] die betreffende Kundin zurück (vgl. Rz 29). Die Zusammenarbeit lag vorliegend also im Interesse der Kundschaft und führte dazu, dass sich die Anzahl Anbieterinnen von [...] Produkten schweizweit erhöhte. Der entsprechende einmalige Informationsaustausch erfasste dabei zwar vertrauliche, nicht-aggregierte und zum damaligen Zeitpunkt teilweise auch aktuelle Daten. Allerdings war der Informationsaustausch nur einmalig und die beteiligten Unternehmen gingen davon aus, nach der Übernahme der ehemaligen Kundinnen von [A] in der Preissetzung und der Auswahl ihrer Kundinnen frei zu sein (vgl. Rz 33, 43). Der Umstand, dass die individuellen, kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise sowie die Kundenkreise im Zeitverlauf gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf den natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Zudem verfügen die Vorabklärungsadressatinnen über keine bedeutende Marktstellung. Gemessen am schweizerischen Gesamtvolumen im Bereich Zerspanungsprodukte ([...]–[...] Mio. CHF pro Jahr¹³⁷; vgl. Rz 18) liegt der gemeinsame Umsatzanteil der Vorabklärungsadressatinnen für das Jahr 2021 bei rund [0–10] %.¹³⁸ Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen stand und steht dabei nicht nur eine Vielzahl alternativer Anbieterinnen von Zerspanungsprodukten anderer Marken zur Verfügung (vgl. dazu Rz 20), sondern sie konnten und können [...] Produkte auch aus alternativen Quellen beziehen (vgl. Rz 21). 81. Mit Blick auf diese Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen vertikalen Informationsaustausch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil

133 Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, ASCOPA; RPW 2021/1, 117 Rz 165, Dauer-ARGE Graubünden; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N. 134 Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 98), Art. 4 N 150 m. w. N. 135 Vgl. dazu etwa RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 ff., Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; RPW 2011/4, 517 ff., Benchmarking Hypothekarzinsenmargen; RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., ASCOPA; RPW 2016/4, 916 ff., Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse; RPW 2020/4a, 1828 ff. Rz 517 ff., Bauleistungen Graubünden; RPW 2021/3, 620 f. Rz 15 ff., Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA. 136 Vgl. dazu insbesondere BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4 m. w. N., ASCOPA. 137 Gemäss Schätzung von [A], vgl. Act. 28 f. Vgl. auch Fn 36. 138 Berechnung des Sekretariats anhand der Umsatzangaben der Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu Rz 4 ff.; s. a. Rz 22).

24

sich hierdurch die Zahl der Anbieterinnen von [...] Produkten schweizweit erhöhte. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen Informationsaustausch eine

Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten. C.3.3 Zwischenfazit 82. Im Hinblick auf die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen vertikalen Informationsaustausch liegen folglich keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Die bilateralen Vereinbarungen sind mithin zulässig. C.4 Laufende Zusammenarbeit im Rahmen des dualen Vertriebs 83. Nachfolgend wird die laufende Kooperation zwischen [A] und den [Handelspartnerinnen] [...], [...], [...], [...] und [...] beurteilt. Einzugehen ist auf die gemeinsame Verwendung der Bruttopreisliste für [...] -Produkte durch die Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu oben Rz 31 f.) sowie auf den laufenden Informationsaustausch, welcher durch die Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] ermöglicht wird (vgl. dazu oben Rz 34 ff., 48).

C.4.1 Wettbewerbsabrede 84. 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). Zu prüfen ist wiederum, ob a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen zusammenwirken (siehe dazu Rz 85), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens vorliegt (siehe dazu Rz 86 f.) und c) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ist (siehe dazu Rz 88 ff.). C.4.1.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 85. Auch im Falle der laufenden, gemeinsamen Verwendung der [...] -Bruttopreisliste sowie der Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] liegt ein Zusammenwirken von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen vor (vgl. oben Rz 61 ff.). Entscheidend wäre die Frage des konkreten Verhältnisses der Abredeteilnehmerinnen erst für die materielle Beurteilung der Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG. 139 Art. 5 KG wird jedoch nachfolgend nicht zu prüfen sein, da keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (vgl. Rz 88 ff., 96).

C.4.1.2 Verhaltenskoordination: bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 86. Im Rahmen ihrer laufenden Kooperation verwenden [A] und [...], [...], [...], [...] und [...] die ca. jährlich angepasste [...] -Bruttopreisliste für die Kalkulierung ihrer kunden- und produkt-spezifischen Verkaufspreise mittels Rabattsetzung (vgl. oben Rz 31 f.) und nutzen den Direktversand sowie den [Online-Shop] (vgl. oben Rz 34 ff.). Durch Letzteres erfährt der [...] -Konzern bzw. [A] in der Regel laufend, welche Unternehmen aktuelle Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sind und in welcher Menge diese Unternehmen welche [...] -Produkte beziehen (vgl. oben Rz 34 ff., 48). Aufgrund dieser Verhaltensweisen bestehen Anhaltspunkte,

139 DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 82.

25

dass in den bilateralen Verhältnissen zwischen [A] und jeweils einer der fünf Händlerinnen ein Konsens bestand und besteht über die Verwendung der [...] -Bruttopreisliste als Kalkulationsgrundlage für die Rabattsetzung sowie die Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] sowie den entsprechenden Informationsfluss. Es bestehen damit Anhaltspunkte für bilaterale Vereinbarungen oder zumindest abgestimmte Verhaltensweisen i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. dazu oben Rz 67 ff.). 87. Es liegt damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor in Bezug auf den laufenden Austausch und die Verwendung der [...] -Bruttopreisliste als Kalkulationsgrundlage für die Berechnung der Verkaufspreise sowie die laufende Übermittlung von Informationen über die Identität von

aktuellen Kundinnen der [Handelspartnerinnen] und die von diesen bezogenen Produkte und Mengen. C.4.1.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 88. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die laufenden bilateralen Austausche der [...]Bruttopreisliste und ihre Verwendung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Rz 89 ff.). Anschliessend ist darauf einzugehen, ob infolge der laufenden Übermittlung von Informationen über die Identität von aktuellen Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sowie die von diesen bezogenen Produkte und Mengen Anhaltspunkte für eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bestehen (vgl. Rz 93 ff.). C.4.1.3.1. Laufender Austausch und gemeinsame Verwendung der [...] Bruttopreisliste 89. Wie erläutert, liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn das bewusste und gewollte Zusammenwirken konkret ein wettbewerbsbeschränkendes Potential hat bzw. objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. einer Beschränkung von Wettbewerbsparametern herbeizuführen (vgl. oben Rz 76). Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.¹⁴⁰ Gemäss Praxis, Rechtsprechung und Lehre kann ausnahmsweise das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch im Falle der Beschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparameter verneint werden, wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann oder sogar prokompetitiv wirkt (vgl. oben Rz 78 f.).¹⁴¹ 90. Der Austausch von Bruttopreislisten und die gemeinsame Verwendung solcher Listen kann die Gefahr von abgestimmten Verkaufspreisen begründen, weil die beteiligten Unternehmen bei der Preiskalkulation unter Berücksichtigung von Rabatten eine einheitliche Basis verwenden.¹⁴² Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen mit Bezug zu Bruttopreisen können sogar als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert werden, etwa wenn Konkurrentinnen ihre jeweiligen Bruttopreise bzw. Bruttopreiserhöhungen mit dem Ziel

¹⁴⁰ BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. ¹⁴¹ Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, ASCOPA; RPW 2021/1, 117 Rz 165, Dauer-ARGE Graubünden; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N. ¹⁴² Vgl. dazu auch BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4.2.4.23, ASCOPA.

26

der Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus aufeinander abstimmen.¹⁴³ Das bedeutet indes nicht, dass jeder Austausch und jede Verwendung einer Bruttopreisliste eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Massgebend ist stets eine Einzelfallbetrachtung. ⁹¹. Vorliegend geht es nicht um eine Abstimmung von Bruttopreislisten zwischen horizontalen Wettbewerberinnen (z. B. Herstellerinnen), sondern um bilaterale Austausche einer Bruttopreisliste in vertikalen Verhältnissen. Sowohl die beteiligten Unternehmen als auch deren Kundinnen gingen und gehen dabei davon aus, dass die Händlerinnen in der Preisbildung frei sind und die tatsächliche Preisfestsetzung mittels produkt- und kundenspezifischer Rabatte erfolgen soll und erfolgt(e) (vgl. Rz 33, 43). Der Umstand, dass die individuellen, kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf

natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Schon dies spricht dafür, dass der Austausch der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Kommt hinzu, dass es – wie die Vorabklärungsadressatinnen vorbringen – plausibel ist, dass die [...] -Bruttopreisliste für die Händlerinnen den Aufwand bei der Preissetzung für die verkauften Artikel des [...] Zerspanungsprodukte umfassenden [...] -Sortiments (vgl. dazu Rz 21) senkt und damit zu tieferen Kosten führt.¹⁴⁴ Darüber hinaus ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass die Vorabklärungsadressatinnen keine bedeutende Marktstellung haben, da der gemeinsame Umsatzanteil der Vorabklärungsadressatinnen rund [0–10] % des insgesamt pro Jahr mit dem Verkauf von Zerspanungsprodukten erzielten Umsatzes beträgt (vgl. oben Rz 18, 22, 80).¹⁴⁵ Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen standen und stehen dabei nicht nur eine Vielzahl alternativer Anbieterinnen von Zerspanungsprodukten anderer Marken zur Verfügung (vgl. dazu Rz 20), sondern sie konnten und können [...] -Produkte auch aus alternativen Quellen beziehen (vgl. Rz 21).⁹² Mit Blick auf die genannten Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über den laufenden Austausch der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil dies den Aufwand der Händlerinnen bei der Preiskalkulation senkte. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen über den laufenden Austausch der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten. C.4.1.3.2. Laufende Übermittlung von Informationen zu Kundinnen, bezogenen Produkten und Mengen⁹³. In Bezug auf die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je eine der fünf Händlerinnen über den laufenden Informationsaustausch betreffend die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen sind vor allem informationsaustauschspezifische Aspekte zu berücksichtigen. Der Austausch von Informationen ist generell umso problematischer, je häufiger der Austausch stattfindet, je aktueller die ausgetauschten Informationen sind, je geringer der Aggregierungsgrad ist und je vertraulicher die ausgetauschten Daten sind.¹⁴⁶ Zu beachten ist auch, dass ein Informationsaustausch nicht als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG angesehen werden kann, wenn er offensichtlich keine

¹⁴³ Vgl. dazu RPW 2012/3, 640 f. Rz 245 ff., 642 Rz 258, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen; RPW 2019/3b, 956 ff. Rz 2292 ff., Badezimmer. ¹⁴⁴ Vgl. dazu die Angaben der Vorabklärungsadressatinnen in Act. 24–34, 38. ¹⁴⁵ Berechnung des Sekretariats anhand der Umsatzangaben von [A] (vgl. dazu Rz 6; s. a. Rz 22). ¹⁴⁶ Vgl. dazu insbesondere BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4 m. w. N., ASCOPA.

27

negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat oder sogar prokompetitiv wirkt (vgl. oben Rz 78 f.).¹⁴⁷ Vorliegend erfährt der [...] -Konzern bzw. [A] in der Regel laufend, welche Unternehmen aktuelle Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sind und in welcher Menge diese Unternehmen welche [...] -Produkte beziehen (vgl. oben Rz 34 ff., 48). Aus den übermittelten Informationen ergeben sich für den [...] -Konzern bzw. [A] also laufend und aktuell direkte Erkenntnisse über von Konkurrentinnen verkaufte Produkte und Mengen sowie über Kundenkreise und Absatzgebiete von Konkurrentinnen. Ein solcher

Austausch von Informationen kann die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-Brandwettbewerbs sowie von Kunden- und Gebietsaufteilungen begründen.¹⁴⁸ Indes ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Ermittlungen keine Anhaltspunkte ergaben, dass [A] diese Informationen tatsächlich nutzt(e), um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, etwa indem das Unternehmen infolge der Erlangung dieser Informationen Kundinnen von [Handelspartnerinnen] abgeworben hätte. Auch bestehen keine Anhaltspunkte für tatsächliche Kunden- und Gebietsaufteilungen zwischen den Vorabklärungsadressatinnen (vgl. Rz 33, 47). Der Umstand, dass die Kundenkreise gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Schon dies spricht dafür, dass der laufende Austausch dieser Informationen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Kommt hinzu, dass es – wie [A] vorbringt – plausibel ist, dass der Austausch der Informationen zwischen der das Zentrallager betreibenden [...] -Gesellschaft und den [Handelspartnerinnen] bzw. deren Kundinnen notwendig ist, um den zeit- und aufwandsparenden Direktversand zu ermöglichen (vgl. auch Rz 36).¹⁴⁹ Darüber hinaus sind auch an dieser Stelle die Marktstellung der Vorabklärungsadressatinnen (vgl. oben Rz 18, 22, 80, 91) sowie die zahlreichen alternativen Bezugsmöglichkeiten der Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen zu berücksichtigen (vgl. Rz 20 f., 80, 91).⁹⁵ Mit Blick auf die genannten Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen betreffend den laufenden Informationsaustausch über die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil sie der Ermöglichung des Direktversands dienten. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen über den laufenden Informationsaustausch betreffend die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten.

¹⁴⁷ Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, ASCOPA; RPW 2021/1, 117 Rz 165, Dauer-ARGE Graubünden; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N. ¹⁴⁸ Vgl. dazu etwa RPW 2019/2, 283 VI., AMAG Vertriebsnetz sowie auch Rn 99 f. Vertikal-Leitlinien (Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248 vom 30.6.2022, 1; nachfolgend: Vertikal-Leitlinien). Nach Rn 100 Bst. b Vertikal-Leitlinien dürfen im dualen Vertrieb in der Regel keine Informationen über identifizierbare Endverbraucherinnen und -verbraucher ausgetauscht werden. ¹⁴⁹ Vgl. dazu die Angaben von [A] in Act. 28 f., 41. Hätten die Vorabklärungsadressatinnen eine bedeutsamere Marktstellung, so wäre allenfalls zu prüfen, ob beim [...] -Konzern Massnahmen zu ergreifen wären, um zu verhindern, dass innerhalb des [...] -Konzerns [...] [A] [...] Kenntnis erlangt von der Identität der Kundinnen der [Handelspartnerinnen] und den von diesen bezogenen Produkten und Mengen. Vgl. dazu auch Rn 99 ff. Vertikal-Leitlinien. Gemäss Art. 103 Vertikal-Leitlinien sollte sichergestellt werden, dass denjenigen Personen, welche beim Unternehmen, das ein duales Vertriebssystem betreibt, für die Direktvertriebstätigkeit verantwortlich sind, keine Informationen zugänglich sind, die das Unternehmen durch seine Lieferantentätigkeit auf der vorgelagerten Marktstufe erhalten hat.

C.4.2 Zwischenfazit 96. Im Hinblick auf die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über den laufenden Austausch der [...] Brut- topreisliste und ihre Verwendung sowie betreffend den laufenden Informationsaustausch über die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Pro- dukte und Mengen liegen folglich keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Diese bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind mithin zulässig. D Ergebnis 97. Die Ermittlungen im Rahmen der Vorabklärung ergaben mithin keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Das geprüfte Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen ist damit zulässig. E Kosten 98. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG150 haben Beteiligte des geprüften, mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhalts- punkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Vorliegend haben die Ermitt- lungen keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben (vgl. Rz 57–82, 83–96, 97). Den Vorabklärungsadressatinnen sind damit keine Gebühren aufzuer- legen. Die Kosten des Verfahrens gehen damit zu Lasten der Bundeskasse.

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

F Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bestehen und das geprüfte Zusammenwirken von [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zulässig ist; 2. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung einzustellen und auf eine Untersuchungseröffnung zu verzichten; 3. stellt fest, dass die Kosten des Verfahrens zu Lasten der Bundeskasse gehen; 4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

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