



---

# Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 22. Oktober 2024

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

## 22-0526: Brandschutzprodukte

wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Verfahren</b> .....	<b>4</b>
A.1	Verfahrensgegenstand.....	4
A.2	Adressatin der Vorabklärung.....	4
A.3	Verfahrensgeschichte .....	5
<b>B</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>6</b>
B.1	Allgemeines zum Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten und Serviceleistungen .....	6
B.2	Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten .....	7
B.2.1	Provision .....	7
B.2.2	Übernahme vertrags- und marktspezifischer Kosten und Risiken.....	8
B.2.3	Preissetzung .....	12
B.2.4	Gebietszuweisung.....	14
B.2.5	Alleinbezugsverpflichtung bei Ersatzteilen.....	16
B.2.6	Zwischenfazit zum Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte.....	17
B.3	[X]-Serviceleistungen .....	18
B.3.1	Provision .....	18
B.3.2	Preissetzung .....	19
B.3.3	Gebietszuweisung.....	21
B.3.4	Zwischenfazit zu [X]-Serviceleistungen .....	21
<b>C</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>22</b>
C.1	Geltungsbereich.....	22
C.2	Vorbehaltene Vorschriften .....	22
C.3	Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG).....	22
C.3.1	Unternehmen verschiedener Marktstufen.....	23
C.3.2	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken .....	23
C.3.2.1	Agentenqualität der [X]-«Agenten».....	23
C.3.2.1.1.	Voraussetzungen .....	23
C.3.2.1.2.	Prüfung .....	26
C.3.2.2	Zwischenfazit .....	29
C.3.3	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsabrede.....	29
C.3.4	Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede .....	30
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG .....	31
C.4.1	Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG .....	31
C.4.2	Vertikale Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.....	32
C.4.3	Widerlegung der gesetzlichen Beseitigungsvermutung .....	33
C.4.3.1	Marktabgrenzung .....	33
C.4.3.2	Beurteilung der Wettbewerbssituation .....	35
C.4.3.3	Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	36
C.4.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	36
C.4.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen .....	36
C.5	Ergebnis .....	36
<b>D</b>	<b>Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG</b> .....	<b>37</b>
<b>E</b>	<b>Kosten</b> .....	<b>38</b>

<b>F</b>	<b>Schlussfolgerungen .....</b>	<b>39</b>
----------	---------------------------------	-----------

# A Verfahren

## A.1 Verfahrensgegenstand

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG<sup>1</sup> waren Hinweise aus dem Markt, wonach die [X] AG (nachfolgend: [X]) Brandschutzprodukte ([...]; nachfolgend: [X]-Brandschutzprodukte) in einem als «Agentur» bezeichneten Vertriebsmodell vertreibt, in welchem die «Agenten» von [X] (nachfolgend: «Agenten») bedeutende Risiken (insbesondere Debitorenverluste) selbst tragen müssten. [X] gebe ihren «Agenten» Endkundenpreise für bestimmte [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen<sup>2</sup> (nachfolgend: [X]-Serviceleistungen) vor und weise den «Agenten» Gebiete zu, ausserhalb derer sie keine [X]-Brandschutzprodukte oder Serviceleistungen anbieten dürften.

2. Das Vorgeben von Endkundenpreisen (Rz 1) ist grundsätzlich nur im Rahmen der sog. «echten Agentur» i. S. des Handelsvertreterprivilegs<sup>3</sup> kartellrechtlich zulässig. Echte Agenten treten auf dem Markt als Vertreter der Anbieterin auf.<sup>4</sup> Sie sind im Gegensatz zu Händlerinnen in Bezug auf den Vertrieb der Produkte oder Dienstleistungen keine unabhängigen Unternehmen, erwerben grundsätzlich kein Eigentum an den Vertragsprodukten und veräussern diese im Auftrag der Anbieterin, wobei die Anbieterin alle wesentlichen finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken trägt (vgl. Rz 111 ff.). Der Vertrieb im echten Agenturmodell ist ein Direktvertrieb der Anbieterin. Diese darf die Geschäftsstrategie der Agenten vorgeben, einschliesslich der Verkaufspreise und -gebiete.<sup>5</sup>

3. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist dementsprechend die Frage, ob das Vertriebsmodell von [X] für Brandschutzprodukte (inkl. Ersatzteile) und -Serviceleistungen die Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt oder ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG nahelegen. Dies könnte der Fall sein, wenn das Vertriebsmodell von [X] die Voraussetzungen der echten Agentur nicht erfüllt und Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden, insbesondere vertikale Preis- und Gebietsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG), bestehen.

## A.2 Adressatin der Vorabklärung

4. [X] ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in [...]. Ihr Zweck ist [...].<sup>6</sup> [X] ist nicht Herstellerin der Brandschutzprodukte und Ersatzteile. [X] hat die Vertretung für Produkte der Marke [Y] inne; diese Produkte werden von der [Y] mit Sitz in [...] produziert und in ganz Europa vertrieben.<sup>7</sup> Online-Recherchen zufolge ist die [Y] Europas grösste Herstellerin von Brandschutzprodukten.<sup>8</sup> Gestützt auf die dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) vorliegenden Informationen ist [X] als [Importeurin] für Produkte der Marke [Y] zu betrachten.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Für die Zwecke des vorliegenden Dokuments umfasst der Begriff «Serviceleistungen» auch Klein- und Reinigungsmaterial.

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI, C 248/01 vom 30.6.2022 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 29–46.

<sup>4</sup> Die Begriffe «Agent» und «echter Agent» sowie die Begriffe «Agenturmodell» und «echtes Agenturmodell» werden, sofern nicht anders angegeben, als Synonyme verwendet.

<sup>5</sup> Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 41 f.

<sup>6</sup> [...] (22.10.2024).

<sup>7</sup> Vgl. [https://www.\[Y\].de/de/](https://www.[Y].de/de/) (22.10.2024).

<sup>8</sup> S. bspw. [https://www.\[...\]](https://www.[...](22.10.2024)) (22.10.2024).

<sup>9</sup> Vgl. [https://www.\[...\]](https://www.[...](22.10.2024)) (22.10.2024).

5. [X]-Brandschutzprodukte und [X]-Serviceleistungen werden nach Angaben von [X] hauptsächlich im Agenturmodell vertrieben.<sup>10</sup> Nebst dem Vertrieb über «Agenten» bediene [X] auch Wiederverkäuferinnen, welche Brandschutzprodukte bei [X] erwerben und diese ohne jegliche Vorgaben in eigener Regie weiterverkaufen und allenfalls später auch die Wartung der Produkte selbst organisieren (vgl. Rz 180).<sup>11</sup>

### A.3 Verfahrensgeschichte

6. Gestützt auf die Hinweise aus dem Markt (Rz 1) führte das Sekretariat ab dem 1. Juni 2023 eine Marktbeobachtung i. S. v. Art. 45 Abs. 1 KG durch, im Rahmen derer das Sekretariat [X] Fragen zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen und zum Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten zustellte und [X] aufforderte, Verträge mit ihren «Agenten» einzureichen.<sup>12</sup>

7. Mit Schreiben vom 20. Juni 2023 antwortete [X] auf das Auskunftsbegehren.<sup>13</sup>

8. Mit Auskunftsbegehren vom 14. September 2023 stellte das Sekretariat [X] Anschlussfragen zu ihren Antworten auf das Auskunftsbegehren.<sup>14</sup>

9. Am 27. September 2023 fand auf Ersuchen von [X] in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch zwischen [X] und deren Rechtsvertreter und dem Sekretariat statt.

10. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2023 antwortete [X] auf die Anschlussfragen des Sekretariats.<sup>15</sup>

11. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2023 informierte das Sekretariat [X] über die Eröffnung vorliegender Vorabklärung und stellte [X] weitere Fragen.<sup>16</sup>

12. Mit Schreiben vom 27. Februar 2024 nahm [X] zur Eröffnung der Vorabklärung Stellung und beantwortete die weiteren Fragen des Sekretariats.<sup>17</sup>

13. Mit Schreiben vom 29. Februar 2024 richtete das Sekretariat weitere Fragen an [X], welche [X] mit Schreiben vom 6. März 2024 beantwortete.<sup>18</sup>

14. Am 14. März 2024 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an [...] der insgesamt [...] «Agenten».<sup>19</sup> Von den [...] «Agenten» wurde einer aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von der Beantwortung des Auskunftsbegehrens befreit.<sup>20</sup>

15. Die Antworten der [...] «Agenten» gingen allesamt ein, die letzte am 19. August 2024.<sup>21</sup>

---

<sup>10</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>11</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>12</sup> Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>13</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>14</sup> Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

<sup>15</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

<sup>16</sup> Schreiben des Sekretariats vom 13. Dezember 2023 betr. Eröffnung Vorabklärung.

<sup>17</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung.

<sup>18</sup> Schreiben des Sekretariats vom 29. Februar 2024, Schreiben der [X] vom 6. März 2024.

<sup>19</sup> Schreiben des Sekretariats vom 14. März 2024 (Auskunftsbegehren).

<sup>20</sup> E-Mail des Sekretariats vom 16. Juli 2024.

<sup>21</sup> Schreiben von 14 der befragten «Agenten» (Antworten zum Auskunftsbegehren).

## B Sachverhalt

### B.1 Allgemeines zum Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten und Serviceleistungen

16. [X] vertreibt nach eigenen Angaben [X]-Brandschutzprodukte und lässt -Serviceleistungen im Agenturmodell erbringen: hauptsächlich über sog. «[...]agenten» und teilweise über Unteragenten.<sup>22</sup> Für [...]agenten gilt der [...]Agenturvertrag (nachfolgend: [...]AgV). Der Vertragsgegenstand ist in Ziff. 1 Abs. 1 [...]AgV folgendermassen umschrieben:

*«<sup>1)</sup> Der Auftraggeber überträgt dem Agenten die exklusive Vertretung für nachstehende Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen: Verkauf sämtlicher Brandschutzartikel und Dienstleistungen wie sie der Auftraggeber vertreibt [...] in Teilen des Kantons XYZ gemäss Gebietskarte (Anhang 1), Vorrang = PLZ-Liste.*

[...].

17. Die «Agenten» sind mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Verkaufsgeschäften sowie mit der Ausführung von Reparaturen und Services betraut.<sup>23</sup> Den «Agenten» wird ein von [X] definiertes Gebiet zur Bearbeitung zugewiesen.

18. Zum Ablauf eines Geschäftsabschlusses zwischen [X] und Endkundschaft führte [X] aus, dass die «Agenten» (als Selbständigerwerbende) selbst entscheiden würden, wann, wo und zu welchem Preis sie die [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen in ihrer Region an die Kundschaft bringen. Der «Agent» schicke Aufträge an [X] zurück, [X] stelle der Endkundin oder dem Endkunden anschliessend die Rechnung zu und der «Agent» erhalte am Ende des Monats die ihm zustehende Provision.<sup>24</sup>

19. Die «Agenten» seien gemäss [X] keine unabhängigen Händlerinnen. [X] erstelle für ihre «Agenten» die monatlichen Provisionsabrechnungen und führe als Dienstleisterin für die «Agenten» auch die von [X] nicht weiter erläuterten Sozialversicherungsbeiträge ab. Zivilrechtlich handle es sich bei den «Agenten» um Selbständigerwerbende und sozialversicherungsrechtlich betrachteten die Ausgleichskassen «Agenten» i. d. R. sogar als Unselbständigerwerbende.<sup>25</sup>

20. [X] zufolge seien die «Agenten» sehr stark in ihre Vertriebsorganisation eingebunden. Dies manifestiere sich auch im Auftritt der «Agenten» und in den Vorgaben und Weisungen von [X] gegenüber den «Agenten». Sämtliche Korrespondenz mit der Kundschaft inkl. Auftragsbestätigung, Rechnungsstellung und Inkasso würde durch bzw. im Namen und auf Rechnung von [X] erfolgen. Dementsprechend würden die «Agenten» im Aussenverhältnis und damit insbesondere von Endkundinnen und Endkunden als Mitarbeitende der [X] wahrgenommen.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>23</sup> Ziff. 2 Abs. 1 [...]AgV: «Der Agent verpflichtet sich, dem Auftraggeber in dem ihm [zugeteilten] Gebiet Verkaufsgeschäfte zu vermitteln oder abzuschliessen, sowie Reparaturen und Services auszuführen. Die Dienstleistungen, Verkaufsgeschäfte, die Reparaturen und Servicearbeiten werden ausschliesslich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers abgeschlossen (Art. 418a OR). Eine Missachtung rechtfertigt eine fristlose Kündigung nach einmaligen Vorkommen und ohne vorhergehende Verwarnung.»

<sup>24</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>25</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>26</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

## B.2 Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten

21. Die folgenden Abschnitte fassen die Erkenntnisse zum Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte in Bezug auf die hier interessierenden Sachverhaltselemente zusammen, d. h. die Provision (B.2.1), die Übernahme vertrags- und marktspezifischer Kosten und Risiken (B.2.2), die Preissetzungsfreiheit der «Agenten» (B.2.3), eine Gebietszuweisung (B.2.4) sowie eine Alleinbezugsverpflichtung bei Ersatzteilen (B.2.5).

### B.2.1 Provision

22. Der Provisionsanspruch bemisst sich gemäss Ziff. 3 Abs. 1 und 4b [...]AgV wie folgt:

«<sup>1)</sup> Der Agent hat Anspruch auf eine Provision auf sämtliche im Vertragsgebiet von ihm verkauften Brandschutzartikel, die sich ab dem Vertragsbeginn aus der **Differenz des Kunden-Nettoverkaufspreises** abzüglich MwSt. (= Nettoverkaufspreis) und dem **rechnerischen Agentenpreis** (=Netto Ankaufspreis) gemäss beiliegender **Preisliste** (Anhang 3) ergibt. [...]» (Hervorhebung hinzugefügt)

«<sup>4b)</sup> Die Provision (Netto-Kundenpreis ./ Agenturankaufspreis) für vermittelte Aufträge, die ausschliesslich Produktverkäufe enthalten, wird dem Agenten, abzüglich CHF [...] (Stand 2022) für Verwaltungskosten zu Gunsten des Auftraggebers, vergütet.»

Die in der Preisliste gemäss Ziff. 3 Abs. 1 [...]AgV enthaltenen Preise werden im Folgenden «Listenpreis» oder «Listenpreise» genannt.

#### Stellungnahme von [X] zur Provision

23. [X] gab an, das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten zu behalten und ihren «Agenten» für die Vermittlung der Produkte eine Provision zu bezahlen.<sup>27</sup> Für die Berechnung der Provision für die «Agenten» werde eine sog. «Bruttopreisliste»<sup>28</sup> verwendet, welche [X] zufolge u. a. einen rechnerischen und theoretischen Einstandspreis und Endverkaufspreise für Brandschutzprodukte enthalte. Aus der Differenz dieser beiden Preise ergebe sich laut [X] die Provision eines «Agenten».<sup>29</sup>

24. Im nachstehenden Auszug aus der in Ziff. 3 Abs. 1 [...]AgV genannten Bruttopreisliste sind der «Kunden-Nettoverkaufspreis (abzgl. MwSt)» und der «Agenturpreis» gelb markiert. [X] erklärte, dass die in der Bruttopreisliste verwendeten Begriffe «Bruttopreis exkl. MwSt» bzw. «Stückpreis» dem Kunden-Nettoverkaufspreis (abzgl. MwSt) resp. dem Agenturpreis entsprechen.

Datum 16.12.2015 Gültigkeitsdauer 01.01.16 - 30.06.16

Preisliste Seite 1

Prospekt	Artikel	Bezeichnung	Bezeichnung 2	Bruttopreis in CHF		Währung	>Menge	Stückpreis	>Men
				inkl. MwSt	exkl. MwSt				
3.C12						CHF	1		
3.C12						CHF	1		

<sup>27</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.

<sup>28</sup> Die Liste ist bezeichnet mit «Agenturleiter Gesamtartikelliste». Ein Dokument, das dem Sekretariat vorliegt, ist betitelt mit «Agentur-Einkaufspreise\_ab15.08.2022\_-\_gesamt». Ein anderes Dokument, das dem Sekretariat vorliegt, das als [...] benannt ist, spricht von «Agenten Preis».

<sup>29</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.

25. Weiter führte [X] aus, dass es sich beim Bruttopreis (exkl. MwSt) um den Endkundenverkaufspreis handeln könne, der «Agent» indes nicht daran gebunden sei, sondern den Endkundenverkaufspreis frei setzen könne.<sup>30</sup>

#### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Provision*

26. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie ausschliesslich [X]-Brandschutzprodukte vermitteln oder vertreiben. Die Mehrheit der befragten «Agenten» ([57 %]) beantwortete die Frage mit «Ja»; [43 %]<sup>31</sup> haben die Frage verneint.<sup>32</sup>

27. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob [X] ihnen für [X]-Brandschutzprodukte, die sie für die Vermittlung an Endkundinnen und -kunden benötigen, einen Kaufpreis in Rechnung stelle. Alle befragten «Agenten» bejahten die Frage. Die Mehrheit der befragten «Agenten» ([57 %]<sup>33</sup>) gab an, dass bezahlte Kaufpreise ausschliesslich für die Berechnung ihres Provisionsanspruchs relevant seien und einzig rechnerische Beträge darstellten; faktisch erfolge keine Geldleistung an [X]. Die übrigen befragten «Agenten» ([43 %]) gaben an, die Kaufpreise mit ihren eigenen finanziellen Mitteln zu bezahlen.<sup>34</sup>

#### *Zwischenfazit zur Provision*

28. Gemäss [...]AgV ergibt sich die Provision aus dem von [X] bestimmten Listenpreis (Rz 22 f.), von welchem ein rechnerischer Agentenpreis sowie Verwaltungskosten abgezogen werden (Rz 22 f.). Aus den Antworten der «Agenten» geht hervor, dass die meisten «Agenten» keine Kaufpreise mit ihren eigenen finanziellen Mitteln bezahlen, sondern die Agentenpreise ausschliesslich für die Berechnung ihrer Provision bestimmt sind (Rz 26 f.).

29. Die Angaben von [X] und der Mehrheit der «Agenten» spricht dafür, dass die «Agenten» [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] käuflich erwerben, sondern [X] das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten behält. Der Umstand, dass [43 % der] «Agenten» angaben, Brandschutzprodukte bei [X] käuflich zu erwerben, zeigt jedoch, dass die Frage des Eigentumsübergangs für Brandschutzprodukte zu wenig klar geregelt ist.

### **B.2.2 Übernahme vertrags- und marktspezifischer Kosten und Risiken**

30. Ziff. 5 Abs. 1 [...]AgV hält fest, dass [X] keinerlei Spesen vergütet wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen. Der «Agent» hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Ausgenommen sind die in Ziff. 8 Abs. 4 f. [...]AgV geregelten Kostenzuschüsse für Fahrzeugwerbung und Messeteilnahmen.

31. Ziff. 8 Abs. 4 [...]AgV führt zur Fahrzeugwerbung aus:

*«Der Auftraggeber übernimmt für die Erstbeschriftung die Gesamtkosten der unter Ziffer 2, Absatz 4 vereinbarten Fahrzeugwerbung, sofern die Fahrzeug-Grundfarbe den aktuellen*

---

<sup>30</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.

<sup>31</sup> 1 «Agent» hat die Frage sowohl mit «Ja» als auch mit «Nein» beantwortet und gab an, dass er ausschliesslich Brandschutzartikel der Marke [Y] für Brandschutzprodukte vermittele oder vertreibe, nicht aber für andere Artikel. Aufgrund seiner Ausführungen ist diese Antwort als «Nein» zu werten.

<sup>32</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>33</sup> 1 «Agent» gab an, dass er die Kaufpreise mit den eigenen finanziellen Mitteln bezahlt und führte aus, dass der Kaufpreis von der Abrechnung des Monats abgezogen werde. 1 weiterer «Agent» gab nicht an, dass er die Kaufpreise mit den eigenen finanziellen Mitteln bezahlt, gab aber an, dass die gezahlten Kaufpreise monatlich mit der Provisionsrechnung abgezogen würden. 1 weiterer «Agent» gab an, dass die Warenbezüge von [X] als Umlagerung «abgebucht» würden. Diese Antworten werden dahingehend interpretiert, dass für diese 3 «Agenten» bezahlte Kaufpreise ausschliesslich für die Berechnung ihres Provisionsanspruchs relevant sind.

<sup>34</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

*Vorgaben des Auftraggebers entspricht und der Auftraggeber das Beschriftungsunternehmen definiert. Der Agent hat alle 3 Jahre Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, bzw. früher, wenn das Fahrzeug ohne eigenes Verschulden durch einen Unfall gewechselt werden muss. Ab der zweiten Beschriftung beteiligt sich der Auftraggeber zur Hälfte, jedoch max. mit CHF [...], wovon der Auftraggeber-Anteil zu [...] % in WIR-Geld erstattet wird. Die Auftraggeber-Beteiligung wird dann fällig, wenn ein Fahrzeug auch tatsächlich neu beschriftet wurde. Die Vergütung erfolgt nach Einsendung eines Fotos des Fahrzeuges.».*

32. Gemäss Ziff. 8 Abs. 4 [...]AgV übernimmt [X] die Gesamtkosten für die Erstbeschriftung der unter Ziff. 2 Abs. 4 [...]AgV<sup>35</sup> vereinbarten Fahrzeugwerbung und danach die Hälfte der Kosten für die Fahrzeugwerbung, allerdings maximal [...] Franken.<sup>36</sup> Dies deutet darauf hin, dass ein «Agent» nach der Erstbeschriftung seines Fahrzeugs den Anteil über die von [X] maximal entrichteten Kosten selber zu tragen hat.

33. Ziff. 8 Abs. 5 [...]AgV führt zu Messeteilnahmen aus:

*«Der Auftraggeber verpflichtet sich bei Messen, für die der Agent eine Standmiete bezahlt, die unter Ziffer 2, Absatz 5 vereinbarten Messeteilnahmen mit CHF [...] in WIR-Geld pro Messetag zu unterstützen (Kostenzuschuss, Stand 2022). Die Vergütung erfolgt nach Einsendung der Messequittungen (Kopien) sowie von Standfotos nach dem Messeende. Zusätzlich hat der Agent Anspruch auf 10% Ermässigung für Warenbezüge bis zum Betrag von CHF [...] pro durchgeführten Messetag (Stand 2022). Dieser Zusatzrabatt gilt nur auf Materialbezüge innerhalb von 10 Tagen nach Ende der Messe. Bei Messen mit einer Dauer ab 4 Tagen werden die doppelten Ansätze vergütet. Die Vergütungsansätze gelten pro Tag und nicht pro anwesende Agenten. Events (ohne dass eine Standmiete bezahlt wird): Der Auftraggeber vergütet bei Events CHF [...] in WIR-Geld pro Tag. Ein Zusatzrabatt auf Materialeinkäufe wird nicht gewährt.».*

34. Ziff. 8 Abs. 3 [...]AgV sieht vor, dass [X] Materiallieferungen ab [...] Franken dem «Agenten» franko Domizil liefert. Für Materialbezüge unter [...] Franken enthält der [...]AgV keine Regelung, was darauf hindeutet, dass der «Agent» die Ware selbst bei [X] abholen muss oder die Kosten für die Lieferung selber tragen muss.

35. Gemäss Ziff. 4 Abs. 2 [...]AgV werden dem «Agenten» bei einem kompletten Debitorenverlust lediglich die Verwaltungskosten<sup>37</sup> zurückvergütet. Zusätzlich trägt [X] bei einem Debitorenverlust des «Agenten» mit Materialanteil ab [...] Franken das Delkredererisiko zur Hälfte mit. Dieser Regelung zufolge trägt der «Agent» das Delkredererisiko bis zu einem Materialanteil von [...] Franken vollumfänglich und über diesen Anteil hinaus zur Hälfte.

#### *Stellungnahme von [X] zur Kosten- und Risikoübernahme*

36. Die mit der Tätigkeit der «Agenten» für [X] verbundenen finanziellen und wirtschaftlichen Risiken würden gemäss [X] entweder durch sie getragen oder es würde deren Übernahme durch die «Agenten» von [X] entschädigt. Die Übernahme der Risiken durch die «Agenten» entschädige [X] entweder in Form eines separaten Entgelts oder als Bestandteil der grosszügig ausgestalteten Provision.<sup>38</sup>

37. Zu den geschäftlichen Risiken, welche die «Agenten» zu tragen haben, führte [X] aus, dass es keine Rechnung (inkl. MwSt.) für durch «Agenten» bezogene Brandschutzprodukte

---

<sup>35</sup> Dieser Bestimmung zufolge gibt sich ein «Agent» jederzeit als [...]agent der [X] bekannt und erfüllt das vorgegebene Corporate Identity (CI). Der «Agent» hat sein Geschäftsfahrzeug in angemessener Grösse zu beschriften, dessen Fahrzeug-Grundfarbe, Firmenlogo und Corporate Design (CD) hat den Richtlinien des Auftraggebers zu entsprechen, wofür er gemäss Ziff. 8 Abs. 4 im Sinne eines Kostenzuschusses anteilmässig entschädigt wird.

<sup>36</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023, Beilage 8, S. 9 ff.

<sup>37</sup> Dem Sekretariat ist nicht bekannt, auf welche Dienstleistungen von [X] sich die Verwaltungskosten beziehen.

<sup>38</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

gebe, es erfolge lediglich eine interne Umlagerung vom [X]-Lager zum Lager der «Agenten». [X] erstelle dafür einen Agenturpreis, welcher zur Ermittlung der Provision (die sich berechne, indem vom Kundenpreis der Agenturpreis abgezogen werde) benötigt werde. Der Betrag auf den Umlagerungs-Lieferscheinen werde Ende Monat dem Kundenumsatz gegenübergestellt, was die Bruttoprovision des «Agenten» ergebe. Ende ein Agenturverhältnis, könne der «Agent» übrig gebliebene Ware an [X] retournieren. Weil solche Waren bereits in vorausgegangenen Provisions-Abrechnungen berücksichtigt seien, würde ein «Agent» für retournierte Waren eine Gutschrift bzw. eine zusätzliche Provision erhalten.<sup>39</sup>

38. [X] zufolge seien die «Agenten» nicht verpflichtet, die Vertragswaren auf eigene Kosten einzulagern.<sup>40</sup> Als Selbständigerwerbende würden sich die «Agenten» in Form ihres eigenen Geschäftsfahrzeuges beteiligen. Die «Agenten» würden diese Kosten selber tragen. Die den Kunden in Rechnung gestellten Anfahrtkosten etc. gingen dafür nicht an den [X]-Hauptsitz, sondern vollumfänglich an den «Agenten», sodass dieser seine Auslagen decken könne.<sup>41</sup>

39. Als selbständigerwerbender «Agent» entscheide dieser selbst, ob die Arbeiten alle beim Kunden vor Ort ab seinem Geschäftsfahrzeug (Servicewagen) erfolgten, oder ein zusätzlicher Raum gewünscht/benötigt werde. In den Agenturprovisionen/Margen seien solche Zusatzkosten berücksichtigt. Der «Agent» steuere seine Agentur und Profitabilität selbst, da er die Kundenpreise auch selbst festlegen könne; dies bei ca. 90-95 % aller Aufträge, welche nicht in die Kategorie Grosskunden fallen würden (siehe dazu Rz 55).<sup>42</sup>

40. Gemäss [...]AgV beteilige sich der [X]-Hauptsitz bei grösseren Aufträgen am Debitorenverlust zur Hälfte am Warenwert; kleinere Debitorenverluste trage der «Agent», jedoch sei zu erwähnen, dass ihm für alle Verkaufsvermittlungen ein Entgelt für das Delkredererisiko von [...] % vergütet werde.<sup>43</sup> Der Zahlungsausfall im Bereich von Brandschutzprodukten und den damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen sei generell sehr tief und die Kosten für die Übernahme des Delkredererisikos seien mit der Entschädigung von [...] % (Ziff. 4 Abs. 1 [...]AgV<sup>44</sup>) bereits mehr als abgegolten. Ausserdem trage [X] bei einem Debitorenverlust ab [...] Franken, zusätzlich zur generellen Entschädigung von [...] % u. a. die Hälfte des Delkredererisikos selber (Ziff. 4 Abs. 2 [...]AgV).<sup>45</sup>

41. [X] finanziere Werbemassnahmen direkt und der «Agent» sei grundsätzlich vertraglich nicht verpflichtet, in Werbemassnahmen zu investieren.<sup>46</sup> Davon ausgenommen seien geringfügige Kosten, welche der «Agent» ggf. für gewisse Messepräsenzen sowie allenfalls die

---

<sup>39</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>40</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 16 f.

<sup>41</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>42</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>43</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>44</sup> Ziff. 4 Abs. 1 [...]AgV: «Die Provision des Agenten ist auf das Ende desjenigen Kalendermonates, in dem die Lieferung erfolgt ist, abzurechnen und auszuzahlen. [...]. Der Agent hat Anspruch auf Vorschüsse von 100% der ihm zustehenden Provision. Die 100% Vorschüsse teilen sich in [...] % Verkaufs- u. Serviceprovision, [...] % Inkassoprovision und [...] % Entgelt für das Delkredererisiko auf. Der Auftraggeber beteiligt sich zusätzlich an Debitorenverlusten gemäss Ziffer 4, Absatz 2 und 3. Debitorenverluste werden, da bereits ausbezahlt, am Ende des laufenden Kalendermonats wieder verrechnet.»

<sup>45</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

<sup>46</sup> Dies betreffe z. B. Produktprospekte, den Betrieb und Unterhalt einer Homepage inkl. Agentursuche auf der Homepage von [X], Werbeeinträge in Fachmagazinen und Bezugsquellenregistern, Einträge in sog. Bauplaner-Tools, Social-Media Beiträge, das Erstellen von Flyern sowie das Zurverfügungstellen von [X]-Werbemitteln (bspw. Kugelschreiber) im Rahmen eines bestimmten Jahresbudgets bzw. jährlichen Kontingents pro «Agent». Bei [X] seien in den Jahren 2021 bis 2023 Kosten für Werbemassnahmen von rund [...] Franken angefallen (Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 24).

Zweitbeschriftung des Fahrzeuges tragen müsse, welche aber durch seine Provision gedeckt seien.<sup>47</sup>

42. Bei der Beurteilung der Risikotragung sei zudem zu berücksichtigen, dass die «Agenten», ausser für durch sie verschuldete Schäden, nicht für aufgrund der vermittelten Geschäfte verursachte Schäden haften würden. Diese Haftung trage [X] Hinzu komme, dass – selbst wenn gewisse Investitionen ohne angemessene Entschädigung von den «Agenten» getätigt würden – diese Investitionen, wie insbesondere für das Geschäftsfahrzeug von den «Agenten» nach Beendigung der Tätigkeit für [X] auch für andere Geschäfte genutzt werden könnten. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass einem allenfalls noch bei den «Agenten» verbleibenden wirtschaftlichen oder finanziellen Risiko eine in den allermeisten Fällen – auch im Vergleich zu anderen Agenturtätigkeiten – sehr hohe Vergütung (Provision) der «Agenten» durch [X] gegenüberstehe.<sup>48</sup>

#### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Kosten- und Risikoübernahme*

43. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob die Vergütung (Provision und zusätzliche Geldbeträge), welche sie von [X] für ihre Tätigkeit erhalten, üblicherweise ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) übersteige oder üblicherweise gerade ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) decke. Die Mehrheit der befragten «Agenten» ([79 %]) gab an, dass die Vergütung für die Vermittlung von [X]-Brandschutzprodukten üblicherweise ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) übersteige. [21 % der] «Agenten» gaben an, dass die Vergütung üblicherweise gerade die eigenen Aufwände (pro Jahr) decke.<sup>49</sup>

44. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob ihnen für die Einlagerung von [X]-Brandschutzprodukten Kosten entstünden und bat die «Agenten», ggf. die Höhe der Einlagerungskosten für das Jahr 2023 anzugeben. [93 % der] «Agenten» antworteten, dass ihnen Kosten für die Lagerung entstünden; 1 «Agent» antwortete, dass dies von der Situation abhängt. Die Kosten für die Lagerung beliefen sich auf zwischen [...] und [...] Franken pro Jahr.<sup>50</sup>

45. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie verpflichtet seien, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. Die Mehrheit der «Agenten» ([64 %]<sup>51</sup>) gab an, zumindest faktisch verpflichtet zu sein, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. [36 % der] «Agenten» gaben an, nicht verpflichtet zu sein, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. Von diesen [...] «Agenten» gaben [40 % der] «Agenten» an, einen Vorteil darin zu sehen, ein Lager zu führen, insbesondere weil sie bei höherer Bestellmenge bessere Preise erhielten.<sup>52</sup>

46. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie für ihre Einlagerungskosten von [X] finanziell entschädigt würden. Alle befragten «Agenten» antworteten, dass sie für ihre Einlagerungskosten von [X] nicht entschädigt würden.<sup>53</sup>

47. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie für das Risiko entschädigt würden, dass eine Kundin oder ein Kunde erhaltene [X]-Brandschutzprodukte nicht bezahle (Delkredererisiko). Die Mehrheit der «Agenten» ([64 %]<sup>54</sup>) gab an, für das Risiko, dass eine Kundin oder ein

---

<sup>47</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 22 ff.

<sup>48</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

<sup>49</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>50</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>51</sup> 1 «Agent» hat die Frage sowohl mit «Ja» als auch mit «Nein» beantwortet und gab an, dass er nicht immer zum Hauptsitz fahren könne, deshalb müsse er ein Lager haben. Aufgrund seiner Ausführungen ist diese Antwort als «Ja» zu werten.

<sup>52</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>53</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>54</sup> 1 «Agent» gab an, dass er faktisch alle Risiken trage, obwohl sein Agenturvertrag vorsehe, dass er sie nur teilweise trage.

Kunde erhaltene Brandschutzartikel nicht bezahle, nicht entschädigt zu werden. 1 «Agent» gab an, für das Risiko, dass eine Kundin oder ein Kunde erhaltene [X]-Brandschutzprodukte nicht bezahle (Delkredererisiko), entschädigt zu werden. [29 % der] «Agenten» gaben an, teilweise für das Delkredererisiko entschädigt zu werden, so wie es im Agenturvertrag vorgesehen sei.<sup>55</sup>

48. Das Sekretariat fragte, ob den «Agenten» für Werbemassnahmen, die sie für [X] wahrnehmen, Kosten entstünden. [93 % der] «Agenten» bejahten die Frage. 1 «Agent» gab an, dass ihm für Werbemassnahmen, die er für [X] wahrnehme, teilweise Kosten entstünden.<sup>56</sup>

49. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie für die Kosten, die ihnen für Werbemassnahmen entstehen, von [X] entsprechend entschädigt würden. Die Mehrheit der «Agenten» ([79 %]) verneinte die Frage. [21 %<sup>57</sup> der] «Agenten» gaben an, für die Kosten, die Ihnen für Werbemassnahmen für [X] entstehen, von [X] entsprechend teilweise entschädigt zu werden.<sup>58</sup>

### *Zwischenfazit zur Kosten- und Risikoübernahme*

50. Dem [...]AgV zufolge übernimmt [X] Werbekosten, Lieferkosten und das Delkredererisiko nur teilweise. Aus den Antworten der «Agenten» geht ebenfalls hervor, dass sie mehrere Kosten und Risiken selbst tragen müssen. Die «Agentur-Tätigkeit» scheint es zu erfordern, dass [X]-Brandschutzprodukte gelagert werden müssen, d. h. entsprechende Kosten anfallen, für die die «Agenten» von [X] nicht gesondert entschädigt werden. Gleichzeitig gab die Mehrheit der «Agenten» an, dass die Provision üblicherweise ihre Kosten (Rz 43) übersteige. Dies deutet darauf hin, dass die Provision die Auslagen der «Agenten» im Ergebnis in der Regel deckt. Es ist unklar, ob die Aussage von [X] zutrifft, wonach die grosszügig ausgestaltete Provision sämtliche Kosten und Risiken der «Agenten» decke. Zudem zeigt die Betrachtung von «Agenten»-Abrechnungen, dass diese für «Agenten» insofern nicht transparent sind, als aus den Abrechnungen nicht hervorgeht, welcher Kostenanteil von der Provision gedeckt wird.

51. Die Klärung der Frage, ob die Provisionen der «Agenten» sämtliche Kosten und Risiken decken, welche die «Agenten» im Rahmen ihrer Tätigkeit für [X] entstehen, kann aufgrund der Aktenlage nicht abschliessend beantwortet werden und bedürfte weiterer Abklärungen.

### **B.2.3 Preissetzung**

52. Weder dem [...]AgV noch der darin genannten Preisliste (vgl. Rz 24) lässt sich ein Hinweis zur Preissetzungsfreiheit der «Agenten» entnehmen, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preisliste aus den beiden oder anderen Dokumenten betreffend das von [X] an ihre «Agenten» gestellte Anforderungsprofil<sup>59</sup> (vgl. Rz 80) sonst wie ableiten.

53. In einem [X]-Newsletter vom 14. April 2022, welcher u. a. an die «Agenten» verschickt wurde, wird zum Thema «*Verkauf Preise im [X] Onlineshop*» Folgendes mitgeteilt:

*«Neu sind in unserem Shop ab sofort alle Produkte mit dem höchsten Listenpreis inklusive Mehrwertsteuer abgebildet. (Die Preise sind gerundet, sodass es im Rappenbereich zu Abweichungen im Vergleich zu den Bruttopreisen kommen kann.). **Allfällige***

---

<sup>55</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>56</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>57</sup> 1 «Agent» gab an, dass er viel Werbematerial kostenfrei oder kostenfrei zur Benutzung erhalte. Weitere Kosten trage er weitgehend selber, aber oft beteilige sich der Hauptsitz (gemeint ist [X]) nach Absprache (z. B. Messestände). Er trage die Kosten weitgehend selber, wenn er auf eigene Initiative Werbung mache.

<sup>58</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>59</sup> Das Dokument zum Anforderungsprofil gibt unter dem Titel «*Zuständigkeit (Kompetenz)*» u. a. Folgendes an: «*Preisgestaltung unter Berücksichtigung der Agentur- und Unternehmensvorgaben*».

**Preisdiskussionen mit (potenziellen) Kunden und Kundinnen wegen der online Preise sollten somit in Zukunft hinfällig sein.**<sup>60</sup> (Hervorhebung hinzugefügt)

54. Diese Mitteilung deutet darauf hin, dass [X] mithelfen wollte, die Endkundenpreise für Brandschutzprodukte der Marke [Y] hoch zu halten und mit «*Preisdiskussionen mit (potenziellen) Kunden und Kundinnen*» Preisdruck gegen unten gemeint ist, der eingedämmt werden sollte.

*Stellungnahme von [X] zur Preissetzung*

55. [X] erklärte, dass der Kaufvertrag für Brandschutzprodukte stets zwischen [X] und dem Kunden (Endverbraucher) zustande komme. [X] zufolge wäre es daher naheliegend und bezogen auf den Grundgedanken eines Agentursystems folgerichtig, wenn [X] die Endverkaufspreise selber festsetze und ihren «*Agenten*» auch vorgebe. Dies tue [X] eigenen Aussagen zufolge im Sinne einer Besonderheit jedoch nicht; ihre «*Agenten*» seien in der Festsetzung der Verkaufspreise frei. Ein «*Agent*» könne die Produkt- wie auch Dienstleistungspreise selbst festlegen. Er könnte Produkte gar verschenken, was aber zu Lasten seiner Provision gehe.<sup>61</sup> Bei Grosskunden verhandle der Grosskundenberater von [X] mit der Kundschaft den Preis, sodass dann alle «*Agenten*» diese reduzierten Preise anwenden müssten (Rz 39).

56. Zur Preissetzung führte [X] aus, dass die «*Agenten*» in ihrer Preissetzung grundsätzlich frei seien.<sup>62</sup> Zur Orientierung gebe [X] jedoch Servicekosten und Produktpreise (Brutto und Agentur) sowie Branchenrichtpreise an ihre «*Agenten*» ab. Die «*Agenten*» dürften sämtliche Richtpreise wie auch die Servicekosten beliebig unterschreiten.<sup>63</sup> Im oben genannten Newsletter (Rz 53) habe [X] mitgeteilt, auf ihrem Onlineshop den Listenpreis (= Bruttopreis) anzugeben, wobei es sich um einen Höchstpreis handle. Hintergrund dafür sei gewesen, dass «*Agenten*» bei Preisverhandlungen mit der Kundschaft der [X] den vollen Spielraum unterhalb des vorgegebenen Höchstpreises haben sollten. Die Anzeige von tieferen Preisen auf dem eigenen Onlineshop der [X] würde den Verhandlungsspielraum der «*Agenten*» zum Vornherein beschränken, zumal dadurch faktisch die Preise auf dem Onlineshop zum Höchstpreis würden. Eine Einschränkung des Spielraums könnte sich negativ auf die Vermittlungsbemühungen der «*Agenten*» auswirken. Die Freiheit der «*Agenten*», die Preise für die im Namen und auf Rechnung der [X] verkauften Produkte unter dem Maximalpreis festzusetzen, würde durch dessen Verwendung im Onlineshop nicht eingeschränkt. Seit mehr als einem Jahr biete [X] auf dem Onlineshop nur noch die Möglichkeit einer Offertanfrage an und gebe keine Preise mehr an.<sup>64</sup> [X] bot dem Sekretariat von sich aus an, die Preise auf einer der von [X] eingereichten Preislisten als unverbindliche Empfehlungen zu bezeichnen.<sup>65</sup>

*Ergebnis der Agentenbefragung zur Preissetzung*

57. Das Sekretariat fragte die «*Agenten*», ob sie frei seien in der Festsetzung der Verkaufspreise für [X]-Brandschutzprodukte, die sie als «*Agenten*» der [X] an Kundinnen und Kunden vermitteln. Die Mehrheit der «*Agenten*» ([57 %]) gab an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für [X]-Brandschutzartikel frei seien, die anderen [43 %] gaben an, sie seien nicht frei in der Festsetzung der Verkaufspreise. Von diesen «*Agenten*» gaben [67 %] an,

---

<sup>60</sup> [X]-Newsletter vom 14. April 2022.

<sup>61</sup> Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

<sup>62</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 6.

<sup>63</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 43.

<sup>64</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 45.

<sup>65</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023; die Preisliste trägt den Titel «*Übersichtpreisliste aller Kategorien ab 01.01.2023 (Richtpreise, welche je nach Region auch nicht passend sein können!)*».

deshalb nicht frei zu sein in der Festsetzung der Verkaufspreise, weil diese nach oben hin begrenzt seien.<sup>66</sup>

### *Zwischenfazit zur Preissetzung*

58. Die Betrachtung der Bruttopreisliste (Rz 23 ff.), welche [X] an die «Agenten» abgab/abgibt, ergibt, dass darin u. a. auch der Bruttoverkaufspreis enthalten ist, wobei es sich [X] zufolge um den Endverkaufspreis handeln könne, aber nicht müsse. Da die Bruttopreisliste aber auch den Einstandspreis abbildet, der für die Berechnung des Provisionsanspruchs erforderlich sei, wird dem «Agenten» die realisierbare Marge vorkalkuliert und kommuniziert (wobei es sich [X] zufolge gleichzeitig um die Provision des «Agenten» handeln solle), unter Vorbehalt des Abzuges von Verwaltungskosten. Angesichts des Umstandes, dass im Vertragsgebiet eines jeden «Agenten» weder [X] noch andere «Agenten» tätig sein dürfen (vgl. Rz 17, 59 ff.)<sup>67</sup> und auch die Erfüllung von Aufträgen in ein Vertragsgebiet durch «Agenten» aus anderen Gebieten vertraglich ausgeschlossen sind (Rz 59 ff.), dürften wenig Anreize für einen «Agenten» bestehen, den von [X] kommunizierten Bruttoverkaufspreis zu unterschreiten, zumal dadurch seine Provision geschmälert würde. Hinzu kommt, dass [X] zufolge die Bruttopreisliste für ihre «Agenten» bestimmt sei, welche nach ersten Abklärungen nicht publikumsöffentlich ist. Weder der [...]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind. Jedoch gab die Mehrheit der «Agenten» an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für Brandschutzartikel frei seien. Zudem gab ein Teil der «Agenten» an, dass sie die Preise unter-, aber nicht überschreiten dürfen, was dafür sprechen könnte, dass die Bruttopreise als Höchstpreise verstanden werden könnten.

### **B.2.4 Gebietszuweisung**

59. Ziff. 1 Abs. 2 lit. a [...]AgV regelt das Tätigkeitsgebiet des «Agenten» folgendermassen:

*«<sup>2)</sup> Verkaufslimitierung bzw. Tätigkeitslimitierung des Agenten:*

*Der Agent verpflichtet sich: a) In einem anderen als dem ihm zugewiesenen Vertragsgebiet für die in diesem Vertrag genannten Vertragsprodukte und Dienstleistungen **keine Aufträge zu tätigen** und keine Niederlassungen zu errichten.»* (Hervorhebung hinzugefügt)

60. Diese Klausel untersagt dem «Agenten» explizit, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden.

### *Stellungnahme von [X] zur Gebietszuweisung*

61. [X] erklärte, dass Passivverkäufe erlaubt seien, d. h. «Agenten» unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus anderen Gebieten als den ihnen zugewiesenen bedienen könnten.<sup>68</sup> Die Formulierung «*keine Aufträge zu tätigen*» schliesse dies nicht aus und die «Agenten» würden tatsächlich häufig Kundschaft aus anderen Gebieten als dem ihnen zugewiesenen bedienen.<sup>69</sup>

62. [X] bot dem Sekretariat von sich aus an, in Ziff. 1 Abs. 2 [...]AgV klarzustellen, dass das passive Tätigen bzw. Vermitteln von Aufträgen ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets

---

<sup>66</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>67</sup> Beim Gespräch des Sekretariats mit dem Geschäftsführer der [X] am 27.9.2023 gab dieser zu diesem Thema an, dass: «... *grundsätzlich kein Verbot [bestehe], aber der Agent [...] zuerst den für das Gebiet zuständigen Agenten fragen [müsse]...*».

<sup>68</sup> Vgl. Art. 3 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

<sup>69</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Beilage 11: Im Geschäftsjahr 2023 habe der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 % betragen.

(insbesondere die Vermittlung von Brandschutzprodukteverkäufen auf unaufgeforderte Anfragen eines Kunden von ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebietes hin) erlaubt sei.<sup>70</sup>

### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Gebietszuweisung*

63. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie frei seien, unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets zu bedienen. Die Mehrheit der «Agenten» ([93 %]) verneinte die Frage. 1 «Agent» gab an, dass er frei sei, unaufgeforderte Anfragen von *neuen* Kundinnen und Kunden (d. h. Kundinnen und Kunden, die noch nie mit dem Unternehmen Geschäfte getätigt hätten) aus Gebieten ausserhalb des ihm vertraglich zugewiesenen Gebiets zu bedienen. Allerdings dürfe er nicht bestehende Kundinnen und Kunden ausserhalb von seinem Gebiet bedienen.<sup>71</sup>

64. Als Grund, weshalb sie keine solchen unaufgeforderten Anfragen bedienen können, nannten [54 % der] «Agenten» einen Gebietsschutz. [15 % der] «Agenten» gaben an, dass die Bedienung unaufgeforderter Anfragen eine Absprache mit dem zuständigen «Agenten» des jeweiligen Gebietes erfordere. 1 «Agent» gab an, dass er die unaufgeforderten Anfragen den jeweils zuständigen «Agenten» weiterreiche. 1 «Agent» gab an, dass andere «Agenten» nicht einverstanden wären und das Gebiet nach Postleitzahlen festgelegt sei. [15 % der] «Agenten» verwiesen auf den Agenturvertrag, insbesondere auf die Ziff. 1 Abs. 2 lit. a [...]AgV (Rz 59).<sup>72</sup>

65. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie im Jahr 2023 unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedient hätten. Die Hälfte der «Agenten» ([50 %]) gab an, im Jahr 2023 unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedient zu haben.<sup>73</sup>

66. Die Umstände, die dazu führten, dass «Agenten» unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedienen, seien z. B. die Vertretung eines «Agenten», der krank sei, einen Unfall gehabt habe oder sich in den Ferien befunden habe, eine entsprechende Vereinbarung mit dem für das andere Gebiete zuständigen «Agenten». 1 «Agent» gab an, dass er im Jahr 2023 schätzungsweise 5-10 Aufträge bedient habe. [29 % der] «Agenten» gaben an, dass sie unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets irrtümlicherweise bedienten.<sup>74</sup>

### *Zwischenfazit zur Gebietszuweisung*

67. Der [...]AgV weist jedem «Agenten» ein Gebiet zu und untersagt diesem, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden. Dies wird auch bestätigt durch die Antworten der «Agenten». Die «Agenten» scheinen aber die Möglichkeit zu haben, Kundenanfragen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs zu bedienen, wobei dies von bestimmten Umständen abhängt wie bspw. der Zustimmung des zuständigen «Agenten» oder im Falle von Krankheit oder Ferien eines solchen «Agenten». Die Angaben der «Agenten» deuten somit darauf hin, dass diese das vertragliche Verbot, Aufträge in ihnen nicht zugewiesenen Gebieten zu tätigen, als Gebietsschutz verstehen und die «Agenten» die Erfüllung von Aufträgen in fremden Gebieten vermeiden. [X] zufolge betrage der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in fremden Gebieten zu tätigen geeignet, (weitere)

---

<sup>70</sup> Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

<sup>71</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>72</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>73</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>74</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern und sowohl aktive<sup>75</sup> als auch passive Verkäufe in fremde Gebiete zu unterbinden.

## B.2.5 Alleinbezugsverpflichtung bei Ersatzteilen

68. Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV verpflichtet die «Agenten» u. a. «*ausschliesslich Original-Ersatzteile des jeweiligen Herstellers zu verwenden und diese ausschliesslich beim Auftraggeber (Anm. des Sekretariats: der Auftraggeber ist [X]) zu beziehen...*». Durch diese Klausel sind die «Agenten» vertraglich verpflichtet, sämtliche Ersatzteile, die sie für Wartungs- und Unterhaltsarbeiten benötigen, bei [X] zu beziehen.

### *Stellungnahme von [X] zur Alleinbezugsverpflichtung*

69. Eine logische Konsequenz der exklusiven Tätigkeit für [X] im Bereich des Brandschutzes und des Vertriebs von Brandschutzprodukten (Ziff. 2 Abs. 7 [...]AgV<sup>76</sup>) sei, dass die «Agenten» in diesem Bereich ausschliesslich [X]-Produkte vermittelten. Das betreffe auch die Ersatzteile für Brandschutzprodukte. Es handle sich auch mit Bezug auf die Ersatzteile um eine Vermittlung durch die «Agenten» und nicht um einen Kauf und Weiterverkauf. Der Wartungsvertrag, im Rahmen dessen die Kundschaft auch Ersatzteile beziehe, komme zwischen [X] und dem jeweiligen Kunden zustande.<sup>77</sup> Die Ersatzteile würden – wie die Brandschutzprodukte – im Namen und auf Rechnung von [X] an die Kundschaft verkauft.<sup>78</sup> Die in Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV vorgesehene Pflicht, die Ersatzteile ausschliesslich bei [X] «zu beziehen», sei daher lediglich Ausdruck der ausschliesslichen Vermittlungstätigkeit für [X]. Es handle sich daher nicht um eine Bezugsverpflichtung, sondern um die Pflicht, auch im Bereich der Ersatzteile exklusiv für [X] als Auftragsvermittler tätig zu sein.<sup>79</sup>

### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Alleinbezugsverpflichtung*

70. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie sämtliche Ersatzteile, die sie für Serviceleistungen benötigen, ausschliesslich bei [X] beziehen. Alle «Agenten» bejahten diese Frage. Die Mehrheit der «Agenten» (93 %) gab an, dass sie verpflichtet seien, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen. 1 «Agent» gab an, dass keine entsprechende Verpflichtung im Vertrag ersichtlich sei.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Aktiver Verkauf ist die gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung, offline oder online, beispielsweise durch Printmedien oder digitale Medien, einschliesslich Online-Medien, Preisvergleichsdiensten oder Suchmaschinenwerbung, die auf Kundinnen und Kunden in bestimmten Gebieten oder aus bestimmten Kundengruppen ausgerichtet sind, durch den Betrieb einer Website mit einer Top-Level-Domain, die bestimmten Gebieten entspricht, oder durch das Angebot von in bestimmten Gebieten üblichen Sprachoptionen auf einer Website, sofern diese Sprachen sich von denen unterscheiden, die in dem Gebiet, in dem die Abnehmerin oder der Abnehmer niedergelassen ist, üblicherweise verwendet werden (Art. 2 VertBek).

<sup>76</sup> Ziff. 2 Abs. 7 [...]AgV lautet wie folgt: «*Der Agent darf grundsätzlich auch für andere Auftraggeber tätig sein. Im Bereich des Brandschutzes und des Vertriebs von Brandschutzprodukten ist der Agent jedoch exklusiv für den Auftraggeber tätig und er enthält sich einer konkurrierenden Tätigkeit. Ausserhalb seiner Verpflichtungen für den Auftraggeber enthält er sich insbesondere jeglicher Tätigkeit, ob Verkauf, Beratung, Dienstleistung oder Unterhalt an Produkten, die der Auftraggeber derzeit oder künftig in der Brandschutzbranche vertreibt oder herstellt oder die zu solchen Produkten in Konkurrenz stehen. Ferner enthält er sich jeglicher Tätigkeit beruflicher oder nebenberuflicher Art, die mit der Wahrung der Interessen des Auftraggebers unvereinbar ist.*».

<sup>77</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42, Beilage 12, Offerte vom 27. Juli 2021.

<sup>78</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42, Beilage 13, Rechnung vom 24. August 2021.

<sup>79</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42.

<sup>80</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

## Zwischenfazit zur Alleinbezugsverpflichtung

71. Aus Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV und den Antworten der «Agenten» geht hervor, dass die «Agenten» verpflichtet sind, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen.

### B.2.6 Zwischenfazit zum Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte

72. Aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes besteht die Tätigkeit der «Agenten» in der Vermittlung von Brandschutzprodukten. Der Kaufvertrag wird dann aber zwischen [X] und den Endkunden abgeschlossen und – mit Ausnahme der Auslieferung gekaufter Brandschutzprodukte, die durch die «Agenten» vorgenommen wird – abgewickelt.

73. Gemäss [...]AgV ergibt sich die Provision aus dem von [X] bestimmten Listenpreis (Rz 22 f.), von welchem ein rechnerischer Agentenpreis sowie Verwaltungskosten abgezogen werden (Rz 22 f.). Die Angaben von [X] und der Mehrheit der «Agenten» spricht dafür, dass die «Agenten» [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] käuflich erwerben, sondern [X] das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten behält. Der Umstand, dass [43 % der] «Agenten» angeben, Brandschutzprodukte bei [X] käuflich zu erwerben, zeigt jedoch, dass die Frage des Eigentumsübergangs für Brandschutzprodukte zu wenig klar geregelt ist.

74. Dem [...]AgV zufolge übernimmt [X] Werbekosten, Lieferkosten und das Delkredererisiko nur teilweise. Aus den Antworten der «Agenten» geht ebenfalls hervor, dass sie für mehrere Kosten und Risiken selbst aufkommen müssen. Die «Agentur-Tätigkeit» scheint es zu erfordern, dass [X]-Brandschutzprodukte gelagert werden müssen, d. h. entsprechende Kosten anfallen, für die die «Agenten» von [X] nicht entschädigt werden. Gleichzeitig gab die Mehrheit der «Agenten» an, dass die Provision üblicherweise ihre Kosten (Rz 43) übersteige. Dies deutet darauf hin, dass die Provision die Auslagen der «Agenten» im Ergebnis in der Regel deckt. Die Klärung der Frage, ob die Provisionen der «Agenten» im Einzelfall sämtliche Kosten und Risiken decken, welche die «Agenten» im Rahmen ihrer Tätigkeit für [X] entstehen, kann vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden.

75. Die Betrachtung der Bruttopreisliste (Rz 23 ff.), welche [X] an die «Agenten» abgab/abgibt, ergibt, dass darin u. a. auch der Bruttoverkaufspreis enthalten ist, wobei es sich [X] zufolge um den Endverkaufspreis handeln könne, aber nicht müsse. Da die Bruttopreisliste aber auch den Einstandspreis abbildet, der für die Berechnung des Provisionsanspruchs erforderlich sei, wird dem «Agenten» die realisierbare Marge vorkalkuliert und kommuniziert (wobei es sich [X] zufolge gleichzeitig um die Provision des «Agenten» handeln solle), unter Vorbehalt des Abzuges von Verwaltungskosten. Angesichts des Umstandes, dass im Vertragsgebiet eines jeden «Agenten» weder [X] noch andere «Agenten» tätig sein dürfen<sup>81</sup> und auch die Erfüllung von Aufträgen in ein Vertragsgebiet durch «Agenten» aus anderen Gebieten vertraglich ausgeschlossen sind, dürften wenig Anreize für einen «Agenten» bestehen, den von [X] kommunizierten Bruttoverkaufspreis zu unterschreiten, zumal dadurch seine Provision geschmälert würde. Hinzu kommt, dass [X] zufolge die Bruttopreisliste für ihre «Agenten» bestimmt sei. Nach ersten Abklärungen ist die Bruttopreisliste nicht publikumsöffentlich. Weder der [...]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind. Jedoch gab die Mehrheit der «Agenten» an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für Brandschutzartikel frei seien. Zudem gab ein Teil der «Agenten» an, dass sie die Preise unter-, aber nicht überschreiten dürfen, was dafür sprechen könnte, dass die Bruttopreise als Höchstpreise verstanden werden könnten.

76. Der [...]AgV weist jedem «Agenten» ein Gebiet zu und untersagt diesem, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden, was durch die Antworten der

---

<sup>81</sup> Beim Gespräch des Sekretariats mit dem Geschäftsführer der [X] am 27.9.2023 gab dieser zu diesem Thema an, dass: «... grundsätzlich kein Verbot [besteht], aber der Agent [...] zuerst den für das Gebiet zuständigen Agenten fragen [müsse]...».

«Agenten» bestätigt wird. Es scheint, dass «Agenten» die Möglichkeit haben, Kundenanfragen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs zu bedienen. Diese Möglichkeit ist jedoch begrenzt, da sie in den meisten Fällen der Zustimmung des im fremden Gebiet zuständigen «Agenten» bedürfe oder im Falle von Krankheit oder Ferien des betreffenden «Agenten» vorkomme. Die Angaben der «Agenten» deuten somit darauf hin, dass diese das vertragliche Verbot, Aufträge in fremden Gebieten zu tätigen, als Gebietsschutz verstehen, was die «Agenten» veranlasst, Aufträge in fremden Gebieten zu vermeiden. [X] zufolge betrage der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in Fremdgebieten zu tätigen geeignet, (weitere) gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern und sowohl aktive als auch passive Verkäufe in Fremdgebiete zu unterbinden.

77. Aus Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV und den Antworten der «Agenten» geht sodann hervor, dass sie verpflichtet sind, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen.

### B.3 [X]-Serviceleistungen

78. Die folgenden Abschnitte fassen die Erkenntnisse zu [X]-Serviceleistungen in Bezug auf die hier interessierenden Sachverhaltelemente zusammen, d. h. die Provision (B.3.1), die Preissetzungsfreiheit der «Agenten» (B.3.2) und eine Gebietszuweisung (B.3.3).

79. Vorab ist zu den [X]-Serviceleistungen festzuhalten, dass der [...]AgV Art. 418a--418v OR<sup>82</sup> unterstellt wurde und in Art. 1 Ziff. 1 den «Agenten» u.a. die Pflicht auferlegt, Dienstleistungen für Brandschutzprodukte zu verkaufen und sämtliche Kontroll-, Service- und Neufüllungsarbeiten an Brandschutzprodukten auszuführen (vgl. Rz 16). Die EU-Vertikalleitlinien halten fest, dass die Vermittlung von Dienstleistungen vom Handelsvertreterprivileg erfasst werden, wenn der Handelsvertreter die ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selber erbringt (vgl. Rz 33 Bst. a EU-Vertikalleitlinien). Im vorliegenden Fall trifft dies gerade nicht zu, da die «Agenten» [X]-Serviceleistungen nicht nur vermitteln, sondern dazu verpflichtet sind, die entsprechenden Dienstleistungen (für [X]) selbst zu erbringen.

#### B.3.1 Provision

80. Ziff. 3 Abs. 4a [...]AgV hält Folgendes zur Provision bei [X]-Serviceleistungen fest:

*«<sup>4a</sup> Bei Aufträgen, welche Servicekontrollen und oder Regiearbeiten enthalten, bringt der Auftraggeber [...] % (Stand 2022) für die Verwaltungskosten/Auftragsadministration (berechnet nur auf den Kontrollanteil der Kundenfaktura) von der Provision in Abzug. Darin enthalten sind auch die gesamten AG-Sozialleistungsanteile. Der Auftraggeber kann die Verwaltungskosten an Bedingungen aus dem Anforderungsprofil (Anhang 8) knüpfen und diese im Intervall von 6 Monaten auswerten (Stand 2022). Erfüllt der Agent die Bedingungen, so reduzieren sich die Verwaltungskosten um [...] %, bzw. bei Nichterfüllung erhöhen sich diese um jeweils [...] %. Die Neueinstufung erfolgt per Februar und August. Der höchste/tiefste Verwaltungskosten-Ansatz liegt jeweils [...] % über, bzw. unter dem für das jeweilige Jahr kommunizierten Ansatzes. Der Höchstwert ist [...] %, bzw. der Tiefstwert [...] % (Stand 2022). Kommuniziert der Auftraggeber keinen neuen Ansatz, so verbleibt jener des abgelaufenen Semesters. Die Nettoverwaltungskosten belaufen sich aufgrund der AG-Sozialleistungen auf [...] % (Stand 2022) siehe hierzu Ziffer 5.»*

81. Zur Berechnung der eigentlichen Provision enthält der [...]AgV keine Angaben.

#### Stellungnahme von [X] zur Provision

---

<sup>82</sup> Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

82. [X] gab an, die Provision für [X]-Serviceleistungen ergebe sich aus dem vom «Agenten» festgelegten Preis, abzüglich Verwaltungskosten von [...] %.<sup>83</sup>

#### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Provision*

83. Das Sekretariat fragte die «Agenten», an wen Kundinnen und Kunden die von ihnen erbrachten [X]-Serviceleistungen bezahlen. Alle befragten «Agenten» gaben an, dass Kundinnen und Kunden die von ihnen erbrachten [X]-Serviceleistungen direkt an [X] bezahlen.<sup>84</sup>

84. Das Sekretariat bat die «Agenten» zu erklären, wie die Provision berechnet wird, welche die «Agenten» für [X]-Serviceleistungen an [X]-Brandschutzprodukten von [X] erhalten. Die Angaben der «Agenten» zur Berechnung der Provision entsprechen im Wesentlichen dem Vertragsinhalt.<sup>85</sup> [29 % der] «Agenten» gaben an, dass sie zwischen [...] und [...] % der Serviceleistung erhalten. 1 «Agent» gab an, dass die Provision [...] % des erreichten Serviceumsatzes entspreche. Laut den Antworten von [50 % der] «Agenten» würden [...] % der Dienstleistung an [X] als Verwaltungskosten gehen. Bei [29 % der] «Agenten» werde eine Pauschale für Ersatzteile, eine Pauschale für die Anfahrt und/oder eine Pauschale für Klein- und Reinigungsmaterial zu den Kosten der Serviceleistungen hinzugefügt.<sup>86</sup>

#### *Zwischenfazit zur Provision*

85. Aus den Antworten der «Agenten» geht hervor, dass die Kundschaft die von den «Agenten» erbrachten [X]-Serviceleistungen direkt an [X] bezahlen. Die Provision für [X]-Serviceleistungen entspricht dabei dem Endkundenpreis abzüglich der Verwaltungskosten (von [...] %). Die Provision, die an die «Agenten» geht, bewegt sich bis zu [...] % des Preises für die erbrachten Dienstleistungen. Pauschalen für Ersatzteile, Anfahrt und/oder Klein- und Reinigungsmaterial können wohl zu den Kosten der [X]-Serviceleistungen hinzugefügt werden.

### **B.3.2 Preissetzung**

86. Dem Sekretariat liegt eine Servicekosten-Preisliste vor, die mit einem Gültigkeitsdatum versehen und mit folgendem Hinweis versehen ist: «*Vorhergehende Preislisten verlieren ihre Gültigkeit*». Diese Preisliste enthält Servicekosten, die nur für «*Eigenmarken*» gelten, wobei gestützt auf den gegenwärtigen Kenntnisstand nicht klar ist, welche Produkte vom Begriff «*Eigenmarken*» erfasst werden. Naheliegend scheint aber, dass es sich dabei um [X]-Brandschutzprodukte handelt, für die [X] die [Importeurin] in der Schweiz ist. [X] gab dem Sekretariat gegenüber an, dass diese Servicekosten-Preisliste ihren «Agenten» als Orientierung diene und dass die «Agenten» die Servicekosten beliebig unterschreiten dürften. Diese Aussage von [X] widerspricht den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten, u. a. einer Kommunikation von [X] an ihre «Agenten» vom 11. April 2023 (welche das Ergebnis einer Umfrage wiedergibt, welche [X] bei den «Agenten» durchgeführt hat), worin u. a. Folgendes mitgeteilt wird:

---

<sup>83</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 47.

<sup>84</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>85</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>86</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

Vorschlag 2 bedeutet:

Servicepreise werden leicht angehoben, auf Klein- u. Reinigungsmaterial gilt für alle ■ % VKs, auf die Wegpauschale wird keine VKs erhoben. Bei den Artikel Klein- u. Reinigungsmaterial, wie auch bei der Wegpauschale kann der Agent den Kundenpreis selbst festlegen (Ziel ist jedoch sich nach den Richtpreisen zu orientieren).

Servicepreise:

Es werden ab Mai-Abrechnung die Service-Preise gemäss Anhang den Kunden in Rechnung gestellt (Ausnahme jener Kunden, bei welchen vertraglich vereinbarte Preise gelten). Besteht kein Vertrag und der Agent möchte einem Kunden ausnahmsweise tiefere Servicepreise gewähren als jene gemäss Servicepreisliste, so ist dies wie bislang natürlich weiterhin möglich.

Wegpauschale/Klein- u. Reinigungsmaterial:

Wir appellieren hier auf die Vernunft sämtlicher Agenten und werden das Gespräch mit jenem Agenten suchen, der die Verhältnismässigkeit nicht mehr walten lässt. Grundsätzlich wird erwartet, dass man sich nach den Richtpreisen orientiert.

87. Im Abschnitt «*Servicepreise*» wird ersichtlich, dass [X] u. a. ihre «*Agenten*» anweist, grundsätzlich die Servicepreise gemäss Servicekosten-Preisliste in Rechnung zu stellen. Im Abschnitt «*Wegpauschale/Klein- u. Reinigungsmaterial*» wird zudem ersichtlich, dass (von den «*Agenten*») erwartet wird, dass «*man sich nach den Richtpreisen orientiert*», womit nach Ansicht des Sekretariats wohl die Anfahrtspauschalen gemeint sind, die in der Servicekosten-Preisliste aufgelistet sind. Diese Kommunikation von [X] an die «*Agenten*» deutet darauf hin, dass die Servicekostenpreisliste für die «*Agenten*» verbindlich ist. Zudem enthält die Servicepreisliste den Posten «*Anfahrt-Pauschale bei Wartung ab CHF [...]*», was ebenfalls gegen einen Höchstpreis spricht.

*Stellungnahme von [X] zur Preissetzung*

88. [X] gab zur oben genannten E-Mail (Rz 86) an, dass sich daraus ergebe, dass [X] den «*Agenten*» zu den Servicepreisen gewisse Vorgaben mache. [X] gebe den «*Agenten*» aber trotzdem noch die Möglichkeit, diese Preise zu unterschreiten, sofern [X] mit den betreffenden Kunden nicht bereits über eine vertragliche Vereinbarung verfüge. Es handle sich also lediglich um eine Maximalpreisvorgabe. Mit Bezug auf den Preis für den vermittelten Verkauf von Klein- und Reinigungsmaterial halte die E-Mail ebenfalls explizit fest, dass die «*Agenten*» den Preis selber festlegen könnten, wobei zur Orientierung für die Preissetzung auf die Richtpreise verwiesen würde. In der Vergangenheit habe [X] auch mit Bezug auf die Preise für vermittelte Services sowie Klein- und Reinigungsmaterial lediglich interveniert (obwohl [X] als Auftraggeber ihren «*Agenten*» den Verkaufspreis vorgeben könne), wenn die «*Agenten*» die Preise zu hoch angesetzt hätten.<sup>87</sup>

89. Hintergrund für die Ausführungen im Abschnitt «*Wegpauschale/Klein- und Reinigungsmaterial*» der vorgenannten E-Mail sei gemäss [X], dass gewisse «*Agenten*» in der Vergangenheit, statt die Preise für vermittelte Serviceaufträge selbst, jeweils nur die Wegpauschale und die Preise für Klein- und Reinigungsmaterial erhöht hätten. Grund dafür dürfte gewesen sein, dass ihnen [X] diese beiden Positionen in der Vergangenheit ohne Abzug zu 100 % weitergereicht habe. Damit [X] die stetig steigenden Kosten (u. a. im Einkauf der Produkte) habe abfedern können, habe sie mit den «*Agenten*» verschiedene Vorschläge besprochen, wie sich [X] an diesen zusätzlichen Einnahmen der «*Agenten*» infolge von Preiserhöhungen beteiligen könne. Dabei habe sie sich mit den «*Agenten*» darauf geeinigt, die Richtpreise für Servicearbeiten leicht zu erhöhen, welche den «*Agenten*» als unverbindliche Orientierungshilfe bei den Preisverhandlungen mit Kunden der [X] dienen würden. Für Klein- und Reinigungsmaterial sei zudem analog zum Abrechnungsmechanismus für Serviceaufträge ein Abzug von Verwaltungskosten von [...] % eingeführt worden. Davon habe sich [X] erhofft, künftig mehr an den durch die «*Agenten*» ausgehandelten Preiserhöhungen zu partizipieren. Zu beachten sei dabei, dass die «*Agenten*» vorbehältlich einer vertraglichen Vereinbarung der [X] mit dem Kunden stets die Möglichkeit hätten, die Richtpreise zu unterschreiten.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 46.

<sup>88</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 47.

### *Ergebnis der Agentenbefragung zur Preissetzung*

90. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie frei in der Festsetzung der Preise seien, welche Kundinnen und Kunden für erbrachte Serviceleistungen für [X] verrechnet werden. Die Mehrheit der «Agenten» ([57 %]) gab an, nicht frei zu sein in der Festsetzung der Preise, welche Kundinnen und Kunden für erbrachte Serviceleistungen für [X] verrechnet werden. [36 % der] «Agenten» gaben an, in der Festsetzung der Preise frei zu sein. 1 «Agent» verwies auf den Agenturvertrag.<sup>89</sup>

91. Das Sekretariat fragte die «Agenten», ob sie über die Höhe von Anfahrtkosten, welche Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellt werden, selber entscheiden können. Bei negativen Antworten bat das Sekretariat um eine Erklärung, inwiefern dies nicht der Fall ist und insbesondere, wer die Höhe der Anfahrtkosten festlegt. [43 % der] «Agenten» gaben an, dass sie selber über die Höhe von Anfahrtkosten entscheiden, welche Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellt werden, ohne Vorgabe eines Maximalbetrags durch [X]. [43 % der] «Agenten» gaben an, dass Maximalbeträge von [X] festgesetzt würden und laut der Antwort von [21 % der] «Agenten» würden die Anfahrtkosten [...] Franken betragen. [14 % der] «Agenten» gaben an, dass die Anfahrtkosten für Grosskunden und Wiederverkäufer festgelegt würden.<sup>90</sup>

### *Zwischenfazit zur Preissetzung*

92. In Bezug auf die Preissetzungsfreiheit der «Agenten» bei [X]-Serviceleistungen bestehen Hinweise, dass [X] von den «Agenten» – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den «Agenten» über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat. Weder der [...]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten.

### **B.3.3 Gebietszuweisung**

93. Da die vertragliche Gebietszuweisung sowohl für [X]-Brandschutzprodukte als auch für [X]-Serviceleistungen gilt, wird hier auf die obigen Ausführungen (Rz 59 ff.) verwiesen.

### **B.3.4 Zwischenfazit zu [X]-Serviceleistungen**

94. Gemäss [...]AgV bringt [X] von der Provision der «Agenten» betreffend [X]-Serviceleistungen ca. [...] % Verwaltungskosten in Abzug. Die Angaben von [X] und ihrer «Agenten» deuten darauf hin, dass die Servicepreislite, welche [X] ihren «Agenten» abgibt, der Berechnung der Provision und der Servicepreise zugrunde gelegt wird.

95. In Bezug auf die Preissetzungsfreiheit der «Agenten» beim Service bestehen Hinweise, dass [X] von den «Agenten» – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den «Agenten» über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat. Weder der [...]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten.

96. Da die vertragliche Gebietszuweisung sowohl für [X]-Brandschutzprodukte als auch für [X]-Serviceleistungen gilt, wird hier auf die obigen Ausführungen (Rz 76) verwiesen.

---

<sup>89</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

<sup>90</sup> Auswertung der Agentenbefragung.

## C Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

97. 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).

98. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG dar, weshalb Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.<sup>91</sup> Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

99. [X] ist vorliegend als Nachfragerin und Anbieterin von Dienstleistungen und Gütern im Wirtschaftsprozess als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes einzustufen, sodass die entsprechenden Bestimmungen auf sie anwendbar sind.

100. Die «Agenten» erfüllen den Tatbestand des Unternehmens in Bezug auf das Anbieten ihrer Vertriebs- und Servicedienstleistungen gegenüber [X]. Ob die «Agenten» auch in Bezug auf einen allfälligen Ankauf und Verkauf der Vertragswaren und die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des [...]AgV als Unternehmen zu behandeln sind, wird im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) analysiert (Rz 110 ff.).<sup>92</sup>

101. Der [...]AgV zeitigt Auswirkungen in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist in räumlicher Hinsicht anwendbar.

### C.2 Vorbehaltene Vorschriften

102. 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).

103. 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 [X] auch nicht angerufen.

### C.3 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)

104. 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).

---

<sup>91</sup> BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021, E. 7.2, *Schlub AG et al. gegen Wettbewerbskommission WEKO*.

<sup>92</sup> BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl., 2022, Art. 4 Abs. 1 N 364 ff.; BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 24.

105. Eine Wettbewerbsabrede i. S. v. 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.<sup>93</sup>

### C.3.1 Unternehmen verschiedener Marktstufen

106. 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.<sup>94</sup> Vorliegend geht es um das Zusammenwirken von [X] und den «Agenten».

107. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von vertikalen Abreden (vgl. Art. 1 VertBek<sup>95</sup>).

108. Vorliegend agieren [X] und die «Agenten» auf unterschiedlichen Marktstufen (vgl. Rz 4 f.), so dass eine Wettbewerbsabrede zwischen diesen eine vertikale wäre.

### C.3.2 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

109. Vorliegend steht die Frage im Zentrum, ob zwischen [X] und den «Agenten» ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen mindestens zwei Unternehmen vorliegt (Rz 105). Das wäre in Bezug auf Brandschutzprodukte insbesondere dann nicht der Fall, wenn es sich bei den «Agenten» um «echte Agenten» von [X] handelt, also um Agenten, die nicht als unabhängige Marktteilnehmer handeln (Rz 110 ff).

#### C.3.2.1 Agentenqualität der [X]-«Agenten»

110. Zu prüfen ist, ob die «Agenten» in Bezug auf die [X]-Brandschutzprodukte gemäss [...]AgV als echte Agenten zu qualifizieren sind. In Bezug auf [X]-Serviceleistungen bestehen grosse Zweifel, ob Dienstleistungen im Agenturmodell erbracht werden können, wenn der Agent, wie im vorliegenden Fall, die Dienstleistungen selbst erfüllt. Aus diesem Grund erübrigt sich eine Prüfung der Voraussetzungen für eine echte Agentur für die [X] Dienstleistungen. Die Prüfung der Kriterien erfolgt nur für den Verkauf von Brandschutzprodukten.

##### C.3.2.1.1. Voraussetzungen

111. Im Schweizer Kartellrecht gibt es keine Bestimmungen, welche vorsehen, wie Personen, die im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers handeln, kartellrechtlich zu behandeln sind.<sup>96</sup> Anders ist dies in der

---

<sup>93</sup> 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*.

<sup>94</sup> BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigroupe*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m.w.H., *Nikon*; vgl. zudem ZÄCH/HEIZMANN (Fn 15), Rz 300 ff.; BSK KG-REINERT (Fn 3), Art. 4 I N 358 m.w.H.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 3), Art. 4 I LCart N 15.

<sup>95</sup> Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

<sup>96</sup> 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.

Europäischen Union (nachfolgend: EU). Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (nachfolgend: Agent). In der Schweiz hat sich bei den Gerichten<sup>97</sup> und den Wettbewerbsbehörden<sup>98</sup> die Praxis dahingehend entwickelt, dass die Regeln des EU-Handelsvertreterprivilegs für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Agenturverhältnissen heranzuziehen sind. Die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden stellen auf die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung ab zur Klärung der Frage, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist. Durch eine analoge Anwendung der europäischen 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 Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird.<sup>99</sup>

112. 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 Dienstleistungen durch den Auftraggeber oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber auszuhandeln und/oder zu schliessen.<sup>100</sup>

113. Unter bestimmten Umständen kann die Beziehung zwischen einem Agenten und seinem Auftraggeber als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Agent nicht mehr als unabhängiger 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.<sup>101</sup>

114. Die EU-Vertikalleitlinien umschreiben die für die Einstufung als (echten) Agenturvertrag relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken.<sup>102</sup> Die Wettbewerbskommission (WEKO) und das Sekretariat haben in ihrer Praxis wiederholt Bezug auf die entsprechenden Voraussetzungen der EU-Vertikalleitlinien genommen, so dass auch nachfolgend darauf abzustellen ist.<sup>103</sup>

---

<sup>97</sup> BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30.10.2019, E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*.

<sup>98</sup> Erw.-Gr. VI und VII der VertBek; 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.

<sup>99</sup> Erw.-Gr. VII. VertBek.

<sup>100</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 29. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 67, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88, *Marché du livre écrit en français*.

<sup>101</sup> EU-Vertikalleitlinien, 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*.

<sup>102</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 31 (Risikoarten; drei Arten finanzieller oder wirtschaftlicher Risiken sind von wesentlicher Bedeutung: [1] vertragspezifische 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 auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind; [3] Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt), 33 (Voraussetzungen).

<sup>103</sup> 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: Sekretariat, 3.9.2024, *Y.-Agenturverträge*, Rz 78 ff., <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide; 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., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0438, 26.6.2013, S. 2 f., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0419, 31.8.2012, Rz 4, [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0331, 10.10.2008, Rz 26 ff., [...] (nicht veröffentlicht).

115. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien wird eine Vereinbarung in der Regel mangels Unabhängigkeit des Agenten (Rz 111) als nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>104</sup> fallender Agenturvertrag eingestuft und mithin kartellrechtlich privilegiert, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>105</sup>

- 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.

116. Wenn dem Agenten eines oder mehrere der genannten Risiken bzw. Kosten entstehen, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 115) 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.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup> Die Frage des Risikos muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen

---

<sup>104</sup> 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).

<sup>105</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33. Vgl. auch Rz 116 f.

<sup>106</sup> EU-Vertikalleitlinien, 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.

<sup>107</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 32.

wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung abzustellen ist.<sup>108</sup>

### C.3.2.1.2. Prüfung

117. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte die vorgenannten Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt.

#### 1. Eigentumserwerb

118. 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.<sup>109</sup>

119. Der Wortlaut des [...]AgV deutet darauf hin, dass die «Agenten» Produkte von [X] beziehen, d. h. käuflich erwerben (müssen), da der [...]AgV die Ausdrücke «Materialbezüge» (Ziff. 8 Abs. 5 [...]AgV) und «Einkaufsmenge» (Ziff. 14 [...]AgV) enthält. Jedoch erfolgt die Rechnungsstellung nach derzeitigem Kenntnisstand an die Endkundschaft durch [X], was gegen einen Eigentumsübergang der Produkte an die «Agenten» spricht. Zudem bestätigte die Mehrheit der befragten «Agenten», kein Eigentum an Brandschutzprodukten zu erwerben. Vor diesem Hintergrund kann die Voraussetzung, wonach ein echter Agent kein Eigentum an der verkauften Ware erwirbt, eher als erfüllt betrachtet werden.

#### 2. Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung

120. 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.<sup>110</sup> Gemäss EU-Vertikalleitlinien schliesst dies nicht aus, dass der Agent Beförderungsleistungen erbringt, sofern die Kosten vom Auftraggeber übernommen werden.<sup>111</sup>

121. Die Mehrheit der «Agenten» gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der «Agenten» übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgenannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

122. Ziff. 5 Abs. 1 [...]AgV hält jedoch fest, dass [X] grundsätzlich keinerlei Spesen vergütet wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen etc.<sup>112</sup> Der «Agent» hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Ziff. 8 Abs. 3 [...]AgV sieht vor, dass [X] Materiallieferungen ab [...] Franken dem «Agenten» franko Domizil liefert. Für Materialbezüge unter [...] Franken enthält der [...]AgV keine Regelung, was darauf hindeutet, dass der «Agent» die Ware selbst bei [X] abholen oder die Kosten für die Lieferung selber tragen muss. Zudem erhält der «Agent» keine gesondert ausgewiesene Vergütung für die Abholung der Ware bei [X] und die darauffolgende Lieferung an die Endkundschaft.

123. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Kosten für Warenlieferung/-erwerb trägt, ist eher nicht erfüllt.

#### 3. Lagerkosten und -risiken

124. 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

---

<sup>108</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 34. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 68, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88 f., *Marché du livre écrit en français*.

<sup>109</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. a.

<sup>110</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. b.

<sup>111</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. b. Vgl. zu Transportkosten EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 105 f., *DaimlerChrysler/Kommission*.

<sup>112</sup> Davon ausgenommen sind die in Ziff. 8 Abs. 4 und 5 [...]AgV geregelten Kostenzuschüsse für Fahrzeugwerbung und Messeteilnahmen.

von Lagerbeständen einschliesst.<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup>

125. Die Mehrheit der «Agenten» gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der «Agenten» übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgenannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

126. Der [...]AgV regelt jedoch die Lagerkosten nicht und sieht nicht vor, dass [X] die «Agenten» für anfallende Lagerkosten entschädigt. Nach Ansicht von [X] sind die «Agenten» nicht verpflichtet, Produkte an Lager zu halten. Die Agentenbefragung deutet demgegenüber darauf hin, dass die «Agenten» tatsächlich ein Lager haben müssen, um ihre Aufgaben wahrnehmen zu können und ihnen dafür Kosten entstehen, für welche [X] sie nicht gesondert entschädigt (vgl. Rz 44 ff.).

127. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Lagerkosten und -risiken trägt, ist eher nicht erfüllt.

#### 4. Haftung für Vertragserfüllung durch Kunden

128. 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 Verschulden haftet.<sup>115</sup> Gemäss EU-Vertikalleitlinien kann dies beispielsweise der Fall sein, wenn er es versäumt, zumutbare Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahlsicherungen zu erfüllen oder weil er keine angemessenen Massnahmen trifft, dem Auftraggeber oder der Polizei Diebstähle zu melden oder weil er es unterlässt, dem Auftraggeber alle ihm bekannten Informationen hinsichtlich der Zahlungsverlässlichkeit der Kunden zu übermitteln.<sup>116</sup>

129. Gemäss Ziff. 4 Abs. 2 [...]AgV werden dem «Agenten» bei einem kompletten Debitorenverlust lediglich die Verwaltungskosten zurückvergütet und der «Agent» übernimmt bis zu einem Materialanteil bis zu [...] Franken das Delkredererisiko ganz und über diesem Schwellenwert zur Hälfte.<sup>117</sup>

130. [X] hält dazu fest, dass die Übernahme des Delkredererisikos gemäss Ziff. 4 Abs. 1 [...]AgV in Form eines separaten Entgelts entschädigt werde ([...] %; vgl. Rz 40). [X] fügt weiter an, dass der Zahlungsausfall im Bereich von Brandschutzprodukten und den damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen generell sehr tief sei und die Kosten für die Übernahme des Delkredererisikos mit der Entschädigung von [...] % bereits mehr als abgegolten seien.<sup>118</sup>

131. Die kartellrechtlichen Voraussetzungen der echten Agentur sehen nicht vor, dass das Delkredererisiko über die Provision abgegolten werden kann. Der Auftraggeber hat dieses Risiko direkt zu übernehmen, was [X] vorliegend nicht vollständig tut.

132. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht für die Vertragserfüllung durch Kundinnen und Kunden haftet, ist nicht erfüllt.

---

<sup>113</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. c.

<sup>114</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. c.

<sup>115</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. d.

<sup>116</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. d.

<sup>117</sup> Ziff. 4 Abs. 2 [...]AgV: «Bei einem kompletten Debitorenverlust werden dem Agenten die Verwaltungskosten zurückvergütet. Bei einem Debitorenverlust des Agenten mit Materialanteil ab CHF 1'250.00 trägt der Auftraggeber zusätzlich das Delkredererisiko des Agenten zur Hälfte mit.»

<sup>118</sup> Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 19, Beilage 6: Debitorenverluste Agenturen.

## 5. Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden

133. 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.<sup>119</sup>

134. Der [...]AgV regelt nicht ausdrücklich, dass [X] gegenüber der Kundschaft oder anderen Dritten für Verluste oder Schäden haftet, die durch die Lieferung der Vertragswaren verursacht werden. Nach Angaben von [X] haften die «Agenten», ausser für durch sie verschuldete Schäden, nicht für aufgrund der vermittelten Geschäfte verursachte Schäden. Diese Haftung trage [X] (Rz 42).

135. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht gegenüber Kundinnen und Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden haftet, dürfte erfüllt sein.

## 6. Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen

136. 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 Auftraggeber vollständig erstattet.<sup>120</sup>

137. Die Mehrheit der «Agenten» gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der «Agenten» übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgeannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

138. Ziff. 5 Abs. 1 [...]AgV hält jedoch fest, dass [X] keinerlei Spesen vergütet, wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen. Der «Agent» hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Davon ausgenommen sind die in Ziff. 8 Abs. 4 und 5 [...]AgV geregelten Kostenzuschüsse für Fahrzeugwerbung und Messeteilnahmen (Rz 30).

139. Zudem besagt Ziff. 2 Abs. 4 [...]AgV, dass sich ein «Agent» jederzeit als [...]agent des Auftraggebers bekannt gibt und das vorgegebene Corporate Identity (CI) erfüllt. Der «Agent» beschriftet sein Geschäftsfahrzeug in angemessener Grösse, dessen Fahrzeug-Grundfarbe, Firmenlogo und Corporate Design (CD) den Richtlinien des Auftraggebers entspricht, wofür der «Agent» gemäss Ziff. 8 Abs. 4 [...]AgV im Sinne eines Kostenzuschusses anteilmässig entschädigt wird. Nach Ziff. 8 Abs. 4 [...]AgV übernimmt [X] für die Erstbeschriftung die Gesamtkosten der Fahrzeugwerbung, danach jedoch lediglich die Hälfte der Kosten für die Fahrzeugwerbung, allerdings maximal [...] Franken (Rz 30).

140. Die Agentenbefragung ergab zudem, dass die Mehrheit der befragten «Agenten» Werbekosten zu tragen hat, für welche [X] sie nicht gesondert entschädigt (Rz 48 ff.).

141. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine oder nur unwesentliche Kosten für verkaufsfördernde Massnahmen trägt, ist eher nicht erfüllt.

## 7. Marktspezifische Investitionen

142. 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 Versicherungsvermittlern oder Werbung für Strecken oder Zielorte bei Reisebüros, die Flüge oder Hotelunterkünfte verkaufen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. e.

<sup>120</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. f.

<sup>121</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. g; EuGH, ECLI:EU:C:2006:784, Rz 51, 59, CEES/CEPSA/Kommission.

143. In Bezug auf die marktspezifischen Investitionen (ausgenommen Werbung) liegen dem Sekretariat nicht genügend Informationen vor, um einschätzen zu können (i) worin die marktspezifischen Investitionen (inkl. CI-Anforderungen) von [X] bestehen und (ii) ob [X] die Kosten dafür trägt. Auf jeden Fall enthält der [...]AgV keine entsprechende spezifische Vergütungsklausel. Vorliegend ist unklar, ob die Provision sämtliche marktspezifische Investitionen der «Agenten» abdeckt. Die Mehrheit der «Agenten» gab allerdings an, dass die Provision ihre Kosten üblicherweise überschreite. Dies deutet darauf hin, dass die Provision ihre marktspezifischen Investitionen deckt.

#### *8. Andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt*

144. Ein echter Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr (z. B. die Lieferung der Waren), es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.<sup>122</sup>

145. Soweit ersichtlich verlangt [X] im Rahmen des Vertriebs der [X]-Brandschutzprodukte nicht, dass die «Agenten» andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen.

146. 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, dürfte erfüllt sein.

#### **C.3.2.2 Zwischenfazit**

147. Das [X]-Vertriebsmodell bezüglich Brandschutzprodukte erfüllt in der gegenwärtigen Form nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien (Rz 112 ff.) nicht. Es liegt somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen [X] und den «Agenten» vor. Der zwischen [X] und den «Agenten» abgeschlossene [...]AgV stellt eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung dar. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen [X] und den «Agenten» liegt auch vor hinsichtlich [X]-Serviceleistungen, da der [...]AgV die Grundlage für die vertriebliche Zusammenarbeit zwischen [X] und den «Agenten» darstellt und sich diesbezüglich die Frage der «echten Agentur» nicht stellt.

#### **C.3.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsabrede**

148. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».

149. 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 und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».<sup>123</sup> Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen)

<sup>122</sup> EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. h; Handbuch Kartellrecht-KIRCHHOFF (Fn 106), § 11 N 21 m. w. H. Vgl. EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 113, *DaimlerChrysler/Kommission*.

<sup>123</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hal-lenstadion*; 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*.

beziehen.<sup>124</sup> Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»<sup>125</sup>. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.<sup>126</sup>

150. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>127</sup> Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.<sup>128</sup>

151. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 149 durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.<sup>131</sup>

152. Der zwischen [X] und den «Agenten» abgeschlossene [...]AgV, der sowohl den Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte als auch die Erbringung von [X]-Serviceleistungen regelt, stellt eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung von Unternehmen verschiedener Marktstufen dar. Der [...]AgV enthält einerseits eine Klausel, welche den «Agenten» die Erfüllung von Aufträgen (und damit den Passivverkauf) in ihnen nicht zugewiesenen Gebieten untersagt (vgl. Rz 59 ff.). Zudem wird die Preissetzungsfreiheit der «Agenten» von [X] eingeschränkt (vgl. Rz 52 ff.). Im Rahmen der Tätigkeit der «Agenten» gab [X] den «Agenten» eine Preisliste ab und kommunizierte, dass [X] erwarte, dass sich die «Agenten» an diese halten. Diese Verhaltensweisen sind objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Ausschaltung der Wettbewerbsparameter Preis und Gebiet zu verursachen. Dies reduziert potenziell den Wettbewerbsdruck zwischen den «Agenten», was zu höheren Preisen für [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen führen kann. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass der [...]AgV eine Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf den Absatz von [X]-Brandschutzprodukten und die Erbringung von [X]-Serviceleistungen bezweckt oder bewirkt.

### C.3.4 Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

153. Da das Vertriebsmodell von [X] in Bezug auf Brandschutzprodukte die Voraussetzungen für die nach den EU-Vertikalleitlinien vorgesehene echte Agentur nicht vollständig erfüllt und die Gebietszuweisung im [...]AgV und die Preisvorgabe der [X] eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, liegen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener

---

<sup>124</sup> 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*.

<sup>125</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>126</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>127</sup> 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, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*.

<sup>128</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altimum*.

<sup>129</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>130</sup> Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32 m.w.H., *Super Bock*; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22.

<sup>131</sup> 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*.

Marktstufen i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. Auch in Bezug auf [X]-Serviceleistungen liegen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, welche Wettbewerbsabreden vorliegen und ob die Wettbewerbsabreden unzulässig sind (Art. 5 KG).

## C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

154. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig. Für Abreden, die von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfasst werden, gilt ausserdem die gesetzliche Vermutung, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Kann diese Vermutung widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG.<sup>132</sup> Solche Abreden sind unzulässig, falls sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).<sup>133</sup>

155. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob Anhaltspunkte für vertikale Preis- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bestehen (C.4.1 f.), ob diese zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (C.4.3), ob ggf. eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (C.4.4) und es ggf. eine Rechtfertigung für die Abreden gibt (C.4.5).

### C.4.1 Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

156. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass zwischen der Herstellerin und ihren Händlerinnen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen besteht (sog. Preisbindung der zweiten Hand; Art. 12 Abs. 1 Bst. a VertBek; vgl. auch Rz 4 VertBek-Erläuterungen<sup>134</sup>).

157. Vertikale Preisabreden können durch direkte Mittel, aber auch indirekte Mittel angewendet werden (Art. 12 Abs. 2 VertBek). Von einer direkten vertikalen Preisabrede ist z. B. auszugehen, wenn eine Anbieterin eine Preiserhöhung verlangt und die Abnehmerin diesem Verlangen nachkommt (vgl. Rz 5 VertBek-Erläuterungen). Beispiele für eine mögliche indirekte vertikale Preisabrede sind Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzen von Lieferungen bzw. Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus (vgl. Rz 6 VertBek-Erläuterungen). Auch Preisempfehlungen können eine vertikale Preisabrede darstellen und sind im Einzelfall zu prüfen (vgl. Rz 8 f. VertBek-Erläuterungen).

158. Für die Beurteilung der Frage, ob Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden zwischen [X] und ihren «Agenten» bestehen, ist nach [X]-Brandschutzprodukten und -Serviceleistungen zu differenzieren.

159. In Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte definiert der [...]AgV die Provision der «Agenten» als Differenz zwischen einem rechnerischen Agentenpreis und einem Listenpreis, wobei weder der [...]AgV noch die Preisliste einen Hinweis zur Preissetzungsfreiheit der «Agenten» enthält. [X] erläuterte dazu, dass es sich bei den Listenpreisen um Höchstpreise handle (vgl. Rz 56), was gestützt wird durch den Umstand, dass die Mehrheit der «Agenten» angab, dass sie in der Festsetzung ihrer Verkaufspreise für [X]-Brandschutzprodukte frei sei. Von den

---

<sup>132</sup> BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

<sup>133</sup> BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, *Pfizer*.

<sup>134</sup> Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen).

anderen [43 % der] «Agenten» gaben [67 %] an, deshalb nicht frei zu sein in der Festsetzung der Verkaufspreise, weil diese nach oben hin begrenzt seien (Rz 57 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint es als plausibel, dass es sich bei den Listenpreisen um Höchstpreise handeln könnte. Gestützt auf den aktuellen Kenntnisstand liegen in Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte keine Anhaltspunkte für eine Preisabrede vor.

160. In Bezug auf [X]-Serviceleistungen ergeben die derzeit verfügbaren Informationen Hinweise, dass [X] von den «Agenten» – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. So deutet eine Kommunikation von [X] an die «Agenten» darauf hin, dass die Servicekostenpreisliste für die «Agenten» verbindlich ist (Rz 86 f.). Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den «Agenten» über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat, was auf eine entsprechende Koordination zwischen [X] und den «Agenten» schliessen lässt. Weder der [...]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten. Anders als bei den [X]-Brandschutzprodukten gab die Mehrheit der «Agenten» an, in der Preissetzung beim Erbringen von [X]-Serviceleistungen nicht frei zu sein (Rz 90) und die Hälfte der «Agenten» gab an, über die Höhe der Anfahrtskosten nicht selbst entscheiden zu dürfen (Rz 91). Vor diesem Hintergrund liegen für den Vertrieb von [X]-Serviceleistungen Anhaltspunkte für eine Preisabrede vor.

161. Zusammenfassend liegen aus Sicht des Sekretariats Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf den Vertrieb von [X]-Serviceleistungen, nicht aber in Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte vor.

#### **C.4.2 Vertikale Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG**

162. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG). Es ist zu prüfen, ob Ziff. 1 Abs. 2 lit. a [...]AgV zu einem absoluten Gebietschutz i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG führt.

163. Nach Ziff. 1 Abs. 2 lit. a [...]AgV (vgl. Rz 59) werden den «Agenten» Gebiete zugewiesen und es wird ihnen untersagt, Aufträge in einem anderen als dem ihnen zugewiesenen Vertragsgebiet zu tätigen. Ziff. 1 Abs. 2 lit. a [...]AgV spezifiziert nicht, dass lediglich aktive Verkäufe erfasst sein sollen vom Verkaufsverbot, sondern untersagt sie die Erfüllung von (sämtlichen) Aufträgen in andere Gebiete, als in demjenigen, das einem «Agenten» jeweils zugewiesen wurde. Die Angaben der «Agenten» deuten darauf hin, dass sie die Gebietszuweisung mit Verkaufsbeschränkung als Gebietsschutz verstehen, was die «Agenten» veranlasst, Aufträge in fremden Gebieten zu vermeiden (Rz 75). [X] zufolge beträgt der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %.

164. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in Fremdgebieten zu tätigen, geeignet, (weitere) gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern. Es liegen somit Anhaltspunkte für eine vertikale Gebietsabrede i. S. v. Art. 5 Abs. 4 KG.

165. Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV verpflichtet «Agenten» u.a. «*ausschliesslich Original-Ersatzteile des jeweiligen Herstellers zu verwenden und diese ausschliesslich beim Auftraggeber (Anm. des Sekretariats: der Auftraggeber ist [X]) zu beziehen...*». Wie die WEKO im Fall *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren* festgehalten hat, können Alleinbezugsverpflichtungen, mit denen Vertriebspartner vertraglich verpflichtet sind, Produkte ausschliesslich beim Schweizer Generalimporteur zu beziehen, zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz

führen i. S. v. Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>135</sup> Es ist zu prüfen, ob Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG führt.

166. Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV könnte so gelesen werden, dass die «Agenten» vertraglich verpflichtet sind, sämtliche Ersatzteile, die sie für Wartungs- und Unterhaltsarbeiten benötigen, bei der [Importeurin] [X] zu beziehen. [X] zufolge handle es sich wie bei den übrigen [X]-Brandchutzprodukten auch bei den Ersatzteilen um eine Vermittlung durch die «Agenten» und nicht um einen Kauf und Weiterverkauf. Der Wartungsvertrag, im Rahmen dessen der Kunde auch Ersatzteile beziehe, komme zwischen [X] und dem jeweiligen Endkunden zustande. Die in Ziff. 2 Abs. 3 [...]AgV vorgesehene Pflicht, die Ersatzteile ausschliesslich bei [X] «zu beziehen», sei daher lediglich Ausdruck der ausschliesslichen Vermittlungstätigkeit für [X].

167. Aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes spricht der Umstand, dass der Wartungsvertrag zwischen [X] und Endkundinnen und Endkunden abgeschlossen wird, gegen einen Eigentumserwerb von Ersatzteilen durch «Agenten». Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf eine mögliche Alleinbezugsverpflichtung nicht davon auszugehen, dass Anhaltspunkte für vertikale Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

### C.4.3 Widerlegung der gesetzlichen Beseitigungsvermutung

168. 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).

169. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Art. 13 VertBek). Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Es braucht im Rahmen einer Vorabklärung nicht eingehend geprüft zu werden, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann.<sup>136</sup>

#### C.4.3.1 Marktabgrenzung

170. Der relevante Markt beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU<sup>137</sup> nach einer sachlichen und räumlichen Komponente.<sup>138</sup>

##### *Sachlich relevante Märkte*

171. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>139</sup> Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.<sup>140</sup> Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder

---

<sup>135</sup> Vgl. RPW 2019/4, 1165 Rz 69, Bucher Landtechnik – *Ersatzteilhandel Traktoren*.

<sup>136</sup> RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, *SwissZinc AG*.

<sup>137</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

<sup>138</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>139</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>140</sup> RPW 2010/4, 670 Rz 165, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>141</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung<sup>142</sup> bzw. Vorabklärung.

172. Die Marktgegenseite von [X] sind die Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz. Sie fragen [X] Brandschutzprodukte und damit zusammenhängende [X] Dienstleistungen bei [X] und den «Agenten» nach.

173. Es stellt sich die Frage, ob Brandschutzprodukte und damit zusammenhängende Serviceleistungen anderer Anbieterinnen für die Marktgegenseite Substitute zu den [X]-Brandschutzprodukten und -Serviceleistungen darstellen. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird davon ausgegangen, dass das unter einer Marke einer Herstellerin verkaufte Brandschutzprodukt einer bestimmten Kategorie mit einem Brandschutzprodukt der gleichen Kategorie einer anderen Marke funktionell austauschbar ist (vgl. Rz 182). Unter dieser Annahme sind aus Sicht der Endkundschaft ebenfalls mit Brandschutzprodukten zusammenhängende Serviceleistungen von [X] mit denjenigen anderer Anbieterinnen substituierbar.

174. Die WEKO und das Sekretariat haben sich im Zusammenhang mit Brandschutzprodukten noch nicht zur Marktabgrenzung geäussert.<sup>143</sup> Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird von sachlich relevanten Märkten für Brandschutzprodukte und für Serviceleistungen für Brandschutzprodukte ausgegangen. In Verfahren anderer Wettbewerbsbehörden wurden die Märkte ebenso abgegrenzt.<sup>144</sup>

#### *Räumlich relevante Märkte*

175. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>145</sup> Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer Wettbewerbsabrede betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt.

176. Vorliegend liegt es nahe, dass die Endkundschaft die Brandschutzprodukte in der Schweiz und ggf. z. T. im umliegenden Ausland nachfragt. In Bezug auf Serviceleistungen an Brandschutzprodukten liegt es nahe, dass die Endkundschaft die Serviceleistungen in der Schweiz oder lokal nachfragt, in einem bestimmten Umkreis des Ortes, an welchem die Serviceleistungen zu erbringen ist.<sup>146</sup>

177. Die WEKO und das Sekretariat haben sich im Zusammenhang mit Brandschutzprodukten noch nicht zur Marktabgrenzung geäussert. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird für Brandschutzprodukte von einem mindestens nationalen Markt ausgegangen und für Serviceleistungen an Brandschutzprodukten von einem nationalen Markt, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um lokale Märkte handelt.

---

<sup>141</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

<sup>142</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>143</sup> RPW 2022/3, 573 ff., *Vorabklärung i. S. [Brandschutzsystem]-Elemente*; RPW 2011/4, 483 ff., *Vorabklärung i. S. Gebäudeversicherung Bern (GBV)*; RPW 2003/4, 741 ff., *Vorabklärung i. S. Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

<sup>144</sup> Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-26 du 20.12.2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, Rz 218 ff.; Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-23 du 18.5.2005 relative à la saisine de la société France Incendie, S. 1-3; Conseil de la concurrence, décision n° 95-D-50 du 4.7.1995 relative à des pratiques relevées sur les marchés de l'installation et de la maintenance des extincteurs, S. 1-3.

<sup>145</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>146</sup> Vgl. Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-26 du 20.12.2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, Rz 222.

### C.4.3.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

178. Der Interbrand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Frage, ob [X] dem Wettbewerb ausgesetzt ist durch andere Anbieter von Brandschutzprodukten, die Kunden aufgrund der Eigenschaften, der Preise und des Verwendungszwecks der Produkte als austauschbar ansehen.

179. Das Marktvolumen wird von [X] wie folgt geschätzt:

Tabelle 1: Geschätztes Marktvolumen (umsatzbasiert) / Anteil Marke [Y] 2022

Bereich	Gesamtmarktumsätze Schweiz	Gesamtumsatz [X]
Brandschutzprodukte	[...] Franken	[...] Franken
Dienstleistungen <sup>147</sup>	[...] Franken	[...] Franken

Quelle: Angaben von [X]<sup>148</sup>

180. [X] gab in Bezug auf die realisierten Umsätze an, dass davon ca. [90-100] % auf Direktverkäufe inkl. Vermittlungen der «Agenten» und ca. [0-10] % auf andere Kanäle (Wiederverkäufer, die Produkte in eigener Regie weiterverkaufen und/oder warten ohne Preisvorgaben) entfallen.

181. Der Marktanteil von [X] beläuft sich gestützt auf ihre Schätzungen für das Jahr 2022 auf rund [0-10] % im Bereich Brandschutzprodukte und auf rund [0-10] % im Bereich Dienstleistungen.

182. Auf die Frage nach den zehn umsatzstärksten Mitbewerbern nannte [X] (in absteigender Reihenfolge) die folgenden Unternehmen:

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. [...]
7. [...]
8. [...]
9. [...]
10. [...].

Bei diesen zehn genannten Mitbewerberinnen handelt es sich um Anbieterinnen von Brandschutzprodukten. Die Produkte sind hinsichtlich ihres Verwendungszwecks als mit [X]-Brandschutzprodukten als austauschbar zu betrachten.

183. Die Betrachtung der von den vorstehend genannten Wettbewerberinnen am Markt angebotenen Brandschutzprodukte lässt darauf schliessen, dass diese aus Sicht der Endkundinnen und Endkunden mit [X]-Brandschutzprodukten als austauschbar angesehen werden können. Daher ist aufgrund der Anzahl konkurrierender Anbieter von Brandschutzprodukten von ausreichendem Interbrandwettbewerb auszugehen. Gestützt auf den aktuellen Kenntnisstand

<sup>147</sup> Der Begriff «Dienstleistungen» wurde von [X] nicht definiert, sodass derzeit unklar ist, ob dieser Begriff mit «Serviceleistungen» gleichzusetzen ist oder darüber hinaus geht.

<sup>148</sup> Vgl. Stellungnahme [X] vom 20.6.2023, S. 1.

bieten die oben genannten Mitbewerberinnen ebenfalls Service- und Unterhaltsarbeiten für Brandschutzprodukte an, die mit denjenigen von [X] austauschbar sein dürften.

184. Der Intra-Brand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Frage, ob Endkundinnen und Endkunden trotz der «Abrede» Brandschutzprodukte der Marke [Y] über andere Bezugsquellen als die Agenten von [X] beziehen können. Da namhafte/renommierte/grosse Schweizer Online-Händlerinnen Brandschutzprodukte der Marke [Y] verkaufen<sup>149</sup>, ist von einem gewissen Mass an Intra-Brand-Wettbewerb auszugehen.

#### **C.4.3.3 Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

185. Für die vertikalen Preis- und Gebietsabreden ist vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse von der Widerlegung der Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen. Dies namentlich, weil auf den Märkten für Brandschutzprodukte und Serviceleistungen ein ausreichendes Mass an Inter-Brand-Wettbewerb sowie zumindest bzgl. Brandschutzprodukten ein gewisses Mass an Intra-Brand-Wettbewerb besteht.

#### **C.4.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

186. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als i.d.R. erhebliche Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG.<sup>150</sup> Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen sowie tatsächlicher Auswirkungen und der erfolgten Umsetzung der Abrede.

187. Hinsichtlich der oben genannten Abrede zwischen [X] und den «Agenten» sind zurzeit keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit hinweisen würden.

#### **C.4.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

188. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) 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 (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

189. Im vorliegenden Fall sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Solche wurden von [X] auch nicht geltend gemacht.

### **C.5 Ergebnis**

190. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist die Frage, ob das von [X] betriebene Vertriebsmodell für [X]-Brandschutzprodukte (inkl. Ersatzteile) sowie diesbezüglicher Serviceleistungen Beschränkungen enthält, die als Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 KG zu betrachten sind.

---

<sup>149</sup> Vgl. [https://www.galaxus.ch/en/search?filter=bra%3D4669&q=\[Y\]%20feuerl%C3%B6scher&so=4](https://www.galaxus.ch/en/search?filter=bra%3D4669&q=[Y]%20feuerl%C3%B6scher&so=4) (22.10.2024).

<sup>150</sup> BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

191. Das [X]-Vertriebsmodell für Brandschutzprodukte erfüllt in der gegenwärtigen Form gestützt auf die verfügbaren Informationen die oben genannten Voraussetzungen der echten Agentur nicht (Rz 153). Gestützt auf den bekannten Sachverhalt bestehen Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Gebietsschutzabreden beim Vertrieb von Brandschutzprodukten und den damit verbundenen Serviceleistungen sowie für unzulässige vertikale Preisabreden bei den Serviceleistungen (Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Im Rahmen der Vorabklärung ist es jedoch nicht erforderlich, definitive Schlussfolgerungen über das Vorliegen eines Gesetzesverstosses zu ziehen.<sup>151</sup> Die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung i. S. v. Art. 27 KG können vorliegend an sich als erfüllt betrachtet werden.

192. Auf die Eröffnung einer Untersuchung kann indes verzichtet werden, wenn die Eröffnung eines solchen Verfahrens unverhältnismässig wäre. Dabei ist die gesamte Interessenlage des Einzelfalls sorgfältig und umfassend zu würdigen. Im vorliegenden Fall weisen sowohl die Angaben von [X] als auch diejenigen ihrer «Agenten» zahlreiche Unklarheiten in Bezug auf die vertriebliche Zusammenarbeit auf. So besteht das Vertriebsmodell von [X] aus Elementen verschiedener Vertriebstypen. Dieser Umstand ist ausschlaggebend für die vorstehend identifizierten Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Der Vertrieb von [X] für Brandschutzprodukte und Serviceleistungen ist weder klar geregelt, noch lassen sich die Elemente der verschiedenen Vertriebstypen kartellrechtskonform miteinander kombinieren. Für eine Nichteröffnung einer Untersuchung sprechen die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, denn angesichts der verhältnismässig grossen Anzahl Konkurrentinnen, die allesamt mit [X]-Brandschutzprodukten substituierbare Produkte anbieten, verfügt [X] über geringe Marktanteile im Bereich von rund [0-10] % im Bereich Brandschutzprodukte und rund [0-10] % im Bereich Dienstleistungen. Schliesslich bot [X] bezüglich verschiedener unklarer Punkte im [...]AgV dem Sekretariat an, Anpassungen vorzunehmen und offen zu sein, Massnahmen umzusetzen, die das Sekretariat zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen würde i. S. v. Art. 26 Abs. 2 KG.

193. Aus diesen Gründen scheint die Eröffnung einer Untersuchung i. S. v. Art. 27 KG nicht angemessen zu sein. Stattdessen werden Massnahmen angeregt, um die Anhaltspunkte für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen.

194. Setzt [X] die Anregungen nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen (Art. 27 KG).

## **D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG**

195. 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 zu verhindern.

1. [X] stellt sicher, dass die gewählte Vertriebsform die hierfür geltenden kartellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Falls [X] den Vertrieb über unabhängige Händlerinnen wählen sollte, stellt [X] insbesondere sicher, dass ihre Händlerinnen in der Preissetzung vollkommen frei sind und es keinen unzulässigen Gebietsschutz gibt. Allfällige Preisempfehlungen sind explizit als unverbindlich zu kennzeichnen.
2. Sollte [X] für den Verkauf von Brandschutzprodukten eine echte Agentur betreiben wollen, so sind insbesondere die folgenden Anpassungen vorzunehmen:
  - a) Die Agenten sind ausdrücklich zu informieren, dass sie die [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] kaufen, sondern [X] als Auftraggeber das Eigentum an den Produkten behält (Rz 119).

---

<sup>151</sup> RPW 2019/3a, 599 Rz 205, TWINT/Apple.

- b) [X] muss die Lagerkosten für die [X]-Produkte und Ersatzteile vollständig übernehmen (Rz 127).
  - c) [X] muss das Delkredererisiko vollständig übernehmen (Rz 132).
  - d) Die Agenten sind ausdrücklich zu informieren, dass [X] die Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden vollständig übernimmt (Rz 135).
  - e) [X] muss entweder alle Werbekosten übernehmen oder die Agenten für die ihnen entstandenen Werbekosten entschädigen (Rz 141).
  - f) [X] muss die marktspezifischen Investitionen (inkl. CI-Anforderungen) klar definieren und die Kosten dafür entweder übernehmen oder die Agenten für die ihnen entstandenen Kosten entschädigen (Rz 143).
3. [X] informiert ihre Vertragspartner (die gegenwärtigen «Agenten») in einer leicht verständlichen Form über die neue Organisation des Vertriebs von [X]-Brandschutzprodukten und damit zusammenhängender Serviceleistungen und über die Rechte und Pflichten, welche die Vertragspartner in dieser Vertriebsform haben und reicht dem Sekretariat die entsprechenden Belege ein.

## E Kosten

196. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>152</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. 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.

197. 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] sich den angeregten Massnahmen unterzieht und die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt. Damit hat [X] die Verfahrenskosten zu tragen.

198. 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).

199. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 305,1 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 11,1 Stunden zu 290 Franken, ergebend 3'219,00 Franken;
- 146 Stunden zu 200 Franken, ergebend 29'200,00 Franken;
- 148 Stunden zu 130 Franken, ergebend 19'240,00 Franken.

200. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt 51'659,00 Franken.

201. Vorliegend ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG, sodass die durch [X] zu bezahlende Gebühr 51'659,00 Franken beträgt.

---

<sup>152</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

## **F Schlussfolgerungen**

202. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen;
2. verzichtet darauf, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen, sofern die [X] AG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;
3. erhebt Verfahrenskosten von 51'659,00 Franken;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.