



Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 3. September 2024

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

22-0521: Y.-Agenturverträge

wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	4
A.1	Verfahrensgegenstand.....	4
A.2	Verfahrensadressatin.....	4
A.3	Verfahrensgeschichte.....	5
B	Sachverhalt	6
B.1	X.: Umstellung vom Händlermodell auf das Agenturmodell für Y.-Fahrzeuge und Y.-Teile.....	6
B.1.1	Einleitung zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen.....	6
B.1.2	Gegenwärtiger Vertrieb im Händlermodell.....	7
B.1.3	Geplanter Vertrieb im Agenturmodell.....	7
B.1.3.1	Y.-Agenturmodell.....	7
B.1.3.1.1.	Allgemeine Regelung.....	7
B.1.3.1.2.	Leasingfahrzeuge.....	7
B.1.3.1.3.	Gebrauchtfahrzeuge.....	8
B.1.3.1.4.	Service und Ersatzteile.....	9
B.1.3.2	Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell.....	9
B.1.3.3	Einbezug der Y.-Händler.....	9
B.1.3.4	Vorgesehenes Vergütungssystem.....	10
B.1.3.5	Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler.....	12
B.2	Marktbefragung.....	13
B.2.1	Allgemeines.....	13
B.2.2	Geplanter Vertrieb im Agenturmodell.....	13
B.2.2.1	Y.-Agenturmodell.....	13
B.2.2.1.1.	Allgemeine Regelung.....	13
B.2.2.1.2.	Leasingfahrzeuge.....	14
B.2.2.1.3.	Gebrauchtfahrzeuge.....	14
B.2.2.1.4.	Service und Ersatzteile.....	15
B.2.2.2	Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell.....	15
B.2.2.3	Einbezug der Y.-Händler.....	15
B.2.2.4	Vorgesehenes Vergütungssystem.....	16
B.2.2.4.1.	Übernahme aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten.....	16
B.2.2.4.2.	Provision.....	16
B.2.2.4.3.	Nachschuss am Jahresende.....	17
B.2.2.4.4.	Transparenz.....	18
B.2.2.4.5.	Mindestverdienst.....	18
B.2.2.5	Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler.....	19
C	Erwägungen	19
C.1	Geltungsbereich.....	19
C.2	Vorbehaltene Vorschriften.....	20
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG).....	20
C.3.1	Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG).....	20
C.3.1.1	Allgemeines.....	20
C.3.1.2	Agentenqualität der Y.-Agenten.....	21

C.3.1.2.1.	Voraussetzungen	21
C.3.1.2.2.	Prüfung	24
C.3.1.2.3.	Fazit zur Agentenqualität der Y.-Agenten.....	37
C.3.1.3	Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede	38
C.3.2	Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG).....	38
C.3.3	Fazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede.....	39
C.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG).....	40
D	Ergebnis	40
E	Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG	41
F	Kosten	43
G	Schlussfolgerungen	43

A Verfahren

A.1 Verfahrensgegenstand

1. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildet die Frage, ob das von X. vorgesehene Agenturmodell für Neufahrzeuge und bestimmte Gebrauchtfahrzeuge¹ der Marke Y. (nachfolgend: Y.-Fahrzeuge) sowie für ausgewählte Originalteile² und Zubehörteile (nachfolgend: Y.-Teile³) (nachfolgend: Y.-Agenturmodell) die Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt oder ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 bis 30 KG⁴ nahelegen.⁵

2. Die Eröffnung einer Untersuchung ist dann geboten, wenn das Y.-Agenturmodell die Voraussetzungen der echten Agentur nicht erfüllt (Rz 78 ff.) und Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG) – insbesondere vertikale Preisabreden – bestehen oder wenn Anhaltspunkte bestehen, dass die von X. vorgesehene Einführung des Y.-Agenturmodells eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen würde (Art. 4 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 7 KG) (Rz 159 ff.).

A.2 Verfahrensadressatin

3. Die Vorabklärung richtet sich gegen X. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: X.-Gruppe).

4. X. mit Sitz in [...] bezweckt [die Einfuhr von Kraftfahrzeugen, Motorrädern, Teilen und Zubehör insbesondere der Marke X., deren Distribution in der Schweiz und die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie weiterer Dienstleistungen].⁶ Sie ist die nationale Handelsgesellschaft für Kraftfahrzeuge der Marken X., Y. und Z., die durch [...] mit Sitz in [...] hergestellt werden.⁷

5. X. betreibe in der Schweiz keine eigene Niederlassung mit Direktverkauf von Fahrzeugen. Gewisse Gross- und Spezialkunden würden jedoch direkt von X. bedient.⁸ Sodann könne

¹ Der Begriff «Y. Gebrauchtfahrzeuge» wird definiert als «junge, gebrauchte Y. Fahrzeuge, die im Eigentum von Unternehmen der X.-Gruppe stehen, nicht älter als [...] Monate ab Erstzulassung sind [...] und von X. für den Verkauf über das Y. Agentennetz bestimmt sind»; vgl. Y.-Agenturvertrag (Entwurf), Version [...] (nachfolgend: Y.-Agenturvertrag), Definition «Y. Gebrauchtfahrzeuge».

² Der Begriff «Y. Originalteile» wird definiert als «neue Waren, die in oder an einem Y. Fahrzeug installiert werden, um Komponenten dieses Y. Fahrzeugs zu ersetzen, einschliesslich Waren wie Kompletträder und Schmiermittel, die für den Gebrauch eines Y. Fahrzeugs notwendig sind, mit Ausnahme von Kraftstoffen, und die im Produktprogramm von Y. enthalten sind»; vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Y. Originalteile».

³ Konkret handle es sich nur um die folgenden [...] Teile, weil Endkundinnen und Endkunden erwarten würden, diese gemeinsam mit dem Y.-Fahrzeug «aus einer Hand» erwerben zu können: [...]; vgl. act. 4, S. 15; vgl. auch act. 1, S. 3.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ Die Begriffe Agent und echter Agent sowie die Begriffe Agenturmodell und echtes Agenturmodell werden, sofern nicht anders angegeben, als Synonyme verwendet.

⁶ Handelsregister [...]; act. 1, S. 4.

⁷ Handelsregister [...]; act. 1, S. 4.

⁸ Der Gesamtumsatz mit Y.-Neufahrzeugen für Gross- und Spezialkunden macht laut X. maximal [0–10] % des Umsatzes mit Y.-Neufahrzeugen in der Schweiz aus; vgl. act. 1, S. 4.

ein Vertrieb über das Internet, an Behörden etc. erfolgen.⁹ Daneben betreibe X. ein Fahrzeugfinanzierungsgeschäft durch Q., [...], [...] R. und S..¹⁰

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Mit Schreiben vom 28. April 2023 stellte X. dem Sekretariat eine gleichentags eingegangene Widerspruchsmeldung zu.¹¹

7. Das Sekretariat bestätigte den Eingang der Widerspruchsmeldung und richtete in der Folge mehrere Schreiben an X., welche diese beantwortete.¹²

8. Mit Entscheid vom 25. September 2023 verzichtete die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) auf die Eröffnung einer Untersuchung.

9. Mit Schreiben vom 25. September 2023 informierte das Sekretariat X. über die Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung und richtete Fragen an X..¹³

10. Am 26. September 2023 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an [...] als Agenten für Y.-Fahrzeuge (nachfolgend: Y.-Agenten) vorgesehene Händler von Y.-Fahrzeugen (nachfolgend: Y.-Händler), den X.-Händlerverband, drei Konkurrentinnen von X. sowie die drei entsprechenden Händlerverbände (nachfolgend: Marktbefragung; Rz 41 ff.).¹⁴

11. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2023 nahm X. zur Eröffnung der Vorabklärung Stellung und beantwortete die Fragen des Sekretariats.¹⁵

12. Mit Schreiben vom 15. November 2023 informierte X. das Sekretariat über [...].¹⁶

13. Am 5. Dezember 2023 ging das letzte beantwortete Auskunftsbegehren im Rahmen der Marktbefragung beim Sekretariat ein.¹⁷

14. Mit Schreiben vom 22. Januar 2024 stellte das Sekretariat X. weitere Fragen und forderte X. auf, Unterlagen einzureichen.¹⁸

15. Mit Schreiben vom 22. Februar 2024 beantwortete X. die Fragen des Sekretariats.¹⁹

16. Mit E-Mails vom 7. und 14. März 2024 richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an die Vertreter der X.-Händler in [...], [...] und [...], welche diese jedoch nicht beantworteten.²⁰

⁹ Act. 1, S. 4.

¹⁰ Handelsregister [...]; Handelsregister [...]; act. 1, S. 4.

¹¹ Act. 1.

¹² Act. 2–10.

¹³ Act. 11.

¹⁴ Act. 12–52.

¹⁵ Act. 53.

¹⁶ Act. 54.

¹⁷ Act. 57.

¹⁸ Act. 98.

¹⁹ Act. 99.

²⁰ Act. 100–103, 107 f. Die Nichtbeantwortung wurde mit einem Beschluss einer Händlerkommission ([...]), überhaupt nicht ([...]) bzw. mit Vertraulichkeitsvereinbarungen ([...]) begründet.

17. Mit Schreiben vom 8. April 2024 stellte das Sekretariat X. weitere Fragen und forderte X. auf, Unterlagen einzureichen.²¹

18. Mit Schreiben vom 26. April 2024 beantwortete X. die Fragen des Sekretariats, reichte die angeforderten Unterlagen ein und übergab dem Sekretariat ein Schreiben von X..²²

19. Mit Schreiben vom 30. April 2024 beantwortete das Sekretariat das Schreiben von X..²³

B Sachverhalt

B.1 X.: Umstellung vom Händlermodell auf das Agenturmodell für Y.-Fahrzeuge und Y.-Teile

B.1.1 Einleitung zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen

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

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

22. Infolge verschiedener Marktentwicklungen haben Kraftfahrzeuganbieterinnen vermehrt begonnen, Alternativen zum Händlermodell in Betracht zu ziehen. Diese reichen vom Vertrieb über echte Agenten im Sinne der EU-Vertikalleitlinien²⁹ (nachfolgend: Agenturmodell) bis hin

²¹ Act. 104.

²² Act. 105.

²³ Act. 106.

²⁴ Vgl. Art. 1 lit. b Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

²⁵ Alleinvertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen die Anbieterin ein Gebiet oder eine Kundengruppe sich selbst oder höchstens fünf Abnehmerinnen exklusiv zuweist und allen anderen Abnehmerinnen Beschränkungen in Bezug auf den aktiven Verkauf in das exklusiv zugewiesene Gebiet oder an die exklusiv zugewiesene Kundengruppe auferlegt; vgl. Art. 4 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

²⁶ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind; vgl. Art. 5 VertBek.

²⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI, C 248/01 vom 30.6.2022 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 115 f.

²⁸ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 30, 33.

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

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

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

B.1.2 Gegenwärtiger Vertrieb im Händlermodell

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

B.1.3 Geplanter Vertrieb im Agenturmodell

B.1.3.1 Y.-Agenturmodell

B.1.3.1.1. Allgemeine Regelung

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

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

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

B.1.3.1.2. Leasingfahrzeuge

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

³⁰ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 29–46.

³¹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 41 f.

³² Act. 1, S. 4.

³³ Y. Händlervertrag [...], Ziff. 1.1 und Anlage 10 Ziff. 1.1.

³⁴ Act. 1, S. 2; act. 8, S. 3. [...].

³⁵ Act. 1, S. 1. Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Vertragsware» und Ziff. 1.1.

³⁶ Act. 1, S. 23. [...] gegenwärtige Y.-Händler hätten keinen Y.-Agenturvertrag angeboten erhalten (act. 1, S. 17).

³⁷ Act. 11, S. 2; act. 53, S. 3. Gemäss X. ist das Agenturmodell in [...], [...] und [...] bereits erfolgreich angelaufen (act. 99, S. 11); vgl. auch Rz 16.

³⁸ Act. 1, S. 1; act. 4, S. 3.

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

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

B.1.3.1.3. Gebrauchtfahrzeuge

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

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

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

³⁹ Act. 1, S. 2.

⁴⁰ Act. 1, S. 7.

⁴¹ Act. 1, S. 5, 21.

⁴² Act. 1, S. 7.

⁴³ Act. 1, S. 2.

⁴⁴ Act. 1, S. 19.

⁴⁵ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Y. Gebrauchtfahrzeuge».

⁴⁶ Act. 7, S. 1; act. 9, S. 1 f.

⁴⁷ Act. 1, S. 5, 21.

⁴⁸ Act. 1, S. 21.

B.1.3.1.4. Service und Ersatzteile

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

B.1.3.2 Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell

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

B.1.3.3 Einbezug der Y.-Händler

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

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

⁴⁹ Y.-Service Vertrag (Entwurf), [...] (nachfolgend: Y.-Servicevertrag).

⁵⁰ Act. 1, S. 2. Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 1.2. Die Befragung der anderen Kraftfahrzeugherstellerinnen und der entsprechenden Händlerverbände hat ergeben, dass [...].

⁵¹ Act. 1, S. 8.

⁵² Act. 1, S. 8 f.

⁵³ Act. 4, S. 2.

⁵⁴ Act. 1, S. 10; act. 4, S. 1.

⁵⁵ Act. 4, S. 1.

⁵⁶ Act. 4, S. 2.

⁵⁷ Act. 6, S. 7.

⁵⁸ Act. 6, S. 7.

B.1.3.4 Vorgesehenes Vergütungssystem

37. X. hat ein Vergütungssystem vorgesehen, das sicherstellen soll, dass sämtliche wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten und Investitionen (nachfolgend: wesentliche vertrags- und marktspezifische Kosten) gemäss den Voraussetzungen der echten Agentur durch X. – nicht durch die Y.-Agenten – getragen werden (Rz 23, 78 ff.).⁵⁹ Das Vergütungssystem setzt sich aus folgenden Elementen zusammen:

- Direkt übernommene Kosten: X. übernehme gewisse Kosten, die sich im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Y.-Händler ergeben, direkt.⁶⁰ Dabei handle es sich beispielsweise um die Kosten für den Transport von Y.-Fahrzeugen, für zentrales Marketing oder für erforderliche Schulungen.⁶¹
- Provision: Die Provision diene der «Deckung der vertrags- und marktspezifischen Kosten und Investitionen».⁶² Diejenigen vertrags- und marktspezifischen Kosten, welche X. nicht direkt übernehme, vergüte sie den Y.-Agenten über eine Provision von [0–10] % des [...] Listenpreises (Neufahrzeuge) bzw. des Verkaufspreises (Gebrauchtfahrzeuge) pro vermitteltem Fahrzeug.⁶³ Ein Anteil von [0–10] % der [0–10] %-Provision diene zur Deckung aller wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten und des jährlichen deckungsfähigen Anteils der marktspezifischen Investitionen des Y.-Agenten.⁶⁴ Die übrigen [0–10] % verblieben den Y.-Agenten.⁶⁵ Der Zeitpunkt der Auszahlung der Provision sei an die Fahrzeugübergabe gebunden.⁶⁶
- Nachschuss am Jahresende⁶⁷: Soweit die Provision nicht alle wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten des Y.-Agenten abdecke, könne der Y.-Agent dies für jedes Kalenderjahr bis Ende April des Folgejahres nachweisen und mithilfe eines Formulars einen entsprechenden Nachschuss geltend machen. Entsprechende Anträge würden innerhalb weniger Wochen bearbeitet.⁶⁸

⁵⁹ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Präambel Abs. 4, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1; act. 1, S. 22; act. 99, S. 7.

⁶⁰ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 2 Abs. 2; act. 99, S. 4. X. erwartet, dass der Anteil der direkt übernommenen Kosten [50–70 %] der gesamten vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten ausmachen wird (act. 3, S. 3; act. 4, S. 9 f.).

⁶¹ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 2 Abs. 2; act. 99, S. 4.

⁶² Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Provision», Anlage 5 Ziff. 3.4 Titel.

⁶³ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Definition «Provision», Anlage 5 Ziff. 3.2 Abs. 1 («Die Provision entschädigt alle Leistungen, die der Agent im Rahmen des Vertrages erbringt, einschliesslich aller Leistungen, die für die ordnungsgemässe Erfüllung des Vertrages durch den Agenten erforderlich sind»), 3.3. Bei Verkäufen von Neufahrzeugen an Grosskunden beträgt die Provision [0–10] %; bei Verkäufen von Y.-Teilen beträgt die Provision zwischen [10–20] % und [20–30] %. X. erwartet, dass der Anteil der mittels Provision abgegoltenen Kosten [30–50 %] der gesamten vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten ausmachen wird (act. 3, S. 3; act. 4, S. 9 f.).

⁶⁴ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1.

⁶⁵ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.3 Abs. 1 lit. a i. V. m. Ziff. 3.4 Abs. 1 a contrario; vgl. auch X., Präsentation, [...] Day 2, undatiert, S. 26.

⁶⁶ Act. 105, S. 4.

⁶⁷ Es handelt sich um die von X. verwendete Terminologie. Ein allfälliger Nachschuss wird jedoch nicht am Jahresende ausbezahlt, sondern jeweils für ein Kalenderjahr per Jahresende berechnet und in den Folgemonaten ausbezahlt.

⁶⁸ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4: «Falls der jährliche deckungsfähige Anteil der marktspezifischen Investitionen des Agenten und die jährlichen laufenden vertrags- und marktspezifischen Kosten gemäss Artikel 3.4 dieser Anlage nicht vollständig durch den gewidmeten Provisionsanteil in dem jeweiligen Kalenderjahr gedeckt sind, erstattet X. dem Agenten die Differenz auf Antrag und auf Nachweis des Agenten, dass der tatsächliche jährliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und den von X. festgelegten Anforderungen entsprachen. Grundlage für die Berechnung des jährlichen deckungsfähigen Anteils der marktspezifischen Investitionen, der laufenden Kosten und des zweckgebundenen Provisionsanteils gemäss Artikel 3.4 dieses Anhangs ist das Kalenderjahr. Für die Berechnung des jährlichen deckungsfähigen Anteils der marktspezifischen

- Variable Vergütung: Y.-Agenten, die gewisse kundenorientierte Prozesse (z. B. Zielerreichung betreffend Auftragseingänge oder Kundendatenpflege) gut erfüllen, könnten zusätzlich zur Provision variable Vergütungen von bis zu [0–10] % (bis Ende [...]) bzw. [0–10] % (ab Ende [...]) auf den Preis der Vertragsware ausbezahlt erhalten.⁶⁹ Der Zeitpunkt der Auszahlung der variablen Vergütung sei im Umfang von [0–10] % an die Fahrzeugübergabe gebunden, wobei die definitive Abrechnung einmal jährlich stattfindet.⁷⁰
- Transition Package: In einer Anlaufphase werde den Y.-Agenten zusätzlich zur Provision eine bis Ende [...] abnehmende und dann auslaufende Vergütung von [0–10] % bis [0–10] % auf den Preis der Vertragsware ausbezahlt.⁷¹ Der Zeitpunkt der Auszahlung der Vergütung gemäss Transition Package sei an die Fahrzeugübergabe gebunden.⁷²
- Einmalzahlungen: Daneben sollen bestimmte punktuelle Leistungen gesondert vergütet werden.⁷³ Dabei handle es sich um Erstattungen für individuelle Tätigkeiten und Services der Y.-Agenten, deren Auftreten und Umfang vom jeweiligen Einzelfall abhängen, wobei die Erstattung aufwandsabhängig erfolge (z. B. Reparatur von Vorführfahrzeugen oder von Transportschäden). Der Y.-Agent erstelle einen Kostenvoranschlag zuhanden von X., welche diesen vor der Ausführung genehmigen müsse.⁷⁴
- Erstattung bei Vertragsende: Schliesslich sei vorgesehen, dass X. bei Vertragsende diejenigen marktspezifischen Investitionen, welche weder durch die Provision noch Einmalzahlungen gedeckt seien, dem Y.-Agenten auf Antrag und Nachweis erstatte.⁷⁵

38. Die nachstehende Grafik zeigt das Zusammenspiel der einzelnen Elemente des geplanten Vergütungssystems vereinfacht auf. Vorgesehen sei, dass X. zunächst einen Teil der Kosten, die bisher bei den Y.-Händlern anfielen, *direkt übernehme*. Die bei den Y.-Agenten anfallenden wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten vergüte X. sodann mittels einer *Provision*. Reiche die Provision zur Deckung dieser Kosten nicht aus, würden noch offene Positionen jeweils per Jahresende mittels eines *Nachschusses* gedeckt. Weiter leiste X. unter gewissen Voraussetzungen eine *variable Vergütung* sowie in der Einführungsphase Zahlungen gemäss *Transition Package*. Bestimmte punktuelle Leistungen der Y.-Agenten würden sodann durch *Einmalzahlungen* von X. vergütet. Sofern bei Vertragsende noch offene

Investitionen gelten die handelsrechtlichen Abschreibungsvorschriften, soweit nichts anderes bestimmt ist»; act. 6, S. 2; act. 99, S. 10.

⁶⁹ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 2 Abs. 3; act. 99, S. 5 f.

⁷⁰ Act. 105, S. 4.

⁷¹ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 2; act. 99, S. 5 f.

⁷² Act. 105, S. 4.

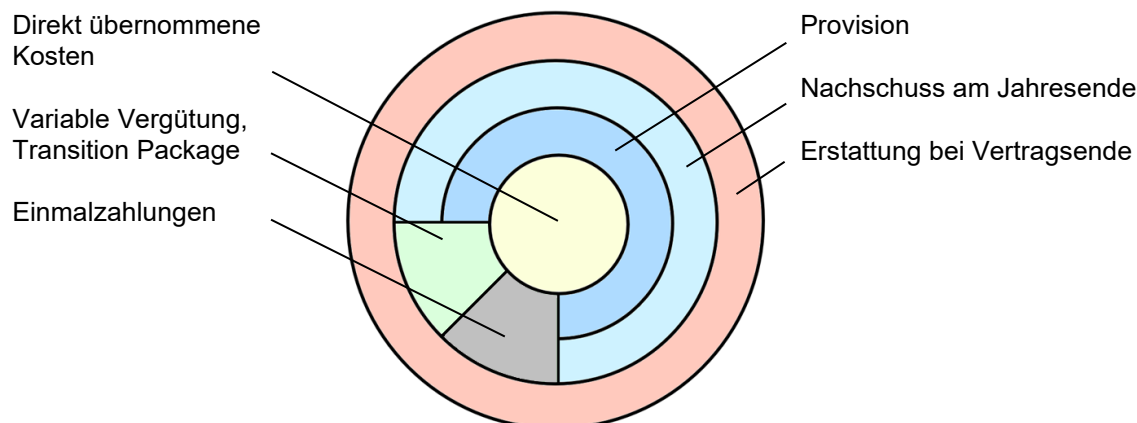
⁷³ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 4 (Erstattung von einzelnen Aktivitäten oder Dienstleistungen).

⁷⁴ Act. 99, S. 4.

⁷⁵ Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 12.2 Abs. 2: «X. erstattet dem Agenten alle marktspezifischen Investitionen, die bei Beendigung dieses Vertrages noch nicht vollständig abgeschrieben und/oder über die Provision oder über Einmalzahlungen an den Agenten gemäss Anlage 5 (Vergütung) vergütet oder anderweitig abgegolten sind, stets unter der Voraussetzung, dass der Agent nicht in der Lage ist, die Investitionsgüter nach vorheriger Abstimmung mit X. mit vertretbarem Aufwand anderweitig weiter zu nutzen oder zu veräussern [...]».

wesentliche vertrags- und marktspezifischen Kosten beständen, würden diese durch eine entsprechende *Erstattung* abgegolten.

Abbildung 1: Vorgesehenes Vergütungssystem im Y.-Agenturmodell



Quelle: Darstellung des Sekretariats.

B.1.3.5 Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler

39. Gemäss X. bestehen für Y.-Händler, die nicht oder nicht nur als Y.-Agenten tätig sein können oder wollen, folgende Ausweichmöglichkeiten:

- *Zusätzlicher Vertrieb von Fahrzeugen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen:* Gemäss X. steht es Y.-Händlern frei, neben Y.-Fahrzeugen Fahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen zu verkaufen, wobei insbesondere Kraftfahrzeuganbieterinnen aus Asien gegenwärtig auf Händlersuche seien. X. nannte zwei Beispiele von Y.-Händlern ([...]), die seit kurzem neben Y.-Fahrzeugen auch Fahrzeuge [anderer] Kraftfahrzeuganbieterinnen in ihr Sortiment aufgenommen hätten.⁷⁶
- *Ausschliesslicher Vertrieb von Fahrzeugen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen:* Gemäss X. steht es Y.-Händlern auch frei, vollständig auf den Vertrieb von Fahrzeugen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen umzusteigen. Als Beispiel nannte X. [...], die von Fahrzeugen der Marke X. auf Fahrzeuge der Marke [...] umgestellt habe.⁷⁷
- *Tätigkeit als unabhängige Werkstatt mit Occasionsverkauf:* Gemäss X. können Y.-Händler sodann eine Tätigkeit als unabhängige Werkstatt aufnehmen und lediglich Gebrauchtfahrzeuge verkaufen. Branchendaten würden nahelegen, dass für Garagen ausreichend Möglichkeiten beständen, um profitabel zu arbeiten.⁷⁸

40. Während X. in Bezug auf die dritterwähnte Ausweichmöglichkeit von einer hohen Profitabilität ausgeht, erwähnt sie in Bezug auf die zwei davor genannten Ausweichmöglichkeiten, dass sie deren Wirtschaftlichkeit nicht einschätzen könne.⁷⁹

⁷⁶ Act. 99, S. 11 f.

⁷⁷ Act. 99, S. 12.

⁷⁸ Act. 99, S. 12.

⁷⁹ Act. 99, S. 12.

B.2 Marktbefragung

B.2.1 Allgemeines

41. Zur Prüfung und Ergänzung des von X. mitgeteilten Sachverhalts (Rz 20–40) führte das Sekretariat eine Marktbefragung durch und versandte hierzu Fragebogen an folgende Marktakteure:

- [...] als Y.-Agenten vorgesehene Y.-Händler;⁸⁰
- den X.-Händlerverband;
- drei mit X. konkurrierende Kraftfahrzeuganbieterinnen;⁸¹
- die drei entsprechenden Händlerverbände⁸².

42. Die Fragen an die Y.-Händler und an den X.-Händlerverband betrafen neben einer allgemeinen Stellungnahme zur geplanten Umstellung vom Händlermodell auf das Agenturmodell insbesondere den Einbezug der Händlerseite bei der Erstellung des Y.-Agenturvertrags, die Übernahme der wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten durch X., Service und Ersatzteile, Gebrauchtfahrzeuge, Leasingfahrzeuge sowie Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler. Die Fragen an die konkurrierenden Kraftfahrzeuganbieterinnen und die entsprechenden Händlerverbände betrafen neben einer allgemeinen Stellungnahme zum Agenturmodell insbesondere den Einbezug der Händlerseite bei der Vertragserstellung, die Übernahme der wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Agenten sowie Service und Ersatzteile.

43. Das Sekretariat unterbreitete die relevanten Ergebnisse der Marktbefragung in der Folge X. zur Stellungnahme.⁸³

B.2.2 Geplanter Vertrieb im Agenturmodell

B.2.2.1 Y.-Agenturmodell

B.2.2.1.1 Allgemeine Regelung

44. Das Sekretariat fragte die Y.-Händler, wie zuversichtlich sie im Hinblick auf die Umstellung auf das Y.-Agenturmodell seien. Auf einer Skala von 1 bis 10 (wobei 1 «gar nicht zuversichtlich» und 10 «sehr zuversichtlich» bedeutet) resultierte ein Mittelwert von 4,4, mithin 1,3 Punkte weniger, als eine Befragung mit gleicher Fragestellung von X. ergeben hatte (Rz 36).⁸⁴ [38 % der] Y.-Händler und der X.-Händlerverband gaben an, dass der Y.-Agenturvertrag nur unterschrieben worden sei, weil X. Druck auf die Y.-Händler ausgeübt habe.⁸⁵ [32 % der] Y.-Händler gaben an, den Y.-Agenturvertrag unterschrieben zu haben, um den Status als Markengarage nicht zu verlieren.⁸⁶

45. Das Sekretariat befragte die Y.-Händler zu den erwarteten Vorteilen und Nachteilen der Umstellung auf das Y.-Agenturmodell. Auf die Frage nach den Vorteilen nannten sie die folgenden Punkte am häufigsten:

⁸⁰ [...].

⁸¹ [...].

⁸² [...].

⁸³ Act. 98, 104.

⁸⁴ Act. 96, Antworten auf Frage 5.

⁸⁵ Act. 96, Antworten auf Frage 3; act. 55, Antwort auf Frage 22.

⁸⁶ Act. 96, Antworten auf Frage 3; vgl. auch act. 55, Antwort auf Frage 22.

- Übernahme der Lagerkosten durch X. ([62 % der] Y.-Händler);
- Wegfall der Investitionsrisiken der Y.-Händler ([29 % der] Y.-Händler);
- Möglichkeit der Kundschaft, im Hinblick auf den Fahrzeugkauf Online- und Offline-Lösungen zu nutzen ([26 % der] Y.-Händler);
- Abnahme des gebundenen Kapitals und damit erhöhte Liquidität ([18 % der] Y.-Händler).⁸⁷

46. Auf die Frage nach den Nachteilen der Umstellung auf das Y.-Agenturmodell nannten die Y.-Händler die folgenden Punkte am häufigsten:

- Einschränkung der unternehmerischen Freiheit (z. B. Verlust der Preissetzungshoheit; Verlust der Flexibilität für rasche Anpassungen an Marktentwicklungen) ([79 % der] Y.-Händler);
- Unklarheiten und Einnahmeneinbussen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Gebrauchtwagen ([68 % der] Y.-Händler);
- ungewisses Schicksal kostspieliger Räumlichkeiten (z. B. Showrooms) zufolge der zentralen Fahrzeuglagerung durch X. ([59 % der] Y.-Händler);
- Risiko eines Verkaufseinbruchs im Fall einer nicht marktgerechten Preispolitik von X. ([38 % der] Y.-Händler).⁸⁸

B.2.2.1.2. Leasingfahrzeuge

47. Die Y.-Händler hielten fest, dass in Bezug auf Leasingfahrzeuge der Marke Y. – wie in Bezug auf andere Y.-Fahrzeuge – nicht mehr sie, sondern X. inskünftig die Verkäuferin sein werde. Entsprechend werde es nicht mehr oder nur noch erschwert möglich sein, für Neufahrzeuge oder [junge Gebrauchtfahrzeuge] andere Leasinggesellschaften als diejenigen der X.-Gruppe vorzuschlagen. Dadurch werde der Wettbewerb eingeschränkt.⁸⁹

B.2.2.1.3. Gebrauchtfahrzeuge

48. Gemäss Marktbefragung erzielen Y.-Händler mit Y.-Gebrauchtfahrzeugen gegenwärtig rund [...] % ihres Gesamtumsatzes mit Y.-Fahrzeugen ([85 % der] Y.-Händler).⁹⁰ X. sei die einzige Kraftfahrzeuganbieterin, welche auch Gebrauchtfahrzeuge dem Agenturmodell unterstelle, was Y.-Agenten gegenüber anderen Markenbetrieben benachteilige.⁹¹ Dabei handle es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in das Gebrauchtwagengeschäft der Y.-Agenten, der deren Rentabilität belaste.⁹² X. werde sämtliche [jungen Gebrauchtfahrzeuge] (Rz 31) zentral vermarkten und lagern sowie deren Verkaufspreise vorgeben.⁹³

49. Unter dem Agenturmodell würden zudem die Leasingrückläufer (Rz 32), die einen wesentlichen Teil des Gebrauchtwagenverkaufs ausmachen würden (gemäss zwei Y.-Händlern über [...] %⁹⁴), zurück an X. fallen.⁹⁵ Von den [...] befragten Y.-Händlern beabsichtigen [...], die von X. vorgesehene Ankaufvereinbarung (Rz 32) für Leasingrückläufer abzuschliessen.⁹⁶

⁸⁷ Act. 96, Antworten auf Frage 4.

⁸⁸ Act. 96, Antworten auf Frage 4.

⁸⁹ Act. 96, Antworten auf Frage 23.

⁹⁰ Act. 96, Antworten auf Frage 21.

⁹¹ Act. 55, Antwort auf Frage 15; act. 96, Antworten auf Frage 20; act. 97, Antworten auf Frage 2.

⁹² Act. 55, Antwort auf Frage 15.

⁹³ Act. 55, Antwort auf Frage 15; [68 % der] Y.-Händler gaben dies ebenfalls an (act. 96, Antworten auf Frage 20).

⁹⁴ Act. 96, Antworten auf Frage 22.

⁹⁵ Act. 55, Antwort auf Frage 17; [82 % der] Y.-Händler gaben dies ebenfalls an (act. 96, Antworten auf Frage 23).

⁹⁶ Act. 96, Antworten auf Frage 22.

[...] Y.-Händler begründeten dies damit, dass sie auf die entsprechenden Einnahmen angewiesen seien.⁹⁷ [41 % der] Y.-Händler und der X.-Händlerverband äusserten die Sorge, dass X. die Ankaufpreise der Leasingrückläufer und Eintauschwagen einseitig festlegen könne, wobei gemäss X.-Händlerverband das Risiko einer für die Y.-Agenten unattraktiven Preissetzung besteht.⁹⁸ Die Y.-Händler erwarten mithin, dass sie nach Umstellung auf das Y.-Agenturmodell mit dem Verkauf von Leasingrückläufern weniger Einnahmen erzielen werden, weil X. – durch die Bestimmung der Ankaufpreise für Gebrauchtwagen – einen grösseren Teil der durch solche Verkäufe erzielbaren Gewinne für sich behalten werde. Weil die Y.-Agenten Gebrauchtwagen gemäss Ankaufvereinbarung nicht im Agenturmodell, sondern im Händlermodell verkaufen werden (anders als [junge Gebrauchtfahrzeuge], die für den Verkauf im Agenturmodell vorgesehen sind; Rz 31), sind die mit solchen Gebrauchtwagen zusammenhängenden Einnahmen im Kontext der Prüfung des Y.-Agenturmodells im Lichte der EU-Vertikalleitlinien nicht direkt relevant.

B.2.2.1.4. Service und Ersatzteile

50. In Bezug auf die Verpflichtung der Y.-Agenten, mit X. auch einen Y.-Servicevertrag abzuschliessen (Rz 33), gaben alle [...] befragten Y.-Händler an, dass sie den Y.-Servicevertrag auch freiwillig abschliessen würden.⁹⁹ Begründet wurde dies insbesondere damit, dass der Bereich Service und Ersatzteile Kundenbindungen fördere und für die Rentabilität wichtig sei, wobei die finanzielle Bedeutung mit zwischen [...] % und [...] % des Gesamtumsatzes sowie zwischen [...] % und [...] % des Gesamtgewinns angegeben wurde.¹⁰⁰ Gemäss einhelliger Rückmeldung der Y.-Händler und des X.-Händlerverbands sind Elektrofahrzeuge im Bereich Service und Ersatzteile weniger attraktiv, da sie weniger wartungsintensiv seien (z. B. längere Serviceintervalle, Wegfall margenträchtiger Flüssigkeiten, geringerer Bedarf an Ersatzteilen).¹⁰¹

B.2.2.2 Zweck der Umstellung auf das Agenturmodell

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

B.2.2.3 Einbezug der Y.-Händler

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

⁹⁷ Act. 96, Antworten auf Frage 22.

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

⁹⁹ Act. 96, Antworten auf Frage 15; vgl. auch act. 55, Antwort auf Frage 12.

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

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

¹⁰² Act. 55, Antwort auf Frage 2.

¹⁰³ Act. 96, Antworten auf Frage 8.

¹⁰⁴ Act. 96, Antworten auf Frage 9.

¹⁰⁵ Act. 96, Antworten auf Frage 10.

B.2.2.4 Vorgesehenes Vergütungssystem

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

53. Von den [...] befragten Y.-Händlern sind [79 %] der Ansicht, dass X. nicht alle wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten der Y.-Agenten beim Vertrieb von Y.-Fahrzeugen und Y.-Teilen übernehme.¹⁰⁶ Als weitere von X. zu übernehmende Kosten und Risiken wurden am häufigsten Infrastrukturkosten (z. B. für Gebäude, Mietzinsen oder Corporate Identity) ([71 % der] Y.-Händler) und Personalkosten ([65 % der] Y.-Händler) genannt. Andere Kosten und Risiken (z. B. Marketingkosten, Fahrzeugübergabekosten, Schulungsreisekosten) wurden jeweils von weniger als [5 % der] Y.-Händler [...] genannt.¹⁰⁷ X. habe erwähnt, die Y.-Händler müssten ihre Betriebskosten inskünftig um rund [...] % reduzieren.¹⁰⁸ X. gab hierzu an, dass es dabei um ein von ihr errechnetes durchschnittliches Einsparpotential für Händlerbetriebe gehe, nicht um eine Anforderung im Sinne eines individuellen Sparziels. Darin seien insbesondere auch Kostenersparnisse berücksichtigt, die sich durch Digitalisierungsprozesse und Verlagerungen von Tätigkeiten zu X. ergeben würden.¹⁰⁹

B.2.2.4.2. Provision

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

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

¹⁰⁶ Act. 96, Antworten auf Frage 13.

¹⁰⁷ Act. 96, Antworten auf Frage 13.

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

¹⁰⁹ Act. 98, S. 2; act. 99, S. 8 f.

¹¹⁰ Act. 96, Antworten auf Frage 11.

¹¹¹ Act. 96, Antworten auf Frage 11.

¹¹² Act. 98, S. 2; act. 99, S. 6.

¹¹³ Act. 98, S. 2; act. 99, S. 5.

¹¹⁴ Act. 55, Antwort auf Frage 9.

¹¹⁵ Act. 105, Beilage 3.

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

B.2.2.4.3. Nachschuss am Jahresende

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

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

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

¹¹⁶ Act. 105, S. 6.

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

¹¹⁸ Act. 96, Antworten auf Frage 12.

¹¹⁹ Act. 96, Antworten auf Frage 12.

¹²⁰ Act. 97, Frage 4d.

¹²¹ Act. 105, S. 3 f. und Beilage 1.

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

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

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

B.2.2.4.4. Transparenz

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

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

B.2.2.4.5. Mindestverdienst

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

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

¹²⁴ Act. 98, S. 10.

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

¹²⁶ Act. 96, Antworten auf Frage 11.

¹²⁷ Act. 99, S. 4.

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

¹²⁹ Act. 96, Antworten auf Frage 13.

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

¹³¹ Act. 97, Frage 7a.

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

B.2.2.5 Ausweichmöglichkeiten der Y.-Händler

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

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

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

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

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

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

68. Die Y.-Agenten erfüllen den Tatbestand des Unternehmens in Bezug auf das Anbieten ihrer Vertriebsdienstleistungen gegenüber der X.-Gruppe (Rz 25) sowie in Bezug auf das Erbringen von Serviceleistungen und gegebenenfalls den Vertrieb von Y.-Teilen als Y.-Servicewerkstätten auf eigenes Risiko (Rz 27). Ob die Y.-Agenten auch in Bezug auf die Vertragswaren und -dienstleistungen gemäss Y.-Agenturvertrag als Unternehmen zu behandeln sind, wird im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) analysiert (Rz 77 ff.).¹³⁶

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

¹³³ Act. 96, Antworten auf Frage 24.

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

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

¹³⁶ BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl., 2022, Art. 4 Abs. 1 N 364 ff.; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 24.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG)

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

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

C.3.1.1 Allgemeines

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

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

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

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

¹³⁷ Vgl. BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, *Pfizer*; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321, 325 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246, 252 E. 6.4, *Altimum*.

C.3.1.2 Agentenqualität der Y.-Agenten

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

C.3.1.2.1. Voraussetzungen

78. Im Schweizer Kartellrecht gibt es keine Bestimmungen, welche vorsehen, wie Personen, die im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers handeln, kartellrechtlich zu behandeln sind.¹³⁸ Anders ist dies im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union (nachfolgend: EU). Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (nachfolgend: Agent). Gestützt auf die Erw.-Gr. VI. und VII. der Vertikalbekanntmachung 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.¹³⁹ 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.¹⁴⁰

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

80. Unter bestimmten Umständen kann die Beziehung zwischen einem Agenten und seinem Auftraggeber als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Agent nicht mehr als 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.¹⁴²

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

¹³⁸ RPW 2020/2, 633 Rz 65, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*. Das Schweizer Zivilrecht kennt jedoch im Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220) mit dem Auftrag (Art. 394 ff. OR), insb. dem Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) und der Kommission (Art. 425 ff. OR) Vertragsverhältnisse, die das Handeln im Auftrag einer anderen Person entweder im eigenen oder im Namen des Auftraggebers regeln.

¹³⁹ BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; BVGer, B-3975/2013 vom 30.10.2019 E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*; RPW 2020/2, 633 Rz 65, *AdBlue*; RPW 2013/4, 481 f. Rz 32 ff., *Costa Kreuzfahrten*; RPW 2016/1, 79 Rz 97 f., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2017/4, 701 ff. Rz 45 ff., *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. Vgl. auch HADI MIRZAI/MARQUARD CHRISTEN, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter vom 15.10.2018.

¹⁴⁰ Erw.-Gr. VII. VertBek.

¹⁴¹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 29. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 67, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88, *Marché du livre écrit en français*.

¹⁴² EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 30. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 66, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 87, *Marché du livre écrit en français*; EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 102, *DaimlerChrysler/Kommission*.

¹⁴³ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 31 (Risikoarten; drei Arten finanzieller oder wirtschaftlicher Risiken sind von wesentlicher Bedeutung: [1] 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

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

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

- a) Der Agent erwirbt kein Eigentum an den im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Waren und erbringt die im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selbst.
- b) Der Agent beteiligt sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, die mit der Lieferung/Erbringung oder dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind.
- c) Der Agent hält nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Lagerbestände der Vertragswaren, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst.
- d) Der Agent übernimmt keine Haftung dafür, dass die Kunden ihre Vertragspflichten nicht erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Agenten, sofern dieser nicht für Verschulden haftet.
- e) Der Agent übernimmt gegenüber Kunden oder anderen Dritten keine Haftung für Verluste oder Schäden, die durch die Lieferung bzw. die Erbringung der Vertragswaren oder -dienstleistungen verursacht wurden, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Agenten vor.
- f) Der Agent ist weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.
- g) Der Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.
- h) Der Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind; [3] Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt), 33 (Voraussetzungen).

¹⁴⁴ Praxis der WEKO: RPW 2020/2, 633 Rz 67 f. und Fn 91, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88 und Fn 65, *Marché du livre écrit en français*; RPW 2017/4, 702 f. Rz 50, *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. Praxis des Sekretariats: RPW 2023/2, 277 Rz 11–13, *Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants*; RPW 2013/4, 481 f. Rz 34, *Costa Kreuzfahrten*; Beratung 54-0612, 23.7.2021, S. 4 f., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0444, 19.8.2013, Rz 3 f., *Provisionsweitgabeverbot von Handelsvertretern* (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0438, 26.6.2013, S. 2 f., [...] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0419, 31.8.2012, Rz 4, *Logistikdienstleistungen* (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0331, 10.10.2008, Rz 26 ff., *Kommissionensagenturvertragsentwurf* (nicht veröffentlicht).

¹⁴⁵ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47 (nachfolgend: AEUV).

¹⁴⁶ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33. Vgl. auch Rz 83 f.

83. Wenn dem Agenten eines oder mehrere der genannten Risiken bzw. Kosten entstehen, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 82) und die Vereinbarung zwischen dem Agenten und dem Auftraggeber wird nicht als Agenturvertrag eingestuft, der nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Die Voraussetzungen müssen mithin kumulativ erfüllt sein.¹⁴⁷ Risiken, die mit der Erbringung von Agentenleistungen im Allgemeinen zusammenhängen, beispielsweise die Abhängigkeit des Einkommens des Agenten von seinem Erfolg als Vertreter oder von allgemeinen Investitionen in Geschäftsräume oder Angestellte, die für Tätigkeiten jeder Art eingesetzt werden könnten, sind für die Beurteilung nicht von Bedeutung.¹⁴⁸ Die Frage des Risikos muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung abzustellen ist.¹⁴⁹

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

- *Kein Missbrauch des Agenturkonzepts bei parallelen Tätigkeiten des Vertriebspartners im Agenturmodell und im Händlermodell* (Rz 135 ff.): Sind die Vertriebspartner eines Anbieters für diesen neben ihrer Tätigkeit im Agenturmodell parallel auch als Händler auf eigenes Risiko tätig, kann sich die Gefahr eines Missbrauchs des Agenturkonzepts realisieren.¹⁵⁰ Dies betrifft (1) Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit der Vertriebspartner bei ihrer Tätigkeit im Händlermodell und (2) Fragen im Zusammenhang mit der Kostentragung für Investitionen, die sowohl ihren Tätigkeiten im Agenturmodell als auch ihren Tätigkeiten im Händlermodell zugutekommen.¹⁵¹ In Bezug auf die Entscheidungsfreiheit ist sicherzustellen, dass die Vertriebspartner durch die Verpflichtungen, die ihnen als Agenten auferlegt wurden (z. B. Preisvorgaben), nicht auch beim Verkauf von Produkten als unabhängige Händler beeinflusst oder eingeschränkt werden.¹⁵² In Bezug auf die Kostentragung für Investitionen ist sicherzustellen, dass dem Vertriebspartner sämtliche Investitionen, die sich nur oder auch auf die Vertretungsfunktion im Agenturmodell beziehen, erstattet werden.¹⁵³ Der Anbieter hat insbesondere auch Investitionen zu erstatten, die differenzierte Produkte betreffen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des Agenturvertrages vertrieben werden, aber nicht ausschliesslich mit dem Verkauf solcher differenzierter Produkte zusammenhängen.¹⁵⁴
- *Keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen* (Rz 141 ff.): Gemäss den EU-Vertikalleitlinien entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 82) auch dann, wenn der Auftraggeber zwar alle relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken übernimmt, aber der Agenturvertrag kollusive Verhaltensweisen fördert.¹⁵⁵

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

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

¹⁴⁸ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 32.

¹⁴⁹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 34. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 68, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88 f., *Marché du livre écrit en français*.

¹⁵⁰ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 45.

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

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

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

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

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

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

C.3.1.2.2. Prüfung

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

1. Eigentumserwerb

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

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

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

2. Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung

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

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

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

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

¹⁵⁷ Vgl. auch Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 1.1 Abs. 2: «Der Agent ist nicht berechtigt, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Vertragswaren zu kaufen, zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen oder zu liefern, es sei denn, X. hat dies vorher schriftlich genehmigt». X. gibt an, dass sich eine ausnahmsweise Genehmigung auf den Eigenerwerb bzw. die eigene Nutzung durch den Y.-Agenten und die Möglichkeit beziehe, punktuell anfallende grössere Mengen Occasionsfahrzeuge an Vertriebspartner zum Weiterverkauf im Eigengeschäft zu veräussern (act. 4, S. 4); act. 55, Antwort auf Frage 11.

¹⁵⁸ Rz 82 lit. b; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. b.

¹⁵⁹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. b. Vgl. zu Transportkosten EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 105 f., *DaimlerChrysler/Kommission*.

¹⁶⁰ Vgl. auch act. 1, S. 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

96. Der X.-Händlerverband kritisiert sodann spezifisch mit Bezug auf die mit dem Warenerwerb und der Warenlieferung verbundenen Kosten, dass X. die Kosten der «Pre-Delivery Inspection» einschliesslich der Aufbereitung der Y.-Fahrzeuge nur nach pauschalen Arbeitswerten erstatte, nicht nach den tatsächlich entstandenen Kosten. Es sei davon auszugehen, dass sich Y.-Agenten an den Kosten für die Warenlieferung beteiligen müssten.¹⁶⁴ Bei der erwähnten «Pre-Delivery Inspection» handelt es sich gemäss Y.-Agenturvertrag um eine durch die Provision abgegoltene Leistung, nicht um eine mittels pauschaler Einmalzahlung erstattete Leistung.¹⁶⁵ Allerdings trifft es zu, dass für diese Leistung – wie auch für andere durch die Provision abgegoltene Leistungen – ein Maximalbetrag, mithin ein maximal anrechenbarer Betrag, definiert wird.¹⁶⁶ Gemäss X. handelt es sich bei solchen Maximalbeträgen um Beträge, die nach Expertenschätzung betreffend den branchenüblichen Aufwand unter Berücksichtigung anfallender Kosten als erforderlich und angemessen zu erachten sind. Bis zu den definierten Maximalbeträgen werde X. die Kosten ohne vertiefte Prüfung ersetzen. Y.-Agenten hätten jedoch die Möglichkeit, auch darüberliegende Beträge geltend zu machen und zu begründen, woraufhin X. diese prüfen werde. X. erstatte grundsätzlich die tatsächlich angefallenen berechtigten Kosten.¹⁶⁷ Auf Nachfragen des Sekretariats hin hat X. den Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 2 sodann wie folgt ergänzt: «X. wird die im Vertrag und in den einschlägigen Guidelines festgelegten Marktspezifische[n] Investitionen ([...] und Höchstbeträge) regelmässig überprüfen und erforderlichenfalls ändern». Das Sekretariat begrüsst diese Klarstellung, gelangt jedoch zum Schluss, dass die gegenwärtig verwendeten Formulierungen betreffend Maximal- bzw. Höchstbeträge (z. B. «Für die Einlagerung von Y. Neuwagen und Y. Gebrauchtwagen [...] gilt ein Maximalbetrag von CHF [...] bzw. [...] pro Fahrzeug und Tag als marktspezifische Kosten im Sinne von Artikel 3.4 der Anlage 5 [Vergütung]») im Geschäftsalltag zu Missverständnissen Anlass geben können. Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf sämtliche Vertragsstellen, die solche Maximal- bzw. Höchstbeträge vorsehen, die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass sämtliche Stellen, welche die anrechenbaren wesentlichen vertrags- oder marktspezifischen Kosten mittels eines Maximal- bzw. Höchstbetrags konkretisieren, durch den Zusatz «vorbehältlich höherer tatsächlicher gerechtfertigter Kosten» ergänzt werden.

97. Wenn X. die Anregungen des Sekretariats umsetzt, ist die Regelung der Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung mit den Vorgaben der echten Agentur

¹⁶⁴ Act. 55, Antwort auf Frage 11.

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

¹⁶⁶ Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 1, Anlage 12 Ziff. 2.2 ([...]; vgl. Y.-Agenturvertrag [Fn 1], Definition «[...]» und Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 3).

¹⁶⁷ Act. 6, S. 3 f.

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

3. Lagerkosten und -risiken

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

99. Beim Vertrieb im Agenturmodell finanziert X. die Lagerbestände.¹⁷⁰ [...] ¹⁷¹ Die Y.-Agenten lagern Y.-Fahrzeuge im Hinblick auf die Übergabe an Endkundinnen und Endkunden (d. h. in der Zeit zwischen der Anlieferung und der Übergabe an die Endkundinnen oder Endkunden) und zudem für eine von X. bestimmte Zeit Vorführ- und Ausstellungsfahrzeuge.¹⁷² Laufende Kosten für die von X. geforderte Lagerung der Vertragswaren in den Räumlichkeiten des Y.-Agenten und die Betriebskosten für Vorführ- und Demonstrationsfahrzeuge gelten als durch die Provision abgegolten.¹⁷³ Zudem sieht der Y.-Agenturvertrag in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 einen Nachschuss vor, den X. an den Y.-Agenten zu bezahlen hat für den Fall, dass die Provision die Kosten nicht deckt und der Y.-Agent nachweist, dass «der tatsächliche jährliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und den von Y. festgelegten Anforderungen entsprachen». Schliesslich sieht der Y.-Agenturvertrag eine Erstattungsmöglichkeit für den Fall vor, dass bei Beendigung des Y.-Agenturvertrages nicht alle marktspezifischen Investitionen vergütet wurden oder vollständig abgeschrieben sind (Rz 125).¹⁷⁴

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

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

4. Haftung für Vertragserfüllung durch Kunden

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

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

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

¹⁷⁰ Act. 1, S. 19.

¹⁷¹ Act. 1, S. 8.

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

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

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

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

¹⁷⁶ Zu einer Vertragsbestimmung, wonach der Y.-Agent bei Vertragsbeendigung «sämtliches Eigentum von X., einschliesslich der Vertragswaren, Vorführfahrzeuge und Ausstellungsfahrzeuge, an X. zurückzugeben [habe]» (Y.-Agenturvertrag [Fn 1], Ziff. 12.3 Abs. 1), führte X. in Bezug auf die Kostentragung aus, dass die Abholung dieser Fahrzeuge gemäss Anlage 11 Ziff. 3.5 Y.-Agenturvertrag

Verschulden haftet.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸

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

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

5. Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden

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

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

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

6. Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen

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

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

(Fn 1) auf Kosten von X. erfolge, was auch für andere Vertragswaren so gehandhabt werde (vgl. act. 3, S. 5; act. 4, S. 14).

¹⁷⁷ Rz 82 lit. d; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 33 lit. d.

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

¹⁷⁹ Der Y.-Agenturvertrag sieht an verschiedenen Stellen Vergütungen der Y.-Agenten in Bezug auf Verluste oder Schäden der Vertragsware vor; vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.6, Anlage 12 Ziff. 2.2.

¹⁸⁰ Act. 5, S. 3 f.; act. 6, S. 6.

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

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

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

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

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

7. Marktspezifische Investitionen

a) Geltende Regelung

113. Ein echter Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, beispielsweise in einen Kraftstofftank beim Kraftstoffeinzelnhandel, spezielle Software für den Verkauf von Policen bei Versicherungsvermittlern oder Werbung für Strecken oder Zielorte bei Reisebüros, die Flüge oder Hotelunterkünfte verkaufen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.¹⁸⁸

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

¹⁸² [Richtlinie].

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

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

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

¹⁸⁶ Act. 55, Antwort auf Frage 11.

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

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

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

b) Vergütung marktspezifischer Investitionen gemäss vorgesehenem Vergütungssystem

115. Gemäss der Präambel des Y.-Agenturvertrags beruht das von X. vorgesehene Vergütungssystem auf folgenden Grundgedanken: «Der Agent trägt keine wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf den Vertrieb der Vertragsware und auch nicht in Bezug auf andere Aktivitäten auf demselben Produktmarkt, soweit X. den Agenten zur Übernahme solcher Aktivitäten verpflichtet oder die vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf solche Aktivitäten nicht eindeutig von den vertrags- und marktspezifischen Risiken in Bezug auf die Vertragsware nach diesem Vertrag abgrenzbar sind. Soweit beim Agenten wesentliche vertrags- und marktspezifische Kosten und Investitionen anfallen, werden diese von X. erstattet».¹⁹⁰

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

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

¹⁹⁰ Act. 5, S. 3 f.; act. 6, S. 6.

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

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

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

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

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

c) Provisionsregelung betreffend bauliche Massnahmen und Ladeinfrastruktur

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁵ Act. 4, S. 10.

¹⁹⁶ Act. 6, S. 2.

¹⁹⁷ Act. 3, S. 4; act. 4, S. 11.

¹⁹⁸ Act. 4, S. 11.

¹⁹⁹ Act. 5, S. 2; act. 6, S. 2.

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

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

123. Die vorstehenden Ausführungen von X. zur Funktionsweise des Vergütungssystems in diesem Zusammenhang sind nachvollziehbar. Allerdings vermögen sie die gegenwärtige Kann-Formulierung in Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 Y.-Agenturvertrag nicht zu erklären. Wurden von einem Y.-Händler vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrags erforderliche marktspezifische Investitionen getätigt und sind diese noch nicht abgeschlossen, müssen sie angerechnet werden (Rz 114). Das Sekretariat hat deshalb in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen die nachstehende Anregung formuliert, die X. akzeptiert hat: X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages durch die Y.-Händler getätigte Investitionen, die gemäss Y.-Agenturvertrag erforderlich sind und deren Wert noch nicht abgeschlossen ist, gilt, dass X. diese bei der Erstattung der marktspezifischen Investitionen «berücksichtigt» anstatt «berücksichtigen kann».

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

²⁰⁰ Act. 4, S. 11.

²⁰¹ Act. 5, S. 2; act. 6, S. 2.

²⁰² Act. 4, S. 11.

²⁰³ Act. 96, Antworten auf Frage 14.

²⁰⁴ Act. 3, S. 4; act. 4, S. 11.

²⁰⁵ Act. 4, S. 11.

²⁰⁶ Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

Agenturvertrag dahingehend an, dass der Ausdruck «etwas anderes» durch «ein kürzerer Zeitraum» ersetzt wird.²⁰⁷

e) Bei Vertragsende nicht abgegoltene marktspezifische Investitionen

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

f) Schulungen

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

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

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

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

²⁰⁷ Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

²⁰⁸ Act. 5, S. 2; act. 6, S. 3.

²⁰⁹ Vgl. act. 4, S. 6–8.

²¹⁰ Act. 3, S. 3; act. 4, S. 8.

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

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

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

²¹⁴ Act. 3, S. 7; act. 4, S. 16.

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

h) Kritik im Rahmen der Marktbefragung

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

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

i) Fazit in Bezug auf marktspezifische Investitionen

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

8. Andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt

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

²¹⁵ Act. 9, S. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹⁷ Rz 84; EU-Vertikalleitlinien (Fn 27), Rz 36–39, 45.

²¹⁸ Betreffend Y.-Teile würden nur geringe Überschneidungen betreffend [...] bestehen (und dies nur im Zeitpunkt des Fahrzeugverkaufs; vgl. Fn 3).

²¹⁹ Act. 3, S. 2.

²²⁰ Act. 4, S. 3.

²²¹ Act. 4, S. 3.

²²² Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Anlage 11 Ziff. 3.1 Abs. 4: «Der Agent wird ausgewählte Y. Original Teile und ausgewähltes Zubehör, die zusammen mit einem Y. Neuwagen oder Y. Gebrauchtfahrzeug verkauft werden, getrennt und deutlich erkennbar von anderen Teilen oder Zubehörteilen, die nicht Eigentum von X. sind, sicher aufbewahren».

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

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

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

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

10. Keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen

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

142. Gemäss Ziff. 2 Y.-Agenturvertrag sind Y.-Agenten berechtigt, Produkte anderer Marken anzubieten. Damit ist es möglich, dass die Y.-Agenten für mehrere Auftraggeber als Agenten tätig sein werden. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Y.-Agenturvertrag kollusive Verhaltensweisen fördern könnte. Der Y.-Agenturvertrag sieht zahlreiche Einsichtsrechte zugunsten von X.²²⁶ und Informationspflichten zulasten der Y.-Agenten²²⁷ vor. Nach Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3

²²³ Act. 3, S. 20; act. 4, S. 6.

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

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

²²⁶ Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 6.3.1 (Einsicht in «die relevanten Finanz- oder Unternehmensunterlagen, die Höhe des Eigen- und Fremdkapitals, die Unternehmensstruktur sowie etwaige gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen über Gewinn- und Verlustverteilung oder ähnliche Vereinbarungen» des Agenten), Ziff. 9.4.1 («Auf Verlangen von X. wird der Agent X. nach Vereinbarung eines entsprechenden Termins Gelegenheit geben, die entsprechenden Informationen und Unterlagen einschliesslich – aber nicht beschränkt auf – alle relevanten IT-Systeme und Buchhaltungsunterlagen in den Geschäftsräumen des Agenten einzusehen»), Ziff. 9.5 («Der Agent ermächtigt X. oder einen von X. beauftragten Dritten, der zur Vertraulichkeit gemäss Artikel 10 dieses Vertrages verpflichtet wurde, jederzeit während der üblichen Geschäftszeiten die Geschäftsräume des Agenten zu betreten, um eine Prüfung seines Geschäftsbetriebs und der Einhaltung der Verpflichtungen des Agenten aus diesem Vertrag, einschliesslich der Compliance-Klausel in Artikel 13.5 dieses Vertrages, durchzuführen»).

²²⁷ Vgl. Y.-Agenturvertrag (Fn 1), Ziff. 9.3 Abs. 3 («Der Agent wird X. jährlich seinen testierten Jahresabschluss (einschliesslich Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung) unverzüglich nach Testierung durch seine Wirtschaftsprüfer zur Prüfung vorlegen»).

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

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

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

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

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

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

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

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

²²⁸ Act. 3, S. 2.

²²⁹ Act. 4, S. 5.

²³⁰ Act. 4, S. 5.

²³¹ Act. 4, S. 5.

²³² Act. 4, S. 5.

²³³ Act. 4, S. 5.

²³⁴ Act. 5, S. 3; act. 6, S. 5.

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

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

C.3.1.3 Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

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

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

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

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

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

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

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

²³⁶ Der Y.-Agent kann nach eigenem Ermessen und auf eigene Kosten dem Kunden oder einem Dritten ein Geschenk gemäss der unternehmensinternen [Richtlinie] zur Verfügung stellen oder übergeben, sofern der Gesamtwert des Geschenks [...] % des Verkaufspreises nicht überschreitet (Y.-Agenturvertrag [Fn 1], Ziff. 3.5.1 Abs. 4).

Wettbewerb beseitigt wäre.²³⁷ Diese Vermutung könnte widerlegt werden,²³⁸ wovon angesichts des Vorhandenseins konkurrierender Anbieter von Neufahrzeugen, Gebrauchtfahrzeugen und Teilen²³⁹ auch vorliegend auszugehen wäre.²⁴⁰ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG.²⁴¹ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen.²⁴² Es hat festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind.²⁴³ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.²⁴⁴ Vorliegend sind keine Hinweise auf einen Bagatellfall ersichtlich. Somit würde die vorliegende vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG den Wettbewerb mutmasslich erheblich beschränken. Sie wäre vorbehaltlich der Rechtfertigung unzulässig.

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

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

C.3.3 Fazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede

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

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

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

²³⁹ Während bei Ersatzteilen eine markenspezifische Marktabgrenzung denkbar ist (vgl. RPW 2019/2, 275 f. Rz 201 ff., *AMAG Vertriebsnetz*), hat die Marktbefragung ergeben, dass dies in Bezug auf die [...] vorliegend relevanten Y.-Teile – [...] (Fn 3) – grundsätzlich nicht der Fall ist. In Bezug auf [...] wäre jedoch insbesondere noch zu prüfen, ob Garantiebestimmungen bestehen, die ein an sich mögliches Ausweichen auf Konkurrenzprodukte unwirtschaftlich machen (vgl. Act. 96, Antworten auf Frage 19).

²⁴⁰ Act. 1, S. 13 f.

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

²⁴² Zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist.

²⁴³ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f., *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

²⁴⁴ BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altimum*; BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.1 f., *autoweibel ag/WEKO*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

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

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

C.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG)

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

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

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

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

D Ergebnis

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

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

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

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

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

E Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

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

1. *Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3; Rz 94): X. lässt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agent eine nach bestem Wissen und Gewissen der Organe und Angestellten der Gesellschaften der X.-Gruppe möglichst vollständige und leicht verständliche Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten in ausdrückbarer Form zukommen und unterrichtet die Y.-Agenten stets im Voraus schriftlich und begründet über Anpassungen der Liste.
2. *Marktspezifische Investitionen, die auch nicht vom Y.-Agenturvertrag erfassten Leistungen zugutekommen* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Präambel; Rz 128): X. teilt den Y.-Agenten in der Schweiz spätestens zwei Monate vor Einführung des Agentursystems und nach erfolgter Einführung des Agentursystems jeweils mit der Zustellung der Vertragsunterlagen sowie in jedem Fall spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit als Y.-Agenten schriftlich (z. B. mittels Brief, E-Mail oder internem Kommunikationssystem) und leicht verständlich mit, dass X. sämtliche wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten, die nicht klar vom Vertragsgegenstand des Y.-Agenturvertrags abgrenzbar sind, auch dann vollständig trägt, wenn die entsprechenden Kosten nicht nur den Vertragswaren und -

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

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

3. Redaktionelle Anpassungen des Y.-Agenturvertrags

- a. *Periodizität der Nachschusszahlungen bei unzureichender Provision* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4; Rz 95): X. ergänzt Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 4 Y.-Agenturvertrag durch folgende Sätze und passt alle relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) entsprechend an: «Sofern der Agent für einen Zeitraum im ersten Halbjahr eines Kalenderjahres den Nachweis erbringt, dass der tatsächliche deckungsfähige Anteil der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und die laufenden Kosten, die der Agent in diesem Zeitraum aufgewendet hat, gerechtfertigt waren und es sich beim ungedeckten Betrag nicht um einen Betrag unterhalb von 3 % des jährlichen deckungsfähigen Anteils der vertrags- und marktspezifischen Investitionen und der jährlichen laufenden Kosten handelt, kann der Agent verlangen, dass bereits per 30. Juni dieses Kalenderjahres provisorisch abgerechnet und der entsprechende Betrag unter Vorbehalt der finalen Jahresabrechnung zeitnah ausbezahlt wird. Der entsprechende Betrag wird sodann in die ordentliche Jahresabrechnung eingerechnet.».
- b. *Maximalbeträge betreffend anrechenbare Kosten im Kontext der Provision* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 2; Rz 96): X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass sämtliche Stellen, welche die anrechenbaren wesentlichen vertrags- oder marktspezifischen Kosten mittels eines Maximal- bzw. Höchstbetrags konkretisieren, durch den Zusatz «vorbehältlich höherer tatsächlicher gerechtfertigter Kosten» ergänzt werden.
- c. *Vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen der Y.-Agenten* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6; Rz 123): X. passt den Y.-Agenturvertrag einschliesslich aller relevanten Vertragsbestandteile (z. B. Anlagen; Leitlinien) dahingehend an, dass in Bezug auf vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages durch die Y.-Händler getätigte Investitionen, die gemäss Y.-Agenturvertrag erforderlich sind und deren Wert noch nicht abgeschrieben ist, gilt, dass X. diese bei der Erstattung der marktspezifischen Investitionen «berücksichtigt» anstatt «berücksichtigen kann».
- d. *Vor Inkrafttreten des Y.-Agenturvertrages getätigte marktspezifische Investitionen der Y.-Agenten* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6; Rz 124): X. passt Anlage 5 Ziff. 3.4 Abs. 6 Y.-Agenturvertrag dahingehend an, dass der Ausdruck «etwas anderes» durch «ein kürzerer Zeitraum» ersetzt wird.
- e. *Förderung kollusiven Verhaltens* (vgl. Y.-Agenturvertrag, Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3 Abs. 2; Rz 144): X. passt Ziff. 9.1 Abs. 2 und 9.3 Abs. 2 Y.-Agenturvertrag dahingehend an, dass die darin enthaltenen Sätze jeweils um den Zusatz «und darf insbesondere keine wettbewerbssensiblen Informationen über Konkurrenten der X.-Gruppe zugänglich machen» ergänzt werden.

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

F Kosten

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

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

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

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

- [...] Stunden zu 290 Franken, ergebend [...] Franken;
- [...] Stunden zu 200 Franken, ergebend [...] Franken;
- [...] Stunden zu 130 Franken, ergebend [...] Franken;

insgesamt ergebend [...] Franken.

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

- [...] Stunden zu 290 Franken, ergebend [...] Franken;
- [...] Stunden zu 200 Franken, ergebend [...] Franken;
- [...] Stunden zu 130 Franken, ergebend [...] Franken;

insgesamt ergebend [...] Franken.

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

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

G Schlussfolgerungen

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

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

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

2. verzichtet darauf, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen, sofern X. die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;
3. erhebt Verfahrenskosten von [...] Franken;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.