



Verfügung

vom 2. Dezember 2019

in Sachen

Untersuchung **22-0485** gemäss Art. 27 KG
betreffend

AdBlue

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

gegen

Brenntag Schweizerhall AG, Elsässerstrasse 231, 4002 Basel
vertreten durch RA Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, 8021
Zürich

und

Bucher AG Langenthal, Bern-Zürichstrasse 31, 4900 Langenthal
vertreten durch RA Martin Hütte und RA Christian Bernegger, Hüt-
teLAW AG, Postfach 1435, 6301 Zug

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi,
Isabel Martínez, Rudolf Minsch.

Inhaltsverzeichnis

A. Verfahren	3
A.1. Gegenstand der Untersuchung	3
A.2. Prozessgeschichte.....	4
B. Erwägungen	7
B.1. Geltungsbereich.....	7
B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen	7
B.3. Vorbehaltene Vorschriften	7
B.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	7
B.4.1 Wettbewerbsabrede	8
B.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	8
B.4.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	9
B.4.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	10
B.4.1.3.1. Verhältnis Brenntag – Bucher.....	10
B.4.1.3.2. Verhältnis Brenntag – Lieferantin von AdBlue	13
B.4.1.4. Abrededauer	17
B.4.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	17
B.4.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	18
B.4.3.1. Relevante Märkte	19
B.4.3.2. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	20
B.4.3.3. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	20
B.4.3.4. Fazit	21
B.4.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen	21
B.4.5. Ergebnis.....	21
B.5. Massnahmen – einvernehmliche Regelung	22
C. Kosten	24
D. Ergebnis	25
E. Dispositiv	26

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Durch eine Selbstanzeige¹ der Bucher AG Langenthal (nachfolgend: Bucher) erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Anhaltspunkte, dass Bucher und die Brenntag Schweizerhall AG (nachfolgend: Brenntag) beim Vertrieb des Flüssigharnstoffs AdBlue in der Schweiz Kundinnen und Kunden untereinander aufgeteilt haben. Das Sekretariat eröffnete daher am 21. November 2017 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG² gegen Bucher und Brenntag sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften (nachfolgend zusammen: Untersuchungsadressatinnen oder auch Parteien). Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob die Untersuchungsadressatinnen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG getroffen haben.³ In einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium brachte Brenntag vor, dass sie von der Yara International ASA (nachfolgend: eine Lieferantin von AdBlue) zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreiberin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere (siehe unten, Rz 17).⁴ In der Folge wurde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue und dessen rechtlichen Konsequenzen geprüft. Eine abschliessende Beurteilung dieses Verhältnisses hätte zusätzliche Ermittlungsmassnahmen bedingt. Letztlich wurde auf weitere diesbezügliche Ermittlungen verzichtet (siehe unten, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass die absatzseitige Kundenaufteilung unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG ist (siehe unten, Rz 76 ff.).

Untersuchungsadressatinnen

2. Brenntag handelt mit chemischen und pharmazeutischen Produkten.⁵ Sie ist die Schweizer Landesgesellschaft der Brenntag AG mit Sitz in Deutschland. Im Jahr 2006 hat Brenntag (oder damals «Chemische Fabrik Schweizerhall») als erste Anbieterin in der Schweiz mit dem Vertrieb von AdBlue begonnen.⁶ Seit [...] ist Brenntag durch ihre Schwestergesellschaft Brenntag [...] Vertreterin einer Lieferantin von AdBlue mit Sitz in Norwegen und zuständig für den Vertrieb von AdBlue unter der Marke Air1 in der Schweiz.⁷
3. Bucher ist im Handel mit und in der Herstellung von Schmiermitteln und chemisch-technischen Produkten tätig⁸ und gehört zur Motorex-Bucher Group AG.⁹ Seit 2014 bezieht Bucher AdBlue von Brenntag und vertreibt das Produkt unter der Marke MOTOREX in der Schweiz.¹⁰

¹ Act. 1; act. 6; act. 8.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Act. 14 und 15.

⁴ Act. 78a.

⁵ Act. 13, 123 Rz 8, 1. Lemma.

⁶ Act. 43, Rz 36.

⁷ Act. 87, Beilage 1.

⁸ Act. 12.

⁹ Act. 59.

¹⁰ Act. 1, 4; <<https://www.motorex.com/de-ch/car-line/additive/motorex-adblue/>> (10.10.2019).

AdBlue

4. AdBlue ist eine wässrige Harnstofflösung, die den Ausstoss von Stickoxiden (NO_x) bei Dieselmotoren reduziert. Mit AdBlue können die Abgase um bis zu 90 % reduziert werden. Die Flüssigkeit ist technisch normiert (ISO 22241-1). Erfüllt ein Anbieter diese Norm, kann er mit dem in Berlin ansässigen Verband der Automobilindustrie e.V.¹¹, dem Inhaber der Individualmarke «AdBlue®», eine Lizenzvereinbarung treffen, um diesen Markennamen verwenden zu dürfen.

A.2. Prozessgeschichte

5. Am 10. Juli 2017 reichte Bucher beim Sekretariat eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ein¹² und ergänzte diese auf Nachfragen des Sekretariats¹³ mit Eingaben vom 14. September 2017¹⁴ und 5. Oktober 2017¹⁵.

6. Gestützt darauf eröffnete das Sekretariat am 21. November 2017 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Bucher und Brenntag sowie deren jeweils konzernmässig verbundenen Gesellschaften.¹⁶

7. Am 21. November 2017 teilte das Sekretariat Bucher im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO mit, dass es die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG¹⁷ für den Erlass der Sanktion hinsichtlich der im Rahmen der Selbstanzeige und deren Ergänzungen gemeldeten Sachverhalte als gegeben erachte (Art. 9 Abs. 3 lit. a SVKG).¹⁸

8. Auf die SHAB-Publikation der Untersuchungseröffnung vom 5. Dezember 2017¹⁹ meldeten sich keine Dritten, die sich im Sinne von Art. 43 Abs. 1 lit. a KG mit Parteistellung am Verfahren beteiligen wollten.

9. Am 18. Dezember 2017 nahmen Unternehmensvertreter von Brenntag in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeige von Bucher.²⁰

10. Am 15. Januar 2018 präsentierte das Sekretariat Vertretern von Brenntag sein vorläufiges Beweisergebnis. Das vorläufige Beweisergebnis wurde Brenntag mit Schreiben vom 22. Januar 2018 in schriftlicher Form mit Gelegenheit zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Fragen zum Sachverhalt.²¹

11. Am 17. Januar 2018 präsentierte das Sekretariat das vorläufige Beweisergebnis Vertretern von Bucher. Bucher signalisierte bei dieser Gelegenheit ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung. Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 übermittelte das Sekretariat Bucher die Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (Rahmenbedingungen EVR), stellte ihr das vorläufige Beweisergebnis in

¹¹ <<https://www.vda.de/de/verband/ueber-den-verband.html>> (10.10.2019).

¹² Act. 1.

¹³ Act. 3 und 7.

¹⁴ Act. 6.

¹⁵ Act. 8.

¹⁶ Act. 14 und 15.

¹⁷ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁸ Act. 16.

¹⁹ Act. 23.

²⁰ Act. 28; act. 29; act. 30.

²¹ Act. 31.

schriftlicher Form mit Gelegenheit zur Stellungnahme zu und stellte Fragen zum Sachverhalt.²² Am 8. Februar 2018 bzw. 15. Februar 2018 unterzeichneten Bucher bzw. das Sekretariat die einvernehmliche Regelung.²³ Die vom Sekretariat gestellten Fragen beantwortete Bucher mit Eingabe vom 13. Februar 2018.²⁴

12. Am 3. April 2018 nahm Brenntag zum vorläufigen Beweisergebnis des Sekretariats Stellung und beantwortete die vom Sekretariat im Schreiben vom 22. Januar 2018 gestellten Fragen.²⁵

13. Gestützt auf die Stellungnahme von Brenntag unterbreitete das Sekretariat Bucher am 17. April 2018 Nachfragen zur Selbstanzeige,²⁶ welche Bucher mit Schreiben vom 14. Mai 2018 beantwortete.²⁷

14. Nachdem das Sekretariat am 24. Mai 2018 beiden Untersuchungsadressatinnen Akteneinsicht gewährt hatte²⁸ und der Rechtsvertreter von Brenntag am 1. Juni 2018 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeige von Bucher genommen hatte,²⁹ fand am 5. Juli 2018 ein weiteres Gespräch zwischen dem Sekretariat und Brenntag statt. Im Rahmen dieses Gesprächs präsentierte das Sekretariat Brenntag das vorläufige Beweisergebnis unter Berücksichtigung der Stellungnahme von Brenntag vom 3. April 2018 (siehe oben, Rz 12) und der Stellungnahme von Bucher vom 14. Mai 2018 (siehe oben, Rz 13). Dieses Beweisergebnis entsprach im Wesentlichen demjenigen, welches das Sekretariat Brenntag am 15. Januar 2018 präsentiert hatte. Mit Schreiben vom 9. Juli 2018 fasste das Sekretariat den wesentlichen Inhalt des Gesprächs zusammen und setzte Brenntag eine Frist bis zum 31. August 2018, um dem Sekretariat mitzuteilen, ob ein Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit einer kurzen Verfügung besteht.³⁰

15. Am 13. Juli 2018 stellte Brenntag ein Ausstandsgesuch, in welchem u.a. beantragt wurde, die mit dem Verfahren 22-0485 (AdBlue) befassten Mitarbeitenden des Sekretariats seien in den Ausstand zu versetzen.³¹ Das Ausstandsgesuch wurde nach der Stellungnahme des Direktors des Sekretariats vom 26. Juli 2018, dass keine Gründe für einen Ausstand der betreffenden Mitarbeiter vorliegen würden,³² am 30. August 2018 zurückgezogen.³³

16. Am 24. September 2018 fand auf Ersuchen von Brenntag³⁴ eine weitere Besprechung zwischen dem Sekretariat und Vertretern von Brenntag statt. Gegenstand der Besprechung waren die Grundlagen der Qualifikation der Vertragsbeziehung zwischen Brenntag und Bucher als horizontales Verhältnis.³⁵

²² Act. 32.

²³ Act. 38.

²⁴ Act. 36.

²⁵ Act. 43.

²⁶ Act. 46.

²⁷ Act. 51.

²⁸ Act. 54 ff.

²⁹ Act. 57 f.

³⁰ Act. 61.

³¹ Act. 62.

³² Act. 66.

³³ Act. 70.

³⁴ Act. 70.

³⁵ Act. 73.

17. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2018 nahm Brenntag Stellung zum Gespräch vom 24. September 2018. Dabei legte Brenntag die neue Information vor, dass sie von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreterin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere.³⁶

18. Am 17. Oktober 2018 stellte das Sekretariat Brenntag Ergänzungsfragen zum Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue und verlangte zusätzliche Dokumente ein.³⁷ Die verlangten Informationen und Dokumente reichte Brenntag mit Eingaben vom 30. November 2018 und – auf Nachfrage des Sekretariats – vom 21. Dezember 2018 ein.³⁸

19. Mit Schreiben vom 23. Mai 2019 stellte das Sekretariat Brenntag ein aufgrund der von ihr neu eingereichten Informationen und Dokumente aktualisiertes Beweisergebnis zu und forderte sie auf, bei Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung die unterzeichneten Rahmenbedingungen EVR einzureichen.³⁹

20. Am 28. Juni 2019 retournierte Brenntag die Rahmenbedingungen EVR⁴⁰ und am 18. August 2019 resp. 20. August 2019 unterzeichneten Brenntag resp. das Sekretariat die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 105).⁴¹

21. Mit Schreiben vom 11. September 2019 informierte das Sekretariat Bucher über den Stand des Verfahrens und unterbreitete ihr eine aktualisierte, an den Stand des Verfahrens und die einvernehmliche Regelung mit Brenntag angepasste Version einer einvernehmlichen Regelung.⁴² Am 13. September 2019 resp. 24. September 2019 unterzeichneten Bucher resp. das Sekretariat die aktualisierte Version der einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 104).⁴³

22. Am 11. Oktober 2019 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.⁴⁴ Am 14. Oktober 2019 gewährte das Sekretariat den Parteien nochmals Akteneinsicht.⁴⁵

23. Bucher nahm mit Eingabe vom 11. November 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Darin erklärte sich Bucher mit der Sachverhaltsdarstellung des Sekretariats, dessen rechtlicher Würdigung und dem Vorschlag der zu treffenden Massnahmen grundsätzlich einverstanden und ersuchte die WEKO um Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Bucher.⁴⁶

24. Brenntag nahm mit Eingabe vom 14. November 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Sie machte darin insbesondere geltend, dass die Unterstellung eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen Brenntag und Bucher nicht nachvollziehbar sei und zudem

³⁶ Act. 78a, Rz 11 ff.

³⁷ Act. 79.

³⁸ Act. 85 ff.

³⁹ Act. 88.

⁴⁰ Act. 90.

⁴¹ Act. 92.

⁴² Act. 95.

⁴³ Act. 98.

⁴⁴ Act. 107 und 108.

⁴⁵ Act. 109.

⁴⁶ Act. 118.

keine sachlogische Grundlage habe.⁴⁷ Des Weiteren wünschte Brenntag punktuelle redaktionelle Anpassungen.⁴⁸

25. In ihrer Sitzung vom 2. Dezember 2019 genehmigte die WEKO die einvernehmlichen Regelungen zwischen Bucher resp. Brenntag und dem Sekretariat und fällte unter Berücksichtigung der Stellungnahmen von Bucher und Brenntag ihren Entscheid im vorliegenden Verfahren.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

26. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Brenntag ist die Schweizer Landesgesellschaft der Brenntag AG mit Sitz in Deutschland (vgl. oben, Rz 2), welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Bucher ist Teil der Motorex-Bucher Group AG (vgl. oben, Rz 3), welche einen Konzern darstellt und als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

27. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob Brenntag und Bucher Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben und ob diese im Sinne von Art. 5 KG unzulässig sind, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung (siehe unten, Rz 30 ff.).

B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen

28. Gemäss Art. 6 VwVG⁴⁹ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend sind Brenntag und Bucher Verfügungsadressatinnen.

B.3. Vorbehaltene Vorschriften

29. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

⁴⁷ Ausführungen zum Verhältnis zwischen Brenntag und Bucher finden sich in Rz 40 ff.

⁴⁸ Act. 120.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

B.4.1 Wettbewerbsabrede

31. 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).

32. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.⁵⁰

B.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

33. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.⁵¹ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.⁵²

34. Am 5. Mai 2014 schlossen Bucher und Brenntag eine Vereinbarung, die sie «Kooperationsvertrag» nannten und die den Vertrieb von AdBlue auf dem Schweizer Markt zum Gegenstand hatte. Im Kooperationsvertrag vereinbarten Bucher und Brenntag eine exklusive Zusammenarbeit für den Vertrieb von AdBlue in der Schweiz. Ziel und Zweck der Vereinbarung war, den Markt für AdBlue in der Schweiz auszubauen und den Marktanteil substantiell zu steigern. Brenntag verpflichtete sich, Bucher zwecks Weiterverkaufs von AdBlue an bestimmte Kundengruppen exklusiv mit AdBlue zu beliefern, während Bucher sich verpflichtete, AdBlue oder Produkte mit ähnlicher chemischer Zusammensetzung ausschliesslich von Brenntag zu beziehen, falls das Angebot von Brenntag hinsichtlich Preis, Qualität und Service wettbewerbsfähig war.⁵³ Der Kooperationsvertrag enthielt in Art. 7 eine Aufteilung von Kundengruppen zwischen Bucher und Brenntag. In Anlage 3 des Vertrags wurde explizit festgehalten, welche Kundengruppen exklusiv nur durch Bucher bzw. Brenntag beliefert werden. Anlage 3 enthielt sodann eine Liste von Spezialfällen, die ausnahmsweise Lieferungen oder vorgängige Abstimmungen der Vertragsparteien vor einer Kontaktaufnahme bzw. einer Lieferung an die jeweiligen Kundinnen und Kunden vorsahen. Bei den aufgeteilten Kundengruppen handelte es sich einerseits um gewerbliche Endverbraucher (z.B. Transportunternehmen, Bauunternehmen, öffentliche Verkehrsbetriebe, Recyclingbetriebe) und andererseits um Wiederverkäufer (z.B. Tankstellen, Bau- und Hobby-Märkte, Kleingerätehändler).⁵⁴ Diese Kundenaufteilung wurde anlässlich eines Treffens zwischen den Untersuchungsadressatinnen vom 20. August 2015 bezüglich einzelner Kundinnen und Kunden abgeändert bzw. präzisiert, was in einer Aktennotiz festgehalten wurde.⁵⁵

35. Die Kundenaufteilung ergab sich gemäss den Untersuchungsadressatinnen aus ihren spezifischen Stärken: Brenntag habe AdBlue importiert und verfüge über die für Grosshändlerinnen typischen Ressourcen, um AdBlue zu transportieren, zu lagern und in kleinere Behälter abzufüllen. Brenntag sei daher ausgerüstet, um Kundinnen und Kunden in der Schweiz zu

⁵⁰ So etwa auch das Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 627 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

⁵¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

⁵² RPW 2016/2, 452 Rz 94, *Nikon*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

⁵³ Act. 43 Rz 6.

⁵⁴ Act. 1, 4, Beilage 2.

⁵⁵ Act. 1, Beilage 3.

beliefern, die grössere Mengen AdBlue nachfragen würden (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern). Bucher hingegen verfüge über eine starke Präsenz als Händlerin für kleinere Endkundinnen und Endkunden. Buchers Stärke sei folglich die Belieferung von Kundinnen und Kunden mit kleineren Behältern von AdBlue.⁵⁶

36. In casu haben Brenntag und Bucher mit dem Kooperationsvertrag und der darin enthaltenen Kundenaufteilung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen und die Kundenaufteilung mit der Aktennotiz zum Treffen der Untersuchungsadressatinnen vom 20. August 2015 aktualisiert. Damit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bezüglich der absatzseitigen Kundenaufteilung vor.

B.4.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

37. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken» (vgl. oben, Rz 32). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*». ⁵⁷ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁵⁸

38. Die vertragliche Kundenaufteilung regelte das absatzseitige Verhältnis zwischen den Parteien. Auch wenn die Parteien geltend machen, dass das angestrebte Ziel der Kundenaufteilung eine möglichst vollständige Marktdurchdringung von AdBlue in der Schweiz bestanden habe und aus diesem Grund die Kundinnen und Kunden in der Anlage 3 so auf die beiden Vertragsparteien aufgeteilt worden seien, dass die Kundensegmente am besten zur bisherigen Kundenstruktur von Bucher und Brenntag gepasst hätten (siehe oben, Rz 34 f.),⁵⁹ konnte mit der vertraglichen Regelung letztlich der Zweck verfolgt werden, sich bezüglich Kundinnen und Kunden nicht zu konkurrieren. Dass sich die vertragliche Kundenaufteilung nicht ohnehin so ergeben hätte, zeigt sich namentlich daran, dass sie ein gutes Jahr nach Beginn der Kooperation abgeändert wurde (vgl. oben, Rz 34). Ausserdem belieferten sowohl Brenntag als auch Bucher während des Untersuchungszeitraums, d.h. vom 5. Mai 2014 (Abschluss Kooperationsvertrag) bis zum 9. Juni 2017 (Aufhebung der Kundenaufteilung), Kundinnen und Kunden, die vertragsgemäss der jeweiligen anderen Vertragspartnerin zugeordnet waren. So erzielte Bucher in den Jahren 2014, 2015, 2016 und 2017 rund [0–20] %, [0–20] %, [0–20] % und [0–20] % des Umsatzes mit AdBlue mit «Brenntag-Kunden». ⁶⁰ Bei Brenntag lagen die Mengenanteile, die in den Jahren 2014, 2015, 2016 und 2017 an «Bucher-Kunden» geliefert wurden, bei [0–20] %, [0–20] %, [0–20] % und [0–20] %. ⁶¹ Mengenmässig sind die Lieferungen an die Kundinnen und Kunden, die vertragsgemäss der jeweiligen Vertragspartnerin zugeordnet waren, im Untersuchungszeitraum sowohl bei Bucher als auch bei Brenntag gestiegen,⁶² wobei

⁵⁶ Act. 1, 5; act. 43, Rz 20 ff.; act. 51, 2.

⁵⁷ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

⁵⁸ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

⁵⁹ Act. 1, 5; act. 43, Rz 22.

⁶⁰ Act. 1, 6; act. 36, 41, Beilage 1.

⁶¹ Act. 43, Beilage 3a.

⁶² Act. 1, 6; act. 36, 41, Beilage 1; act. 43, Beilage 3a.

zu beachten ist, dass der Absatzmarkt für AdBlue in der Schweiz in den letzten Jahren wachsend war.⁶³

39. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vereinbart wurde, den Wettbewerbsparameter Kunden zumindest zu beeinträchtigen, was objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen.

B.4.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

B.4.1.3.1. Verhältnis Brenntag – Bucher

40. Vorliegend sind die beiden Tatbestandselemente einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 32) erfüllt. Strittig ist, ob es sich bei der absatzseitigen Kundenaufteilung um eine horizontale oder eine vertikale Wettbewerbsabrede handelt. Zu prüfen ist also, ob Bucher und Brenntag beim Vertrieb von AdBlue auf demselben Markt tätig sind, womit ein horizontales Wettbewerbsverhältnis vorliegen würde, oder ob es sich um Unternehmen handelt, die auf verschiedenen Marktstufen tätig sind, womit ein vertikales Vertriebsverhältnis vorliegen würde. Diese Frage wird nachfolgend zuerst im Verhältnis zwischen Brenntag und Bucher, unabhängig vom Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue, behandelt (siehe dazu unten, Rz 57 ff.)

Rechtliche Grundlagen

41. Vertikale Wettbewerbsabreden sind erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek⁶⁴).

42. In Erw.-Gr. VI. und VII. nimmt die Vertikalbekanntmachung Bezug auf die Vertikal-GVO⁶⁵ und die entsprechenden EU-Vertikalleitlinien⁶⁶ und stellt klar, dass die europäischen Regeln in der Schweiz analog anwendbar sind.

43. Art. 1 Bst. a Vertikal-GVO enthält die folgende Präzisierung, die in Ziff. 1 VertBek nicht enthalten ist. Demnach wird eine vertikale Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Unternehmen abgeschlossen, von denen jedes für die *Zwecke der Vereinbarung*⁶⁷ auf einer anderen Ebene der Produktions- und Vertriebskette tätig ist, und die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.

44. Ziff. 8 Abs. 1 VertBek hält fest, dass die Bekanntmachung für vertikale Wettbewerbsabreden gilt. Weiter findet sie auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und a) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene;

⁶³ Act. 6, 5; act. 43, Rz 45, Beilage 5, Folie 8.

⁶⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Stand am 22.5.2017; Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBI 2017 4543, abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

⁶⁵ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (nachfolgend: Vertikal-GVO), ABI. L 102 vom 23.4.2010, 1.

⁶⁶ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), ABI. C 130 vom 19.5.2010, 1.

⁶⁷ Hervorhebung durch die WEKO.

oder b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist (Ziff. 8 Abs. 2 VertBek; sog. zweigleisiger oder dualer Vertrieb). Zudem schliesst die Anwendung der Bekanntmachung nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert oder von Art. 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

45. Die Vertikal-GVO enthält in Art. 2 Abs. 4 eine Bestimmung mit demselben Wortlaut wie Ziff. 8 Abs. 2 VertBek.

46. Ein Wettbewerber ist laut Definition der Vertikal-GVO (Art. 1 Abs. 1 Bst. c) ein tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber; ein «tatsächlicher Wettbewerber» ist ein Unternehmen, das auf demselben relevanten Markt tätig ist; ein «potenzieller Wettbewerber» ist ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die vertikale Vereinbarung als Reaktion auf einen geringen, aber anhaltenden Anstieg der relativen Preise wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten. Dies zeigt, dass nicht allein auf die unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen abzustellen ist, sondern auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.⁶⁸

47. Zur kartellrechtlichen Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die nicht von der Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 4 Vertikal GVO (dualer Vertrieb) erfasst werden, sind in der Europäischen Union (EU) die EU-Horizontalleitlinien⁶⁹ einschlägig.⁷⁰ Diese halten in Rz 12 fest, dass vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, zum Beispiel Vertriebsvereinbarungen, in den Anwendungsbereich der EU-Horizontalleitlinien fallen, da sie ähnliche Auswirkungen auf den Markt haben und ähnliche Wettbewerbsprobleme aufwerfen können wie horizontale Vereinbarungen.

48. Die dargelegten europäischen Bestimmungen sind ausführlicher als jene in der Vertikalbekanntmachung. Sie gelten gestützt auf Erw.-Gr. VI. und VII. sowie Ziff. 8 VertBek auch in der Schweiz.

Standpunkt Brenntag

49. Brenntag ist der Überzeugung, der Vertrag zwischen Brenntag und Bucher stelle eine vertikale Abrede dar, da Brenntag und Bucher nicht als Konkurrentinnen zu qualifizieren seien.⁷¹

50. Brenntag bringt vor, Art. 1 Kooperationsvertrag sehe vor, dass Brenntag Bucher zwecks Weiterverkaufs mit AdBlue beliefere (siehe oben, Rz 34). Brenntag werde damit klarerweise als Lieferantin des Vertragsprodukts identifiziert, wohingegen Bucher Käuferin des betreffenden Produkts sei. Brenntag sei die Lieferantin von Bucher und Bucher kaufe AdBlue von Brenntag zum Zweck des Wiederverkaufs. Brenntag importiere AdBlue in die Schweiz und verfüge über die notwendigen – für Grosshändlerinnen typischen – Ressourcen, um AdBlue

⁶⁸ DANIELA HENGST, Kartellverbot, in: Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV N 166.

⁶⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Mitteilung der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), Abl. C 11 vom 14.1.2011, 1.

⁷⁰ Vgl. JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 Abs. 4 N 485.

⁷¹ Act. 43, Rz 16 ff.; act. 123, Rz 2 ff.

zu transportieren, zu lagern und in kleinere Behälter abzufüllen. Brenntag sei daher gut ausgerüstet, um Kundinnen und Kunden in der Schweiz zu beliefern, die grössere Mengen von AdBlue nachfragen würden (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern). Bucher verfüge hingegen über eine starke Präsenz als Händlerin für kleinere Endkundinnen und -kunden. Im Gegensatz zu Brenntag verfüge Bucher über einen sehr grossen Aussendienst in der Schweiz. Die Stärke von Bucher sei folglich die Belieferung von Kundinnen und Kunden mit kleineren Behältern von AdBlue (siehe oben, Rz 35).⁷²

51. Der Umstand, dass Brenntag stets auch passive Verkäufe an Kundinnen und Kunden vornahm, die gemäss Kooperationsvertrag Bucher zugewiesen waren, und umgekehrt (siehe oben, Rz 38), würde zeigen, dass Brenntag und Bucher nur in sehr geringem Ausmass miteinander im Wettbewerb stehen würden. Diese Situation ergebe sich zudem überhaupt nur deshalb, weil Brenntag es Bucher ermöglicht habe, im Schweizer Markt für AdBlue als Wettbewerberin aufzutreten. Brenntag schliesse dabei zwar nicht aus, dass Bucher ohne den Vertrag nicht in der Lage wäre, AdBlue in der Schweiz zu vertreiben und – wie im Rahmen des Vertrags – mit Brenntag bei gewissen Kundinnen und Kunden im Wettbewerb zu stehen, die kleine Mengen von AdBlue nachfragen. Brenntag gehe aber davon aus, dass es ziemlich unwahrscheinlich sei, dass Bucher in der Lage wäre, Brenntag über die ganze Vertriebskette hinweg zu konkurrieren. Brenntag hätten zu keiner Zeit Hinweise vorgelegen, wonach Bucher eine solche Konkurrenzierung in Erwägung gezogen hätte. Es gäbe ökonomische und technische Hürden, die Bucher überwinden müsste, um auf allen Vertriebssebenen mit Brenntag im Wettbewerb stehen zu können.⁷³

Rechtliche Würdigung

52. Aus dem Kooperationsvertrag (siehe oben, Rz 34) wird ersichtlich, dass darin die Liefer- und Bezugsbeziehung zwischen Brenntag und Bucher zwecks Weiterverkaufs von AdBlue geregelt wurde. Bezüglich dieser Liefer- und Bezugsbeziehung stehen Brenntag und Bucher auf verschiedenen Marktstufen. Während Brenntag Generalimporteurin und Anbieterin des AdBlue ihrer Lieferantin ist, ist Bucher Abnehmerin. Somit handelt es sich bei dieser Liefer- und Bezugsbeziehung um ein vertikales Verhältnis. Zur Beantwortung der Frage, ob die im Kooperationsvertrag gleichzeitig vereinbarte absatzseitige Kundenaufteilung eine eigenständige horizontale Verhaltenskoordinierung darstellt, ist zu eruieren, ob sich die Vertragsparteien (entlang der ganzen Vertriebskette von AdBlue oder in Teilbereichen) als Wettbewerberinnen (siehe oben, Rz 46) gegenüberstehen.

53. Bei den aufgeteilten Kundengruppen handelt es sich einerseits um gewerbliche Endverbraucher (z.B. Transportunternehmen, Bauunternehmen, öffentliche Verkehrsbetriebe, Recyclingbetriebe) und andererseits um Wiederverkäufer (z.B. Tankstellen, Bau- und Hobby-Märkte, Kleingerätehändler) (siehe oben, Rz 34). Die zugeteilten Kundengruppen in Anlage 3 des Kooperationsvertrags lassen sich nicht eindeutig in Grosskundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch Brenntag hätten beliefert werden können, und Kleinkundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch Bucher hätten beliefert werden können, einteilen. So wurden gewisse Branchen exklusiv einer Untersuchungsadressatin zugeteilt und diese durfte folglich sowohl Gross- als auch Kleinkundinnen und -kunden dieser Branche mit AdBlue beliefern.⁷⁴ Beide Untersuchungsadressatinnen haben denn auch dieselben Gebindegrössen (Intermediate Bulk Containers (IBC)⁷⁵, Fässer und Kleingebinde) im Angebot.⁷⁶ Folglich dürfte es eine Schnittmenge

⁷² Act. 43, Rz 16 ff.

⁷³ Act. 43, Rz 10 und 28 ff; act. 123, Rz 3.

⁷⁴ Act. 1, Beilage 2, Anlage 3.

⁷⁵ Intermediate Bulk Container (IBC) werden für Transport und Lagerung flüssiger und rieselfähiger Stoffe verwendet. Je nach Bauweise und Ausführung haben die IBC ein Volumen von 500 bis zu 3000 Litern. Quelle: <https://de.wikipedia.org/wiki/Intermediate_Bulk_Container> (10.10.2019).

⁷⁶ Act. 6, Beilage 6; <<https://www.motorex.com/de-ch/car-line/additive/motorex-adblue/>> (10.10.2019).

von Kundinnen und Kunden gegeben haben, welche beide Vertragspartnerinnen ohne bedeutende Investitionen hätten bedienen können. Anlage 3 des Kooperationsvertrags definierte denn auch Spezialfälle, die ausnahmsweise Lieferungen oder vorgängige Abstimmungen der Vertragsparteien vor einer Kontaktaufnahme bzw. einer Lieferung an die jeweiligen Kundinnen und Kunden vorsahen (vgl. oben, Rz 34). Weiter zeigen die mit Kundinnen und Kunden der jeweiligen Vertragspartnerin erzielten Umsatz- und Mengenanteile (siehe oben, Rz 38), dass die vertraglich vorgenommene Kundenzuteilung sich nicht ohnehin aus der unterschiedlichen Kundenausrichtung ergeben hätte.

54. Diese Elemente zeigen auf, dass Bucher und Brenntag absatzseitig entlang der gesamten Vertriebskette von AdBlue Wettbewerberinnen sind, wenn auch mit unterschiedlichen Schwerpunkten: Während Brenntag vor allem Grosskundinnen und -kunden beliefert, die grössere Mengen von AdBlue nachfragen (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern), verkauft Bucher überwiegend abgepackte Ware (Kanister) an kleinere Abnehmerinnen und Abnehmer über den Aussendienst.⁷⁷ Im Übrigen haben die Abklärungen des Sekretariats ergeben, dass Bucher auch ohne Zusammenarbeit mit Brenntag ins Geschäft mit AdBlue eingestiegen wäre.⁷⁸ Somit war Bucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kooperationsvertrags eine potenzielle Wettbewerberin von Brenntag.

55. Es stellt sich somit die Frage, ob das absatzseitige Wettbewerbsverhältnis zwischen Bucher und Brenntag gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek) oder als dualer Vertrieb gemäss den Regeln der Vertikalbekanntmachung zu würdigen ist. Da es sich bei AdBlue um eine Ware handelt, ist Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek einschlägig. Die Ausnahmeregel des dualen Vertriebs gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek greift vorliegend unter Ausklammerung des Verhältnisses zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue (siehe dazu unten, Rz 57 ff.) allerdings nicht: Zwar liegt zwischen Bucher und Brenntag keine gegenseitige vertikale Vereinbarung vor, d.h. Bucher und Brenntag treten nicht zugleich als Käuferin und Verkäuferin auf.⁷⁹ Allerdings ist Brenntag nicht Herstellerin von AdBlue, sondern Importeurin und selbst Distributorin. In einer solchen Konstellation liegt kein dualer Vertrieb im Sinne der Vertikalbekanntmachung vor.⁸⁰ Das absatzseitige Horizontalverhältnis zwischen Bucher und Brenntag ist somit gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

Fazit

56. Somit kann festgehalten werden, dass der Kooperationsvertrag zwischen Wettbewerberinnen abgeschlossen worden ist und nebst der Regelung der vertikalen Lieferbeziehung von AdBlue eine absatzseitige Verhaltenskoordination bezüglich der Kundenaufteilung enthält. Die Vertikalbekanntmachung kommt auf die Kundenaufteilung nicht zur Anwendung, da im Vertriebsverhältnis zwischen Brenntag und Bucher kein dualer Vertrieb im Sinne von Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek vorliegt. Die absatzseitige Kundenaufteilung ist somit als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen Bucher und Brenntag zu werten, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu würdigen ist (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

B.4.1.3.2. Verhältnis Brenntag – Lieferantin von AdBlue

57. Brenntag bringt vor, dass sie von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreiberin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere

⁷⁷ Act. 43, Rz 21 f., 58; act. 51, 2.

⁷⁸ Act. 51, 2 f.

⁷⁹ Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 70), Art. 2 Abs. 4 N 473.

⁸⁰ Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 70), Art. 2 Abs. 4 N 480, FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition Law, 3. Aufl., 2018, N 4.44.

(siehe oben, Rz 17). Infolgedessen solle sie von der Privilegierung von Herstellerinnen gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek profitieren. Nachfolgend soll deshalb geprüft werden, ob das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue Einfluss auf die Beurteilung hat, dass es sich bei der absatzseitigen Kundenaufteilung zwischen Bucher und Brenntag um eine horizontale Wettbewerbsabrede handelt, die nach den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen ist.

58. Das EU-Kartellrecht behandelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeiten eines Vertreters dem Auftraggeber zuzurechnen sind, anhand sog. «Handelsvertreterverträge». In Anlehnung an das EU-Recht (vgl. Erw.-Gr. VII VertBek) wird nachfolgend geprüft, ob das Vertragsverhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertreterverhältnis» zu qualifizieren ist (siehe unten, Rz 64 ff.). Selbst wenn das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertreterverhältnis» zu qualifizieren wäre, ist unklar, ob die von Brenntag mit Bucher getroffene Kundenaufteilungsabrede der Lieferantin von AdBlue zuzurechnen wäre (siehe unten, Rz 72). Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert und das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet, ist darüber hinaus offen, ob ein Handelsvertreter sich auf den dualen Vertrieb gemäss Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek berufen könnte und die VertBek Anwendung finden würde (siehe unten, Rz 73).

Vertragliche Bestimmungen

59. [...] ⁸¹

60. [...] ⁸²

61. Aufgrund des Agreements ist Brenntag von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt. ⁸³ Brenntag vertritt ihre Lieferantin von AdBlue gemäss deren Instruktion und darf sie in diesen Schranken vertraglich binden. Verkäufe erfolgen im Namen von Brenntag, aber auf Rechnung der Lieferantin von AdBlue. ⁸⁴

62. Das Agreement sieht vor, dass Brenntag ein Konsignationslager führt. Das Eigentum an der Vertragsware geht direkt von der Lieferantin von AdBlue auf den Käufer über. Im Verhältnis zu Brenntag übernimmt die Lieferantin von AdBlue diverse Kosten wie solche, die aufgrund vertragsgemässer Durchführung des Vertrags entstehen, sowie Liefer- und Versicherungskosten. Die Lieferantin von AdBlue übernimmt auch das Risiko der Nichterfüllung. ⁸⁵

63. Gemäss Agreement [...] ⁸⁶

«Handelsvertreterverhältnis»?

64. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien sind bei Handelsvertreterverträgen die Ankaufs- und die Verkaufsfunktionen des Vertreters Teil der Tätigkeiten des Auftraggebers. Da der Auftraggeber die geschäftlichen und finanziellen Risiken trägt, die mit dem Verkauf und Ankauf der Vertragswaren und -dienstleistungen verbunden sind, fallen bei Handelsvertreterverträgen

⁸¹ Act. 87, Beilage 1, Ziff. 2.2.

⁸² Act. 87, Beilage 1, Ziff. 24.3.

⁸³ Act. 78a, Rz 11.

⁸⁴ Act. 90.

⁸⁵ Act. 90.

⁸⁶ Act. 87, Beilage 1.

sämtliche dem Vertreter auferlegten Verpflichtungen bezüglich der im Namen des Auftraggebers geschlossenen und/oder ausgehandelten Verträge nicht unter Art. 101 Abs. 1 AUEV.⁸⁷

65. 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.⁸⁸ Anders ist dies in der EU. Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (siehe oben, Rz 64). Gestützt auf die Erw.-Gr. VI. und VII. VertBek können die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung zur Klärung der Frage herangezogen werden, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist.⁸⁹

66. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien ist ein Handelsvertreter eine juristische oder natürliche Person, die mit der Vollmacht ausgestattet ist, im Auftrag einer anderen Person (des Auftraggebers) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln und/oder zu schliessen, die Folgendes zum Gegenstand haben:

- den Ankauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber, oder
- den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers.⁹⁰

67. Eine Vereinbarung gilt als Handelsvertretervertrag, wenn der Handelsvertreter bezüglich der Verträge, die er im Namen des Auftraggebers schliesst und/oder aushandelt, bezüglich marktspezifischer Investitionen für diesen Tätigkeitsbereich und bezüglich anderer Tätigkeiten, die der Auftraggeber für denselben sachlich relevanten Markt als erforderlich erachtet, keine oder nur unbedeutende Risiken⁹¹ trägt.⁹²

68. Sofern der (Handels-)Vertreter eines oder mehrere der vorgenannten Risiken oder Kosten zu tragen hat, kann die Vereinbarung zwischen Vertreter und Auftraggeber nicht als Handelsvertretervertrag gewertet werden. Die Frage des Risikos muss allerdings im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die Rechtsform abzustellen ist.⁹³

⁸⁷ Rz 12 ff. EU-Vertikalleitlinien (Fn 66). Zum Handelsvertreterverhältnis vgl. auch WIJCKMANS/TUYTSCHAEVER (Fn 80), N 9.136 ff.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30.10.2019, E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; 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*; RPW 2018/2, 256 Rz 86 ff., *marché du livre écrit en français*. Siehe auch HADI MIRZAI/MARQUARD CHRISTEN, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter vom 15.10.2018, welche u.a. einen Überblick über die Beratungspraxis des Sekretariats i.S. Handelsvertreterverhältnisse geben.

⁹⁰ EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 12.

⁹¹ Für eine genauere Umschreibung dieser drei Arten finanzieller oder geschäftlicher Risiken, die für die Einstufung als Handelsvertretervertrag von Bedeutung sind, siehe EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 14. In Rz 16 der EU-Vertikalleitlinien findet sich ausserdem eine nicht abschliessende Aufstellung solcher Risiken.

⁹² EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 15.

⁹³ EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 17.

69. Brenntag macht geltend, dass sie von der Privilegierung der Herstellerin gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek profitieren sollte und zwar aus folgenden Gründen: Aufgrund des Agreements sei Brenntag alleinige Vertreiberin von AdBlue einer Lieferantin von AdBlue in der Schweiz. Brenntag vertrete ihre Lieferantin von AdBlue gemäss deren Instruktion und dürfe sie in diesen Schranken vertraglich binden. Verkäufe erfolgten im Namen von Brenntag, aber auf Rechnung ihrer Lieferantin (siehe oben, Rz 61). Daraus werde ersichtlich, dass Brenntag im Anwendungsbereich des Agreements gewissermassen als verlängerter Arm der Produzentin von AdBlue agiere.⁹⁴

70. Nach Ansicht der WEKO lässt das Agreement den Schluss zu, dass Brenntag beim Vertrieb von AdBlue möglicherweise Risiken trägt (siehe oben, Rz 63), welche – wenn Brenntag denn solche tragen sollte – unter Umständen einen Umfang haben könnten, der über die Bedeutungslosigkeit hinausgeht.

71. Für die Klärung der Frage, ob Brenntag tatsächlich wirtschaftliche Risiken trägt und falls ja, in welchem Umfang, wären weitere, möglicherweise umfangreiche Abklärungen nötig gewesen. Eine abschliessende Erhebung des Sachverhalts scheint aufgrund des Vorliegens eines Einzelfalles, des voraussichtlichen Verfahrensaufwands, der Praktikabilität und Komplexität des Verfahrens, der Verfügbarkeit von Beweismitteln, der Kooperation der beteiligten Unternehmen, der Einstellung der Verhaltensweise und des Abschlusses von einvernehmlichen Regelungen unverhältnismässig. Aufgrund dieser Gesamtwürdigung der Interessenlage im vorliegenden Fall wurde auf solche Abklärungen verzichtet.

Zurechnung Verhalten Brenntag an Lieferantin von AdBlue?

72. Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert, stellt sich die Frage, ob das hier in Frage stehende Verhalten von Brenntag, das heisst die Kundenaufteilung mit Bucher, mithin ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten, ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet werden kann, oder ob lediglich geschäftliche Tätigkeiten i.e.S. zugerechnet werden. Für eine Zurechnung des Verhaltens von Brenntag an ihre Lieferantin von AdBlue spricht beispielsweise die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts. Dieses hielt fest, dass «wettbewerbswidriges Verhalten des Handelsvertreters im Rahmen dieser Tätigkeit dem Geschäftsherrn ebenso zugerechnet werden [kann], wie es bei einem Arbeitgeber in Bezug auf die von einem seiner Beschäftigten begangenen rechtswidrigen Handlungen der Fall ist, auch ohne Nachweis der Kenntnis des Geschäftsherrn vom wettbewerbswidrigen Verhalten des Handelsvertreters.»⁹⁵

Berufung Handelsvertreter auf dualen Vertrieb?

73. Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert und das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet, ist darüber hinaus offen, ob ein Handelsvertreter sich auf den dualen Vertrieb gemäss Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek berufen könnte. Im Falle eines dualen Vertriebs wird die Auffassung vertreten, dass etwaige Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen Hersteller und Einzelhändler auf Einzelhandelsebene im Allgemeinen weniger bedeutsam sind als die potenziellen Auswirkungen der vertikalen Liefervereinbarung auf den Wettbewerb auf Hersteller- oder Einzelhandelsebene.⁹⁶ Folglich soll es dem Hersteller, der im Wettbewerb mit anderen Herstellern steht, überlassen sein, wie er seinen Vertrieb gestaltet. Der duale Vertrieb ist somit grundsätzlich dem Hersteller vorbehalten. Offen bleibt, ob sich ein Handelsvertreter darauf berufen kann.

⁹⁴ Act. 78a, Rz 11 ff.

⁹⁵ Urteil des EuG vom 15.7.2015 T-418/10 *voestalpine/Kommission*, EU:T:2015:516, Rz 175.

⁹⁶ EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 28.

Fazit

74. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wird nicht weiter abgeklärt, ob Brenntag im Verhältnis mit ihrer Lieferantin von AdBlue wirtschaftliche Risiken trägt und falls ja, in welchem Umfang. Infolgedessen bleibt offen, ob Brenntag als Handelsvertreterin ihrer Lieferantin zu qualifizieren ist und die Verhaltensweisen von Brenntag somit grundsätzlich ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen sind. Weiter wird offengelassen, ob ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten eines Handelsvertreters dem Auftraggeber zugerechnet werden kann, und ob sich ein Handelsvertreter auf den dualen Vertrieb berufen kann. Demgemäss ist nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine horizontale Abrede handelt, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu beurteilen ist.

B.4.1.4. Abrededauer

75. Der Kooperationsvertrag mit der darin vereinbarten Kundenaufteilung ist datiert vom 5. Mai 2014 (siehe oben, Rz 34). Mit Schreiben vom 9. Juni 2017 erklärte Bucher gegenüber Brenntag die in der Beilage zum Kooperationsvertrag festgehaltene Kundenaufteilung und die diesbezügliche Änderung vom 20. August 2015 wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken mit sofortiger Wirkung als ungültig.⁹⁷ Brenntag erklärte sich mit Schreiben vom 29. Juni 2017 einverstanden, dies «*insbesondere im Licht der neusten Rechtsprechung des Bundes*»⁹⁸ und im Hinblick darauf, dass diese Regelungen in der gemeinsamen Geschäftstätigkeit in der Vergangenheit kaum Beachtung gefunden hätte.⁹⁹ Die vertragliche Kundenaufteilung wurde von den Parteien also im Juni 2017 infolge wettbewerbsrechtlicher Bedenken aufgehoben. Somit dauerte die Abrede rund drei Jahre.

B.4.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

76. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs u.a. bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

77. Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, ob Brenntag im Verhältnis mit ihrer Lieferantin von AdBlue wirtschaftliche Risiken trägt, und falls ja, in welchem Umfang, und ob Brenntags Verhalten demnach Brenntag oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist. Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung, die Brenntag und Bucher vereinbart haben, um eine Abrede zwischen Konkurrenten handelt, die gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu beurteilen ist. Eine Abrede über eine Kundenaufteilung im horizontalen Verhältnis beseitigt vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Dagegen erfüllt eine absatzseitige Abrede über eine Kundenaufteilung zwischen Wettbewerbern, die gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, keinen der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 KG.

78. Zusammenfassend wird festgehalten, dass vorliegend nicht nachgewiesen ist, dass die Kundenaufteilung unter Art. 5 Abs. 3 lit. c KG zu subsumieren ist. Zu prüfen bleibt, ob die Kundenaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

⁹⁷ Act. 1, Beilage 4.

⁹⁸ Die WEKO geht davon aus, dass damit BGE 143 II 297 ff., *Gaba*, gemeint ist.

⁹⁹ Act. 1, Beilage 5.

B.4.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

79. Für die nachfolgende Prüfung wird zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist (siehe oben, Rz 74).

80. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

81. Liegen keine Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor oder ist dies – wie im vorliegenden Fall – nicht nachgewiesen, so ist die Wettbewerbsabrede nur dann als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen, wenn die Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien ergibt, dass kein Bagatellfall vorliegt.¹⁰⁰

82. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 lit. b VertBek).

83. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen ist (siehe unten, Rz 89 ff.). Dies erfordert vorab die Definition des relevanten Marktes (siehe dazu Rz 84 ff.).

¹⁰⁰ RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 201.

B.4.3.1. Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

84. 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 VKU¹⁰¹ analog).¹⁰² Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁰³ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.¹⁰⁴

85. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte absatzseitige Kundenaufteilung. Marktgegenseite von Bucher und Brenntag sind gewerbliche Endverbraucher¹⁰⁵ (z.B. Werkhöfe, Bauunternehmen, Verkehrsbetriebe, Kieswerke) und Wiederverkäufer (z.B. Tankstellenketten), die AdBlue nachfragen. Da die Nachfrage von Wiederverkäufern wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der sachlichen Marktdefinition.

86. AdBlue ist eine wässrige Harnstofflösung, die den Ausstoss von Stickoxiden (NO_x) bei Dieselmotoren reduziert (vgl. oben, Rz 4). Gemäss den verfügbaren Informationen ist AdBlue aus Sicht der Endverbraucher nicht mit anderen Produkten substituierbar und stellt daher einen eigenständigen sachlich relevanten Markt dar.¹⁰⁶ Diese Ansicht deckt sich mit der Praxis der EU-Kommission.¹⁰⁷ Eine weitere Marktsegmentierung nach Liefermodalität (Offenlieferung/Gebinde) scheint aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit nicht angezeigt zu sein (vgl. oben, Rz 53).

Räumlich relevanter Markt

87. Der räumliche 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 analog).

88. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass gewerbliche Endverbraucher und Wiederverkäufer in der Schweiz AdBlue in erster Linie in der Schweiz und nicht lokal nachfragen. Gegen eine grössere räumliche Marktabgrenzung als die Schweiz sprechen sodann die Umstände, dass laut Angaben von Brenntag jeglicher Import von loser Ware nur möglich sei, wenn das

¹⁰¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁰² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C_75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

¹⁰⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁵ Als Endverbraucher gelten nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten, sondern auch gewerbliche Endverbraucher. Vgl. dazu EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 55; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 13. Aufl., 2018, nach Art. 101 AEUV N 517; ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHERER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 6 N 193 ii.

¹⁰⁶ Act. 6, 7.

¹⁰⁷ KOMM, COMP/M.4730 vom 21.9.2007, Rz 189 ff., *Yara/Kemira Growhow*.

importierende Unternehmen über die entsprechenden technischen Einrichtungen (Tankwagen, Tank- und Abfüllvorrichtungen) verfüge. Deshalb würden Direkt- und Parallelimporte¹⁰⁸ nicht unerhebliche Investitionen in entsprechende Einrichtungen bedingen.¹⁰⁹ Bucher schätzt die Rolle von Parallelimporten denn auch als beschränkt ein.¹¹⁰ Der räumlich relevante Markt für AdBlue wird deshalb national abgegrenzt.

B.4.3.2. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

89. Vorliegend ist erwiesen, dass Brenntag und Bucher zwischen 2014 und 2017 eine absatzseitige Kundenaufteilung vereinbart haben. Zu prüfen ist, ob durch die Kundenaufteilung auch Passivverkäufe, d.h. die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kundinnen und Kunden,¹¹¹ eingeschränkt worden sind.

90. In der Anlage 3 zum Kooperationsvertrag ist festgehalten, dass gewisse Kundinnen und Kunden exklusiv nur durch Bucher resp. Brenntag beliefert werden. Im Kooperationsvertrag wird nicht zwischen passiven und aktiven, d.h. die aktive Ansprache einzelner Kundinnen und Kunden,¹¹² Verkäufen unterschieden, doch legt eine Auslegung dieser Klausel nach dem Wortlaut nahe, dass Bucher resp. Brenntag die Kundinnen und Kunden exklusiv beliefern soll, ungeachtet dessen, ob die Lieferung aufgrund einer unaufgeforderten Bestellung einzelner Kundinnen und Kunden oder aktiven Ansprache einzelner Kundinnen und Kunden ausgelöst wurde.

91. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek wird eine Beschränkung der Kundengruppen, an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer verkaufen darf, als qualitativ schwerwiegend betrachtet. Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt jedoch nicht vor bei Beschränkungen des aktiven Verkaufs an Kundengruppen, die der Abnehmer sich selbst vorbehalten hat, vorausgesetzt, dass Passivverkäufe uneingeschränkt möglich sind (Ziff. 12 Abs. 2 lit. b i) VertBek). Diese Ausnahme greift vorliegend nicht, weil Passivverkäufe aufgrund des Wortlauts der Kundenaufteilungsklausel im Kooperationsvertrag ausgeschlossen sind. Folglich liegt eine qualitativ schwerwiegende Abrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek vor.

B.4.3.3. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

92. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;¹¹³ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt.

93. Da die absatzseitige Kundenaufteilung eine qualitativ schwerwiegende Abrede gemäss Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek darstellt (siehe oben, Rz 91), braucht es in quantitativer Hinsicht nur wenig, um die Abrede gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der betrachteten qualitativen

¹⁰⁸ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

¹⁰⁹ Act. 43, Rz 53 f.

¹¹⁰ Act. 6, 7.

¹¹¹ Näheres zur Definition von Passivverkäufen siehe Ziff. 3 VertBek.

¹¹² Näheres zur Definition von Aktivverkäufen siehe Ziff. 2 VertBek.

¹¹³ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

und quantitativen Kriterien als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (siehe oben, Rz 82).

94. Der mengenbasierte Marktanteil von Brenntag auf dem Schweizer Markt für AdBlue lag im Untersuchungszeitraum gestützt auf Schätzungen von Brenntag zwischen [20–30] % im Jahr 2014 und [10–20] % im Jahr 2017. Gestützt auf die Schätzungen des Gesamtmarktvolumens von Brenntag und die Liefermengen von Brenntag an Bucher ergeben sich geschätzte Marktanteile von Bucher in Höhe von [0–10] % im Jahr 2014 und [0–10] % im Jahr 2017.¹¹⁴ Bucher schätzt die eigenen mengenbasierten Marktanteile auf [0–10] % im Jahr 2016 und [0–10] % im Jahr 2017.¹¹⁵

95. Nebst Bucher und Brenntag gibt es eine Reihe anderer Anbieter mit Vertrieb von AdBlue in der Schweiz. Dazu gehört insbesondere die BASF SE, Deutschland, mit der Schweizer Vertriebspartnerin Thommen-Furler AG, die österreichische Borealis AG mit Vertrieb über ein eigenes Netz und externe Partner sowie die deutsche Hoyer mit der Schweizer Vertriebspartnerin Oel Pool AG. Weitere Wettbewerber sind Tankstellenketten (z.B. Shell, Avia, Total) und internationale Transportunternehmen.¹¹⁶

96. Aufgrund der Marktanteile von Brenntag und Bucher und der Konkurrenzsituation auf dem schweizerischen Markt für AdBlue zeitigte die absatzseitige Kundenaufteilung quantitative Auswirkungen auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue.

B.4.3.4. Fazit

97. Gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Brenntag den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigte.

B.4.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

98. 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.

99. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen könnten. Die Parteien haben auch keine möglichen Effizienzgründe geltend gemacht.

B.4.5. Ergebnis

100. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

¹¹⁴ Act. 1, 6; act. 36, 43, Rz 45 f.

¹¹⁵ Act. 1, 6; act. 6, 5, act. 36, 41, 65.

¹¹⁶ Act. 43, Rz 48 f.; act. 1, 6, act. 6, 2 f.

- Die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte Kundenaufteilung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 31 ff.).
- Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, wie die Risikoverteilung zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue aussieht, und ob Brenntags Verhalten, d.h. die absatzseitige Kundenaufteilung mit Bucher, folglich Brenntag selber oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist (vgl. oben, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine Abrede zwischen Konkurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG handelt (vgl. oben, Rz 77 f.).
- Unter der Voraussetzung, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, beeinträchtigte die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich (vgl. oben, Rz 79 ff.).
- Es sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich (vgl. oben, Rz 99).

101. Die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Brenntag ist somit eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

B.5. Massnahmen – einvernehmliche Regelung

102. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

103. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat im Februar 2018 mit Bucher eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (siehe oben, Rz 11), welche im September 2019 an den aktuellen Stand des Verfahrens angepasst wurde (siehe oben, Rz 21). Die einvernehmliche Regelung mit Brenntag hat das Sekretariat im August 2019 abgeschlossen (siehe oben, Rz 20).

104. Die einvernehmliche Regelung mit Bucher lautet wie folgt:¹¹⁷

«A. Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0485 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller

¹¹⁷ Act. 98.

Gegenstand der Untersuchung 22-0485 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Bucher einvernehmlich und abschliessend geregelt.

- d) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- e) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Bucher keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Bucher fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Bucher und der Brenntag Schweizerhall AG.

B. Vereinbarung

Bucher verpflichtet sich, sich mit der Brenntag Schweizerhall AG nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.»

105. Die einvernehmliche Regelung mit Brenntag lautet wie folgt:¹¹⁸

«A. Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0485 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0485 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Brenntag einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- e) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens Brenntag keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Brenntag fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Brenntag und der Bucher AG Langenthal.

B. Vereinbarung

Brenntag verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.»

106. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar.

¹¹⁸ Act. 91.

107. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegenden einvernehmlichen Regelungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹¹⁹

C. Kosten

108. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹²⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

109. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend haben die Verfügungsadressatinnen das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

110. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. 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).

111. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 369 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 32 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 4'160
- 323 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 64'600
- 14 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 4'060

112. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 72'820.

113. Gemäss der Praxis der WEKO wird eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen, wobei eine Ausnahme gemacht werden kann, wenn diese Regelung zu einem stossenden Ergebnis führt.¹²¹ Eine Pro-Kopf-Verteilung der Kosten entspricht dem Verursacherprinzip am besten, weil der grösste Teil des Aufwands nicht einer bestimmten Verfahrenspartei zuordenbar ist, sondern auf die Fallbearbeitung an sich entfällt. Hat allerdings eine bestimmte Partei ausnahmsweise nur sie und nicht den Fall als solchen, wozu u.a. Sachverhaltsabklärungen gehören, betreffenden Aufwand verursacht, etwa weil einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einer Partei erforderlich wurden (z.B. der Erlass einer Auskunftsverfügung), so rechtfertigt das hinsichtlich dieses spezifischen Aufwands eine Abweichung von einer «Pro-Kopf-Verteilung» und eine Auferlegung der dadurch verursachten Kosten an die entsprechende Partei.¹²²

114. Am 13. Juli 2018 stellte Brenntag ein Ausstandsbegehren, welches sie zurückzog, nachdem der Direktor des Sekretariats in seiner Stellungnahme dargelegt hatte, dass keine Ausstandsgründe vorliegen würden (siehe oben, Rz 15). Die Kosten von CHF 3'700 (18,5 Stunden

¹¹⁹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

¹²⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹²¹ RPW 2016/3, 717 Rz 449, *Flügel und Klaviere m.w.H. auf RPW 2013/4, 646 Rz 1043, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹²² Zum Ganzen RPW 2013/4, 646 Rz 1047, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

zu CHF 200) für die Bearbeitung des Ausstandsbegehrens sind einzig Brenntag aufzuerlegen, da ausschliesslich sie den betreffenden Aufwand verursacht hat.

115. Der übrige Aufwand des vorliegenden Verfahrens ist durch die Bearbeitung des Falles und insbesondere durch Sachverhaltsabklärungen entstanden. Die restlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 69'120 werden deshalb Bucher und Brenntag zu gleichen Teilen aufgelegt.

D. Ergebnis

116. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte Kundenaufteilung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 31 ff.).
- Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, wie die Risikoverteilung zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue aussieht, und ob Brenntags Verhalten, d.h. die absatzseitige Kundenaufteilung mit Bucher, folglich Brenntag selber oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist (vgl. oben, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine Abrede zwischen Konkurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG handelt (vgl. oben, Rz 77 f.).
- Unter der Voraussetzung, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, beeinträchtigte die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich (vgl. oben, Rz 79 ff.).
- Es sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich (vgl. oben, Rz 99).
- Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 72'820. Davon werden CHF 3'700 für die Bearbeitung des Ausstandsbegehrens Brenntag auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 69'120 werden Bucher und Brenntag zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. oben, Rz 108 ff.).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der Bucher Langenthal AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 13. September 2019 resp. 24. September 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 104):

Bucher verpflichtet sich, sich mit der Brenntag Schweizerhall AG nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der Brenntag Schweizerhall AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. August 2019 resp. 20. August 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 105):

Brenntag verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.

3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf CHF 72'820 und werden wie folgt auferlegt:

- Bucher AG Langenthal	CHF 34'560
- Brenntag Schweizerhall AG	CHF 38'260

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Brenntag Schweizerhall AG, Elsässerstrasse 231, 4002 Basel
vertreten durch RA Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, 8021 Zürich
- Bucher AG Langenthal, Bern-Zürichstrasse 31, 4900 Langenthal
vertreten durch RA Martin Hütte, RA Christian Bernegger, Postfach 1435, 6301 Zug

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.