Gutachten

Agentursysteme im KFZ-Bereich: Kartellrechtliche Grenzen in der Schweiz und der EU

IMPRESSUM

Datum:

20. März 2023

Auftraggeber:

Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS)
Wölflistrasse 5
3006 Bern

Auftragnehmer / Autoren:

Recht CH:

Prof. em. Roger Zäch,
Universität Zürich

Dr. Felix Schraner und Dominic Schopf
IXAR Legal AG

Recht EU / D:

RA Uwe Brossette,
Osborne Clarke / Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen/Geislingen

Hinweis:

Dieses Gutachten wurde im Auftrag des Auto Gewerbe Verband Schweiz verfasst.

Für den Inhalt sind allein die Auftragnehmer verantwortlich.

Inhaltsverzeichnis

1 Management Summary 5
1.1 Unzulässige Wettbewerbsabreden im KFZ-Bereich 5
1.2 Markmachtmissbrauch im KFZ-Bereich 5
1.3 Agenturverträge: Echter vs. unechter Agent 6
1.4 Kartellrecht und Agenturverträge 6
1.5 Unechter Agent: Risiko Wettbewerbsabreden 7
1.6 Echter und unechter Agent: Risiko Marktmachtmissbrauch 7
1.7 Empfehlungen Schweizer KFZ-Händler 8
2 Agenturmodell in der Praxis 9
2.1 Vertragliche Ausgestaltungsmöglichkeiten 9
2.2 Vorteile und Nachteile 9
3 EU: Kartellrechtliche Anforderungen an Agenturverträge 11
3.1 Grundlagen des EU-Kartellrecht 11
3.2 Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: Wettbewerbsbeschränkungen 12
3.3 Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: Unternehmen 13
3.4 Einordnungskriterien für die echte Agentur 15
3.5 Risikofreistellungsmethoden für die echte Agentur 19
3.6 Besonderheit bei Umstellung eines Händlervertragssystems auf eine echte Agentur 20
3.7 Gestaltungsmöglichkeiten in unechten Agenturmodellen 21
3.7.1 Gestaltungsmöglichkeiten im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO 21
3.7.2 Weitere kartellrechtliche Grenzen bei der Ausgestaltung der unechten Agentur 24
3.7.2.1 Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern 24
3.7.2.2 Unternehmensbedingte Abhängigkeit der Agenten 26
4 EU: Zivilrechtliche Grenzen der Agentur am Beispiel des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB) 27
4.1 Unterstützungspflicht des Herstellers, § 86a HGB 27
4.2 Anforderungen an die Provisionshöhe, § 87b HGB 28
5 Schweiz: Auswirkungen Agenturmodell 30
5.1 Konvergenz von Schweizer und EU-Kartellrecht bei vertikalen Abreden 30
5.2 Verstärkte Regulierung und Durchsetzung des Schweizer Automobilmarkts 31
5.3 Schweizer Kartellrecht – Geltung und Anwendbarkeit 31
5.4 Abreden im Automobilsektor nach Schweizer Recht 32
5.4.1 Grundsatz: Abrede zwischen zwei *wirtschaftlich* selbstständigen Unternehmen 32
5.4.2 Kartellrechtliche Grenzen 33
5.4.2.1 Kartellrechtliche Grenzen bei der echten Agentur 33
5.4.2.2 Kartellrechtliche Grenzen bei der unechten Agentur 33
5.4.2.2.1 Allgemeine kartellrechtliche Grenzen 33
5.4.2.2.2 Grenzen mit Bezug auf die Preisbindung zweiter Hand 35
5.4.2.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 39
5.5 Marktmachtmissbrauch 40
5.5.1 Marktmachtmissbrauch und seine Relevanz im Automobilvertrieb 40
5.5.2 Marktbeherrschung der Automobilhersteller nach Art. 4 Abs. 2 KG 41
5.5.2.1 Begriff der Marktbeherrschung 41
5.5.2.2 Vertreib von Neuwagen – Sales 42
5.5.2.2.1 Sachlich relevanter Markt 42
5.5.2.2.2 Räumlich relevanter Markt 42
5.5.2.3 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales 43
5.5.2.3.1 Sachlich relevanter Markt 43
5.5.2.3.2 Räumlich relevanter Markt 45
5.5.2.4 Fazit zu den relevanten Märkten 45
5.5.2.5 Marktstellung der Hersteller 45
5.5.2.5.1 Marktstellung Sales 45
5.5.2.5.2 Marktstellung After-Sales 45
5.5.3 Relative Marktmacht 46
5.5.3.1 Vorbemerkung 46

5.5.3.2 Begriff der relativen Marktmacht ... 46
5.5.3.3 Ausweichmöglichkeiten ... 46
5.5.3.4 Zumutbarkeit ... 47
5.5.3.5 Keine selbstverschuldete Abhängigkeit ... 47
5.5.4 Relative Marktmacht in der Autobranche ... 47
5.5.4.1 Ausgangslage ... 47
5.5.4.2 Ausweichmöglichkeiten von Vertriebspartnern ... 48
5.5.4.2.1 Vertrieb von Neuwagen – Sales ... 48
5.5.4.2.2 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales ... 49
5.5.4.3 Zumutbarkeit des Ausweichens auf andere Marken ... 49
5.5.4.3.1 Vertrieb von Neuwagen – Sales ... 49
5.5.4.3.2 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales ... 50
5.5.5 Kartellrechtliche Grenzen ... 50
5.5.5.1 Grundsätzliches ... 50
5.5.5.2 Einzelfragen ... 51
5.5.5.2.1 Vorbemerkung: Relevanz der Unterscheidung in echte und unechte Agentur ... 51
5.5.5.2.2 Umstellung von Vertragshändler- zu Agenturmodell ... 51
5.5.5.2.3 Provision ... 54
5.5.5.2.4 Doppelfunktion als Vertragshändler- und Agent bzw. gemischter Vertrieb der Modellpalette ... 55
5.5.5.2.5 Einschränkung Occasionsgeschäft durch Hersteller ... 57
5.5.5.2.6 Einschränkung Leasinggeschäft durch Hersteller ... 58
5.5.5.2.7 Herabsetzung Standards ... 59
5.6 Handelsrechtliche Aspekte nach schweizerischem Obligationenrecht ... 60
5.6.1 Anwendbares Recht ... 60
5.6.2 Pflichten der Hersteller gemäss Agenturvertragsrecht ... 60
5.6.3 Provisionshöhe nach Agenturvertragsrecht ... 61
6 Orientierungshilfe für KFZ-Vertriebspartner ... 63
6.1 Einstufung echte vs. unechte Agentur ... 63
6.2 Kartellrechtliche Konsequenzen echte vs. unechte Agentur ... 63
6.3 Risikoverteilung echte vs. unechte Agentur ... 64
6.4 Vertragsklauseln echte vs. unechte Agentur ... 65
6.5 Risiko Wettbewerbsabrede für unechte Agenten ... 66
6.6 Risiko Marktmachtmissbrauch für echte und unechte Agenten ... 66

1 Management Summary

In der EU stellen immer mehr Hersteller und Importeure ihre Vertriebssysteme von Händlerverträgen auf so genannte „Agenturverträge“ um. Diese Entwicklung dürfte auch in der Schweizer KFZ Branche Einzug halten. Für Händler ist diese Umstellung mit wirtschaftlichen Risiken aber auch Chancen verbunden. Aus rechtlicher Sicht bietet das Kartellgesetz den Rahmen, innerhalb dessen die neuen „Agenturverträge“ ausgestaltet werden müssen. Aus gesetzgeberischer als auch aus behördlicher Sicht ist zudem ein weitgehender Gleichlauf des Schweizer und europäischen Kartellrechts und insbesondere eine gleiche Behandlung im Automobilsektor zu beobachten.

1.1 Unzulässige Wettbewerbsabreden im KFZ-Bereich

Nach Art. 5 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Die Beseitigung des Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (vertikale Abreden)

- über Mindest- oder Festpreise sowie
- bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. harte Kartellabreden Art. 5 Abs. 4 KG).

1.2 Markmachtmissbrauch im KFZ-Bereich

Die zweite Säule des Kartellrechts bildet die Missbrauchskontrolle aus Art. 7 KG: „Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs benachteiligen oder die Marktgegenseite benachteiligen.“ Die Marktstellung der Hersteller bzw. Importeure zeigt in der Schweiz aktuell folgendes Bild:

- Marktstellung Hersteller/Importeure im Bereich Sales: Die Analyse der Marktstellung ist für jedes Marktsegment und jeden Hersteller/Importeur individuell vorzunehmen. Die Weko stellte in einer Untersuchung zum Neuwagen-Vertrieb in der Schweiz fest, dass die Amag-Marken einen Marktanteil von 37 % im Segment der unteren Mittelklasse und ca. 35 % im Segment der oberen Mittelklasse aufweisen. Aufgrund des intensiven Wettbewerbs in sämtlichen Marktsegmenten des Neuwagenvertriebs verneinte die Weko allerdings trotz starker Marktstellung eine marktbeherrschende Stellung der Amag.
- Marktstellung Hersteller/Importeure im Bereich After-Sales: Konsequenz der markenspezifischen Abgrenzung des After-Sales Marktes, bei dem definitionsgemäss davon ausgegangen

wird, dass jede Marke einen weitgehend eigenen Markt für den Vertrieb gewisser Service- und Wartungsdienstleistungen bildet, ist, dass die Unternehmen auf dem Markt für Service- und Wartungsdienstleistungen einer bestimmten Marke hierfür einzig dem entsprechenden Markenunternehmen gegenüberstehen. Für benötigte Originalersatzteile oder Diagnosegeräte jedenfalls haben die Händler keine Ausweichmöglichkeiten.

Im Kontext des Automobilvertriebs steht der Ausbeutungsmissbrauch im Vordergrund – die Autohändler sind Marktgegenseite der Autohersteller/Importeure, die unter Umständen marktbeherrschend bzw. relativ marktmächtig sind.

- Insbesondere die Umstellung von einem selektiven Vertriebssystem auf ein Agentensystem ist im Lichte des Ausbeutungsmissbrauchs zu analysieren, werden doch Rechte und Pflichten der Autohändler neu festgelegt bzw. Risiken neu verteilt.

- Gleichzeitig planen einige Hersteller/Importeure im Zuge der Umstellung ihre Fahrzeuge dual zu vertreiben; in dieser Konstellation können sich Autohändler und Hersteller als Konkurrenten gegenüberstehen, womit auch Fälle von Behinderungsmissbräuchen relevant werden könnten.

- Des weiteren sollen in den Agenturverträge weitere Einschränkungen gegenüber dem Händler (z.B. hinsichtlich Occasionsgeschäft, Leasinggeschäft, Standards) vorgenommen werden. Diese Verhaltensweisen seitens der Hersteller sind kartellrechtlich relevant und zu prüfen.

1.3 Agenturverträge: Echter vs. unechter Agent

Notwendige Voraussetzung für ein echtes Agentursystem ist, dass der echte Agent keine der nachfolgenden Risiken trägt oder dies jedenfalls nur in unerheblichem Umfang zutrifft:

- vertragsspezifische Risiken
- marktspezifische Investitionsrisiken
- Risiken in Verbindung mit anderen verlangten Tätigkeiten

Trägt der Händler keine der erwähnten Risiken oder nur ganz unbedeutende ist er folglich ein echter Agent. Überträgt der Agenturvertrag dem Händler erwähnte Risiken oder einen bedeutenden Teil davon (namentlich solche, die mit der Vermittlung der Verträge für den Hersteller/Importeur zusammenhängen), ist der Händler als unechter Agent einzuordnen.

1.4 Kartellrecht und Agenturverträge

Trägt der Händler keine oder nur ganz unbedeutende Risiken ist er kein Unternehmer im Sinne des Kartellrechts (echter Agent). Überträgt der Agenturvertrag dem Händler Risiken, die mit der Vermittlung der Verträge für den Hersteller/Importeur zusammenhängen, ist er Unternehmer im Sinne des

Kartellrechts (unechter Agent). Damit ergeben sich Konsequenzen in Bezug auf die Anwendung des Kartellgesetzes bei Agenturverträgen:

- Echter Agent: Bei Vorliegen einer *echten Agentur* ist nicht von zwei wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts auszugehen. Folglich kommt eine Kartellabrede nicht mehr in Betracht und aus Art. 5 KG ergeben sich keine kartellrechtlichen Grenzen – die Anwendbarkeit von Art. 7 KG bleibt davon unberührt.

- Unechter Agent: Bei Vorliegen der *unechten Agentur* stehen sich Hersteller/Importeur und Vertriebspartner als zwei wirtschaftlich selbstständige Unternehmen im Sinne des Kartellrechts gegenüber und der Händlervertrag ist eine Vereinbarung. Wird im Händlervertrag weiter (i) die Möglichkeit einer Vertragspartei eingeschränkt, sein Marktverhalten bzw. wirtschaftliche Entscheidungen selbstständig festzulegen und (ii) bewirkt oder bezweckt dies (iii) eine Wettbewerbsbeschränkung, ist Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt und der Vertrag ist auf eine unzulässige Kartellabrede gem. Art. 5 KG zu untersuchen.

Formell hat die Unterscheidung eines Vertriebspartners als echter oder unechter Agent keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit von Art. 7 KG – dies im Gegensatz zum Abredetatbestand (Art. 5 KG), der bei Vorliegen eines echten Agenten nicht anwendbar ist.

1.5 Unechter Agent: Risiko Wettbewerbsabreden

Da nur beim unechten Agenten – im Gegensatz zum echten Agenten - Art. 5 KG Anwendung findet, müssen grundsätzlich die kartellrechtlichen Vorgaben (Gesetz sowie Bekanntmachungen) berücksichtigt werden, sowohl vom Hersteller/Importeur als auch vom unechten Agenten. Der Verstoss gegen Art. 5 KG wird mit Sanktionen bedroht. Konkret bergen insbesondere folgende Abreden bei unechten Agenturverträgen kartellrechtliche Risiken:

- Preisbindung gegenüber dem unechten Agenten

- Provisionsgestaltung gegenüber dem unechten Agenten

1.6 Echter und unechter Agent: Risiko Marktmachtmissbrauch

Die Unterscheidung eines Vertriebspartners als echter oder unechter Agent hat keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit von Art. 7 KG und die sich daraus ergebenden kartellrechtlichen Grenzen. Die Vorgaben gemäss Art. 7 KG betreffen in erster Linie Verhaltensweisen des Herstellers/Importeurs gegenüber dem Agenten (echt/unecht). Ein Verstoss gegen Art. 7 KG führt zu Sanktionen gegenüber dem Hersteller/Importeur. Konkret bergen insbesondere die Nichtbeachtung folgender Grenzen bei Agenturverträgen Risiken hinsichtlich Markmachtmissbrauch:

- Kartellrechtliche Grenzen bei der Umstellung auf des Agenturmodell

- Kartellrechtliche Grenzen für einen gemischten Vertrieb
- Kartellrechtliche Grenzen bei der Einschränkung des Occasionsgeschäfts
- Kartellrechtliche Grenzen für die Einschränkungen des Leasinggeschäfts
- Kartellrechtliche Grenzen für die Herabsetzung von Standards

1.7 Empfehlungen Schweizer KFZ-Händler

Für die Schweizer Kfz-Vertriebspartner von Herstellern/Importeuren wird es im Zusammenhang mit möglichen Vertragsverhandlungen zu neuen Händlerverträgen unumgänglich sein, die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen zu kennen, um ihre Interessen bestmöglich durchsetzen zu können.

Das vorliegende Gutachten soll daher einerseits den AGVS-Mitgliedern eine praktische Orientierungshilfe bieten und andererseits den Ansprüchen eines wissenschaftlichen Gutachtens genügen. Es ist daher als Branchengutachten zu verstehen, das eine gewisse Allgemeingültigkeit beibehalten muss. Dies bedeutet:

- Das Gutachtens kann nicht abschliessend festlegen, was Hersteller/Importeure genau dürfen und was nicht.
- Das Gutachten zeigt aber die Grenzen bzw. den Handlungsspielraum auf, innerhalb welcher die Hersteller/Importeure sich bewegen dürfen.
- Ob ein konkretes Verhalten/eine Vertragsklausel zulässig oder unzulässig ist, ist im Einzelfall zu beurteilen.

Zur praktischen Einschätzung der rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen bei der Einführung von Agentur-Modellen im KFZ-Vertrieb enthält Kapitel 6 zum Schluss eine Orientierungshilfe für KFZ-Vertragshändler. Diese fasst die wichtigsten Punkte zusammen und zeigt mögliche Risiken praktisch auf.

2 Agenturmodell in der Praxis

Im Neuwagenvertrieb stellen immer mehr Hersteller und Importeure ihre Vertriebssysteme von Händlerverträgen auf so genannte „Agenturverträge“ um. Die massgeblichen Treiber hierfür sind einerseits angenommene Einsparpotentiale bei den Vertriebskosten und andererseits mutmassliche Vorteile bei der Preisführung, der Steuerung der Absatzkanäle und der Lenkung der Kundengruppen.

2.1 Vertragliche Ausgestaltungsmöglichkeiten

Die vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig. In der Praxis zeigen sich bisher im Wesentlichen zwei Ausprägungen solcher Agenturmodelle, und zwar (1) in Form von Handelsvertretersystemen und (2) als Kommissionsagentursysteme. Beide Modelle haben gemeinsam, dass die Agenten sowohl auf Grundlage eines Handelsvertretervertrages als auch eines Kommissionsagentenvertrages Kaufverträge mit den Kunden **auf fremde Rechnung** (nämlich des Herstellers) schliessen. Während der Handelsvertreter dies auch **im fremden Namen**, d. h. im Namen des Herstellers tut, schliesst der Kommissionsagent die Kaufverträge **im eigenen Namen** ab.

Agenturverträge in der Praxis

Agenturverträge sind aktuell im Grosskundenvertrieb sehr verbreitet. Viele Hersteller/Importeure verkaufen dieser Kundengruppe die Fahrzeuge selbst im Direktgeschäft.

Die Händler werden also nicht als Eigenhändler tätig, sondern von den Herstellern/Importeuren als Agenten in die Akquisition, Vertragsvermittlung und Abwicklung der Verträge eingeschaltet. Die Rechnung erhält der Kunde vom Hersteller/Importeur.

2.2 Vorteile und Nachteile

Aus Sicht des Herstellers haben beide Modelle gewisse Vorteile gegenüber dem bisher in der Praxis vorherrschenden Modell des Vertragshändlervertriebs. Im Vordergrund steht dabei neben der bereits angesprochenen Vertriebssteuerung insbesondere die Nähe des Herstellers zum Kunden. Gerade im Rahmen eines Handelsvertretermodells schliesst ein Kunde die Kaufverträge direkt mit dem Hersteller ab, wodurch dieser auch unmittelbar die Kundendaten erlangt[1].

Allerdings gehen mit den Agentur-Modellen auch gewisse Nachteile für die Hersteller einher. Da sie entweder direkt mit den Kunden kontrahieren (Handelsvertretermodell) oder die geschlossenen Verträge zumindest wirtschaftlich ihnen zugerechnet werden (Kommissionsagentenmodell), ist hiermit regelmässig auch ein erhöhter Kapitalaufwand verbunden. Der direkte Vertragsschluss mit den Kunden

[1] Hersteller argumentieren zudem damit, dass für den tschechischen Autobauer die (unechte) Agentur alternativlos sei. Dies wird unter anderem begründet mit der notwendigen, DSGVO-konformen Nutzung von Kundendaten durch den Hersteller und die dadurch mögliche Verknüpfung von Online- und Offline-Vertrieb.

im Rahmen des Handelsvertretermodells führt ausserdem dazu, dass die Hersteller unmittelbar aus diesem Vertrag verpflichtet werden können (z. B. im Rahmen von Gewährleistungsansprüchen) und auch das Insolvenzrisiko der Kunden tragen.

Vor diesem Hintergrund bietet das Modell des Kommissionsagenten aus Sicht der Hersteller eine gute „Zwischenlösung". Einerseits sind umfassendere Möglichkeiten der Vertriebssteuerung eröffnet, als dies im Rahmen eines Vertragshändlervertrages möglich wäre. Andererseits wird durch die zivilrechtliche Gestaltung weiterhin der Kommissionsagent Vertragspartner der Kunden und ist somit auch für etwaige Rechte der Kunden verantwortlich (z. B. Gewährleistungsansprüche).

Aus Sicht der Vertragshändler lassen sich folgende Vor- bzw. Nachteile festhalten:

Vorteile Agentursystem:

- Keine Kosten in Identifikation bei echtem Agentursystem
- Keine Kosten für Lagerhaltung
- Mehr Liquidität / weniger Bankzinsen
- Kein Risiko für Lagerüberalterung
- Entschädigung für Showroom-Miete bei echtem Agentursystem
- Weniger Kosten für Demoflotte
- Weniger Risiko für Überalterung Demoflotte

Nachteile Agentursystem:

- Höherer administrativer Aufwand
- Keine freie Wahl Lagerfahrzeuge / Demos
- Keine freie Wahl Leasingbank
- Schwierigkeiten für Demos für Familienmitglieder, Kadermitarbeiter usw.
- Kauf und Ablieferung verzögern sich
- Weniger Marge
- Kleinere Unternehmensfreiheiten

Unabhängig davon, welche Vertragsform die Hersteller konkret wählen, müssen in jedem Fall die Regelungen des Kartellrechts und des Handelsrechts beachtet werden. Nur dann kommen die Hersteller/Importeure in den Genuss der beschriebenen Vorteile.

3 EU: Kartellrechtliche Anforderungen an Agenturverträge

3.1 Grundlagen des EU-Kartellrecht

Das Europäische Kartellrecht ist Unionsrecht und damit in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union unmittelbar, d. h. ohne nationalen Umsetzungsakt, gütig. Sein Zweck besteht darin, den innereuropäischen Handel vor Beeinträchtigungen durch Absprachen zwischen Unternehmen oder Machtmissbrauch, also vor Kartellen, zu schützen.

Die zentrale Norm ist dabei Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Darin enthalten ist das sogenannte Kartellverbot, das den Ausgangspunkt für die kartellrechtliche Bewertung von Verträgen und Absprachen zwischen Unternehmen. Ob der Anwendungsbereich des gesetzlichen Kartellverbots eröffnet ist, hängt davon ab, ob die sachlichen Voraussetzungen der Norm erfüllt sind (dazu unter Ziffer 3.2) und der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist (dazu unter Ziffer 3.3).

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, bestimmt sich die ausnahmsweise Zulässigkeit im Vertriebsbereich massgeblich anhand der Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) Nr. 2022/720 der Europäischen Kommission (EU-Kommission) und den dazu herausgegebenen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (dazu unter Ziffer 3.7). Für den Vertrieb von Ersatzteilen besteht darüberhinaus die (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (Kfz-GVO).

Erst wenn feststeht, dass die zwischen den Unternehmen vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung nicht ausnahmsweise freigestellt ist, führt dies zur Nichtigkeit der betroffenen Vereinbarungen (Artikel 101 Absatz 2 AEUV). Zudem können in einem solchen Fall die Kartellbehörden gegen Hersteller und Händler entsprechende Bussgelder festsetzen.

Folgen eines Kartellverstosses

Verstossen Unternehmen gegen das EU-Kartellrecht, drohen ihnen empfindliche Geldbussen, die einerseits bestrafen und andererseits abschrecken sollen. Die EU-Kommission kann für Verstösse gegen das europäische Kartellrecht Bussgelder in Höhe von bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen verhängen, wobei sich die Bemessungsgrundlage auf die Umsätze der gesamten Unternehmensgruppe bezieht.

Sofern ein Unternehmensverband oder dessen Vertreter bei Abschluss oder Durchführung einer Kartellvereinbarung eine massgebliche Rolle gespielt haben, kann auch gegen den Verband und dessen Vertreter eine Geldbusse verhängt werden.

3.2 Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: Wettbewerbsbeschränkungen

Der inhaltliche Kern des Artikels 101 Absatz 1 AEUV ist das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen. Hierzu zählen laut Gesetz alle „*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel […] zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“.*

Mit anderen Worten: Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt immer dann vor, wenn Unternehmen auf aufgrund von Vereinbarungen oder in sonstiger Weise abgestimmt ihre Handlungsoptionen reduzieren und damit ihr Wettbewerbsverhalten bewusst limitieren.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist dabei sehr wichtig, nicht nur den Vertragsinhalt zu bewerten, sondern auch alle weiteren Umstände unter der Kontrolle der Parteien im Blick zu haben. Insbesondere muss bedacht werden, dass der Austausch von wettbewerbssensiblen Informationen zwischen Wettbewerbern auch erheblichen Einfluss auf ihr Verhalten haben kann und damit kartellrechtlich relevant ist.

Bespiele für Wettbewerbsbeschränkungen

- Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, z. B. durch Vereinbarung des verbindlichen Weiterverkaufspreises zwischen Hersteller und Händler oder durch das Verbot, einen Teil der Marge oder Provision an den Kunden weiterzugeben
- Einschränkung des Absatzes, z.B. Beschränkung der erlaubten Kundengruppen oder der Gebiete
- Aufteilung von Märkten, z.B. im Rahmen von Alleinvertriebssystemen oder durch die Aufteilung von PLZ-Gebieten unter den Vertriebspartnern
- Aufteilung von Kundengruppen unter den Vertriebspartnern
- Diskriminierung von Vertragspartnern durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen
- Klauseln in Vertriebsverträgen, durch die die Erfüllung zusätzlicher Leistungen an die jeweiligen Verträge gekoppelt werden, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (Bsp.: Pflicht zur Abnahme gebrauchter Fahrzeuge als Voraussetzung für die Lieferung von Neufahrzeugen)

Vertriebsverträge in der Automobilwirtschaft enthalten regelmässig solche Wettbewerbsbeschränkungen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist das Verbot des Verkaufs von Neuwagen an nichtautorisierte Wiederverkäufer. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist so lange kein Problem, wie die Freistellungsvoraussetzungen u.a. der GVO Nr. 2022/720 greifen und den Vertrag vom Kartellverbot

ausnehmen, also „freistellen“.

Es kommt also immer darauf an, bei der Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsverträgen auch die Anforderungen einer Freistellung mitzudenken.

3.3 Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: Unternehmen

Das Kartellverbot des Artikel 101 AEUV erfasst nur Verhaltensweisen von **Unternehmen**. Ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts ist *„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“*.[2]

„Wirtschaftliche Tätigkeit“ definiert die Rechtsprechung als das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.[3]

Wenn eine der Parteien einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nicht für eigene Rechnung, sondern für die Rechnung eines anderen Unternehmers agiert, also wenn er wie z. B. ein Handelsvertreter die Ware nicht selbst verkauft, sondern nur Vertragsschlüsse über die Ware mit einem anderen Verkäufer vermittelt, ist es fraglich, ob ein *„Anbieten von Gütern“* im vorgenannten Sinne überhaupt gegeben ist. Denn das Angebot stammt in einem solchen Fall von dem vertretenen Unternehmen und nicht vom Handelsvertreter selbst.

Nach der Rechtsprechung des EuG und EuGH ist ein (rechtlich selbstständiger) Handelsvertreter, soweit es um den Vertrieb der Güter oder Dienstleistungen des Geschäftsherrn durch den Vertreter auf dem jeweiligen Produktmarkt geht, nur dann als Unternehmer im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV anzusehen, wenn er mit dem Geschäftsherrn keine wirtschaftliche Einheit bildet.

Das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit dient als dogmatischer Ansatz für die kartellrechtliche Privilegierung von Handelsvertreterverhältnissen.[4] Der EuGH hat bereits mehrfach entschieden, dass ein Absatzmittler,

> *„[der] für seinen Geschäftsherrn tätig [ist], grundsätzlich als ein in dessen Unternehmen eingegliedertes Hilfsorgan angesehen werden [kann], das den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen hat und sonach mit dem betroffenen Unternehmen ebenso wie ein Handlungsgehilfe eine wirtschaftliche Einheit bildet“*[5].

---

[2] Ständige Rechtsprechung; vgl. EuGH, Urteile vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Tz. 21 - „Höfner und Elser“; vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Tz. 36 - „Kommission/Italien“; vom 10.01.2006 Rs. C-222/04, Slg. 2006, I-0000, Tz. 107 - “Cassa di Risparmio di Firenze” und vom 11.07.2006, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, I-0000, Tz. 25 - „FENIN/Kommission“; vom 19.07.2012, Rs. C-628/10 – „Alliance One“; vom 26.09.2013, Rs. C-679/11 P, „Alliance One“.

[3] EuGH, Urteile vom 16.06.1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599, Tz. 7 - „Kommission/Italien"; vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Tz. 36 - „Kommission/Italien“; vom 10.01.2006, Rs. C-222/04, Slg. 2006, I-0000, Tz. 108 - “Cassa di Risparmio di Firenze”.

[4] Bechtold/Bosch, 10 Aufl. 2021, § 1 GWB Rn. 32.

[5] EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663, Tz. 480 - „Suiker Unie“; Urt. v. 24.10.1995, Rs. C-266/93, Slg. 1995, I-3477 - “Volkswagen und VAG Leasing“.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, agiert der Handelsvertreter im Hinblick auf die von ihm vermittelten Produkte und Dienstleistungen nicht selbst wie ein Unternehmer, sondern wie ein Hilfsorgan des anderen Unternehmens.

Die Vereinbarung zwischen ihm und dem vertretenen Unternehmen wäre damit keine *„Vereinbarung zwischen Unternehmen“* im Sinne des Artikel 101 Absatz 1 AEUV und die Vereinbarung daher nicht vom Kartellverbot erfasst. In der Praxis werden solche Vertriebsverträge immer noch häufig als „*echte Handelsvertretersysteme*“ oder „*echte Agentursysteme*“ bezeichnet, auch wenn die EU-Kommission diese Terminologie schon länger nicht mehr gebraucht.[6]

Mit einem echten Agenten kann das vertretene Unternehmen (nachfolgend auch *„der Prinzipal“* genannt) zulässigerweise Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren, unter anderem Preisbindungen, Gebiets- und Kundengruppenaufteilungen sowie Beschränkungen von Verkaufskanälen.[7]

Anders verhält es sich, wenn aus den mit dem Unternehmen getroffenen Abmachungen für den Handelsvertreter Aufgaben erwachsen oder verbleiben, die aus wirtschaftlicher Sicht denen eines Händlers ähneln und wonach der Vertreter die finanziellen Risiken des Absatzes oder der Abwicklung der mit den Kunden geschlossenen Verträge zu tragen hat.[8] Dann agiert der Handelsvertreter wirtschaftlich selbstständig auf dem relevanten Produktmarkt des vertretenen Unternehmens und ist damit auch Unternehmer i.S.d. Artikel 101 Absatz 1 AEUV.

Derartige Fälle werden häufig als „*unechte Handelsvertretersysteme*“ oder „*unechte Agentursysteme*“ bezeichnet.

Echte und unechte Agenten

Ob Vereinbarungen mit Handelsvertretern unter das Kartellverbot fallen, ist davon abhängig, ob der Handelsvertreter als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren ist.

Trägt der Handelsvertreter keine oder nur ganz unbedeutende Risiken auf dem Produktmarkt ist er kein Unternehmer im Sinne des Kartellrechts. Als „echter Agent“ fällt sein Vertrag nicht unter Artikel 101 AEUV. Wettbewerbsbeschränkungen sind ohne weiteres möglich.

Überträgt der Agenturvertrag dem Handelsvertreter Risiken, die mit der Vermittlung der Verträge für den Hersteller zusammenhängen, ist er Unternehmer im Sinne des Kartellrechts. Die Agentur ist folglich „unecht“ und von Artikel 101 AEUV erfasst.

Hinweis: Die vorstehenden Gesichtspunkte betreffen ausschliesslich den Produktmarkt, also am

[6] Die Europäische Kommission spricht in den Leitlinien mittlerweile schlicht von „Handelsvertreterverträgen“.

[7] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 41.

[8] EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663, Tz. 541 - „Suiker Unie“; Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, Slg. 2006, I 11987, Tz. 42 - „CEES“.

Beispiel des Automobilvertriebs den Endkundenmarkt für Neufahrzeuge. Der Agent ist aber nicht nur auf dem Produktmarkt aktiv. Er bewegt sich auch noch auf einem anderen Markt. Er könnte beispielsweise seine Vermittlungsdienste auch anderen Herstellern und Importeuren anbieten. Diesen Markt bezeichnet man als Vermittlerdienste-Markt. Auf diesem Markt agiert der Agent in jedem Fall als ein selbständiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV. Klauseln in einem Handelsvertretervertrag, in denen dem Handelsvertreter zum Beispiel eine Exklusivitätsverpflichtung auferlegt wird, müssen sich deshalb an Artikel 101 AEUV messen lassen. Hieran orientiert sich auch die Rechtsprechung, ob ein Handelsvertreter für mehr als nur einen Geschäftsherrn[9] oder teils für einen Geschäftsherrn und teils auf eigene Rechnung arbeitet.[10]

3.4 Einordnungskriterien für die echte Agentur

Notwendige Voraussetzung für ein echtes Agentursystem ist, dass der Agent keine der nachfolgenden Risiken trägt oder dies jedenfalls nur in unerheblichem Umfang zutrifft: [11]

- vertragsspezifische Risiken;
- marktspezifische Investitionsrisiken; und
- Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt, soweit der Auftraggeber diese im Rahmen des Vertreterverhältnis vom Handelsvertreter verlangt.

Neben diesen für die Abgrenzung zwischen echtem und unechtem Handelsvertreter massgeblichen Risikokategorien, bestehen noch sog. **allgemeine** und damit **nicht relevante Risiken**. Das ergibt sich schon daraus, dass ein echter Handelsvertreter nach wie vor selbstständiger Gewerbetreibender ist und damit für seine Tätigkeit als solche die unternehmerische Verantwortung trägt. In den Vertikal-Leitlinien werden diese Risiken umschrieben als *„Risiken, die mit der Erbringung von Handelsvertreterleistungen im Allgemeinen zusammenhängen.“*[12] Hierzu zählen u.a. *„die Abhängigkeit des Einkommens des Handelsvertreters vom Erfolg seiner Handelsvertretertätigkeit“*.[13]

Somit ist für die kartellrechtliche Abgrenzung irrelevant, ob der Handelsvertreter seine Provision nicht erhält, weil er nur wenige oder keine Geschäfte vermittelt hat und deshalb nur einen geringen oder gar keinen Anspruch auf Provision entsteht (sog. Provisionsausfallrisiko).[14] Das lässt sich damit begründen, dass es gerade dem handelsrechtlichen Leitbild der Handelsvertretung entspricht, dass die Vergütung

---

[9] In diesem Sinne: EuGH, Urt. v. 01.10.1987, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, Tz. 20, 21 - „Flämische Reisebüros“; Urt. v. 03.07 1985, Rs. 243/83, Slg. 1985, 2015, Tz. 20, 21 - „Binon“.

[10] Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40/73 u.a. Slg. 1975, 1663, insbesondere Tz. 544 bis 547 - „Suiker Unie“ sowie Urt. v. 24.10.1995, Rs. C-266/93, Slg. 1995, I-3477, Tz. 19 - „Volkswagen und VAG Leasing“.

[11] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 31.

[12] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 32.

[13] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 32.

[14] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. d.

des Handelsvertreters von seiner Leistung als Absatzmittler abhängt und damit ebenso von der Anzahl der abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfte bzw. dem damit erzielten Umsatz.[15]

Der Verlust der Provision ist selbst dann kein für die Abgrenzung relevantes Risiko, wenn der Handelsvertreter auf den Erfolg seiner Tätigkeit als Handelsvertreter angewiesen ist, weil er kein anderes Einkommen hat. Dasselbe gilt, wenn der Handelsvertreter freiwillig die unternehmerische Entscheidung trifft, (teilweise) auf seine Provision zu verzichten. Wird der Handelsvertreter hingegen vertraglich oder faktisch von seinem Geschäftsherrn gezwungen, Teile seiner Provision weiterzugeben, liegt darin ein relevantes Risiko.[16]

Ebenfalls zu den nicht relevanten Risiken zählen *„allgemeine Investitionen“*. Darunter versteht die EU-Kommission *„allgemeinen Investitionen in Geschäftsräume oder Angestellte, die für Tätigkeiten jeder Art eingesetzt werden könnten“*.[17] Hiervon erfasst sind Investitionen, die notwendig sind, um überhaupt eine Leistung als Handelsvertreter erbringen zu können, also auf dem Vermittlungsmarkt aufzutreten und dort einem bestimmten Geschäftsherrn seine Tätigkeit als Handelsvertreter anzubieten. Darunter dürften jedenfalls Investitionen in eine nicht vorgeschriebene Grundausstattung an Büromöbeln oder einer Grundausstattung an EDV sowie Maschinen fallen, die vom Handelsvertreter noch nach Beendigung der Aktivitäten auf dem relevanten Markt für Tätigkeiten in anderen Geschäftsfeldern nutzbar sind.[18] Dabei ergeben sich mitunter Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der *allgemeinen Investitionen* von den *marktspezifischen Investitionen.*[19] Letztere sind relevante Risiken, die ein echter Handelsvertreter nicht tragen darf, soweit die Risiken nicht lediglich unbedeutend sind.

Bei den **vertragsspezifischen Risiken** handelt es sich im Wesentlichen um Risiken, die mit den vermittelten Geschäften zusammenhängen. Dazu gehören beispielsweise die Finanzierung von Lagerbeständen,[20] der Erwerb des Eigentums an den Vertragsprodukten,[21] Lieferkosten,[22] die Haftung für Schäden[23] und die Haftung für einen Zahlungsausfall des Kunden (mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Handelsvertreters), soweit den Handelsvertreter kein Verschulden trifft.[24]

Beispiele für vertragsspezifische Risiken

- Eigentumsrisiken einschl. Finanzierungsrisiken
- Lieferrisiken einschliesslich Kosten für An- und Auslieferung

[15] Vgl. Art. 6 Abs. 2 Handelsvertreter-Richtlinie (Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986).

[16] EuG 15.9.2005 – T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 99 – DaimlerChrysler.

[17] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 32.

[18] Vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO Rn. 332; Emde BB 2002, 949, 952.

[19] Vgl. Müller, Handelsvertreterprivileg im EU-Kartellrecht, 2022, S. 223 ff.

[20] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 31 lit. a), Tz. 33 lit. c).

[21] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. a).

[22] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. b).

[23] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. e).

[24] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. d).

- Lagerrisiken einschliesslich Kosten für Unterbringung und Diebstahlsicherung
- Zahlungsausfallrisiken (auch Delkredererisiko)
- Gewährleistungsrisiken
- Werbepflichten für Lagerfahrzeuge

Marktspezifische Investitionen sind solche Investitionen, die für die Art der vom Vertreter auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind.[25] Regelmässig handelt es sich bei solchen Investitionen um sogenannte „sunk costs", weil sie nach Aufgabe des betreffenden Geschäftsfelds nicht für andere Geschäfte genutzt oder nur mit erheblichem Verlust veräussert werden können[26]. Der Begriff „Geschäftsfeld" ist in diesem Zusammenhang weit auszulegen. Es kommt nicht auf die konkrete Geschäftsbeziehung zwischen Handelsvertreter und Geschäftsherrn an, also auf die Vermittlungstätigkeit für eine bestimmte Marke, sondern auf die Tätigkeit auf dem „relevanten Markt"[27], hier also auf die Tätigkeit im Neuwagenvertrieb. Es ist daher zu fragen, ob der Handelsvertreter nach Beendigung der Tätigkeit als Neuwagenvermittler die Investitionen noch für andere Geschäfte nutzen oder nur mit erheblichem Verlust veräussern könnte, wenn er zukünftig einer Tätigkeit auf einem anderen relevanten Markt nachginge.[28]

Beispiele für marktspezifische Investitionen sind Kosten für Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung oder spezielle Software[29].

Im Automobilhandelsbereich werden darunter insbesondere Investitionen in markenspezifische CI und Geschäftsausstattung, DMS- und sonstige IT-Systeme, Mitarbeiterschulungen, Ausstellungs- und Vorführfahrzeuge sowie Handelsmarketing fallen sowie für Kosten, die im Zusammenhang mit den baulichen Vorgaben eines Herstellers in die Showrooms der Handelsvertreter.[30].

Beispiele für marktspezifische Risiken

- Investitionen in Ausrüstung und CI-gerechte Räumlichkeiten
- Vorführwagen/Musterkollektionen
- Werbungskosten
- Investitionen in die IT-Landschaft des Herstellers
- Personalausbildungskosten

[25] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 31.

[26] Müller, Handelsvertreterprivileg im EU-Kartellrecht, 2022, S. 219 ff.

[27] Europäische Kommission, working paper „dual role agents" v. 5.2.2021, Rn. 19.

[28] Müller, Handelsvertreterprivileg im EU-Kartellrecht, 2022, S. 220 f.

[29] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. g).

[30] Nolte, Das „Kartellrechtliche Schisma" zwischen Kommission und Gerichtshof nach der GVO 1400/202, in: Brinker/Scheuing/Stockmann, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, 2006, 357, 366 f.

Die Abgrenzung zwischen den marktspezifischen und allgemeinen Investitionen gestaltet sich insbesondere dann schwierig, wenn der Geschäftsherr seinem Handelsvertreter bezüglich der Geschäftsausstattung Standards vorschreibt. In einem solchen Fall muss der Geschäftsherr in einer echten Agentur den das erforderliche Mass der allgemeinen Investition übersteigenden Anteil ersetzen.

Für das „erforderliche Mass" ist auch hier die objektive Sicht eines vernünftigen Handelsvertreters massgeblich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nach wie vor Aufgabe des Handelsvertreters ist, sich in die Lage zu versetzen, überhaupt eine Handelsvertreterleistung anbieten zu können, weshalb auch ein echter Handelsvertreter allgemeine Investitionen grundsätzlich selbst zu tragen hat.

Als Faustformel lässt sich sagen, dass allgemeine Betriebskosten (z.B. Strom, Wasser, Gas sowie Gehälter für Backoffice-Personal, z.B. Buchhaltung etc.) wohl als allgemeine Kosten zu fassen sind, wohingegen die Kosten für den Betrieb der Vorführwagenflotte, die Gebäudekosten für die Ausstellungshalle, die Gehälter von spezifischen Vertriebsmitarbeitern und der Disposition wohl als marktspezifische Kosten einzustufen sind. Ggf. kommt eine Kostenteilung zwischen Hersteller und Agenten in Betracht.

Die dritte relevante Risikokategorie umfasst **Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt, soweit der Auftraggeber diese im Rahmen des Vertreterverhältnis vom Handelsvertreter verlangt**.

Typisch für diese Risikokategorie sind einerseits Pflichten, die sich auf den Vertrieb der Vertragsprodukte des Handelsvertretervertrages beziehen, wie beispielsweise die Lieferung der Waren;[31] andererseits fallen darunter auch Vertriebspflichten für andere Waren auf demselben sachlich relevanten Markt, die der Agent als Eigenhändler vertreiben soll.[32] Ein „*Verlangen*" im Sinne der dritten Risikokategorie liegt vor, wenn dem Handelsvertreter die Entscheidung darüber nicht absolut freisteht, zum Beispiel wenn ein expliziter oder ein *de facto* Zwang zur Ausübung besteht.[33]

Beispiele für Risiken aus anderen verlangten Tätigkeiten

- Übergabetätigkeit
- Logistikaufgaben
- Auslieferungsinspektion
- Verkauf anderer Produkte im Handelsgeschäft etc.

Die Frage, ob zugunsten des Handelsvertreters eine zureichende **Risikofreistellung** vorliegt, muss stets im Einzelfall beantwortet werden.[34] Da die echte Agentur eine Ausnahme von der allgemeinen Anwendbarkeit des Artikels 101 AEUV auf Vertriebsvereinbarungen darstellt, sind die Voraussetzungen

[31] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 33 lit. h).

[32] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 38.

[33] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 36.

[34] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 32.

für die Einstufung einer Vereinbarung als echter Agenturvertrag, der nicht unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fällt, stets eng auszulegen.[35]

Gegen die Einordnung als echte Agentur würden daher beispielsweise die folgenden Regelungen in Agenturverträgen sprechen:

- Der Agent übernimmt aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen die Haftung dafür, dass die Kunden ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Herstellern nachkommen.
- Der Agent wird durch die Regelungen des Vertriebsvertrages dazu verpflichtet, einen Verwahrungsvertrag für Fahrzeuge, die der Hersteller an Kunden verkauft, zu schliessen, wenn dadurch das Haftungsrisiko des Agenten nicht nur unbedeutend erhöht wird.
- Der Agent haftet verschuldensunabhängig für Schäden an Lagerfahrzeugen, die dem Hersteller gehören.
- Der Agent haftet verschuldensunabhängig für Schäden an Fahrzeugen, die bei der Lieferung entstanden sind.
- Der Agent muss auf eigene Kosten ein Lager unterhalten.
- Der Agent wird verpflichtet, die Auslieferungsinspektionen auf eigene Kosten auszuführen.
- Der Agent muss die an die Kunden verkauften Fahrzeuge auf eigene Kosten ausliefern.
- Der Vertriebsvertrag sieht vor, dass der Agent sich finanziell an Werbemassnahmen des Herstellers beteiligen muss.
- Der Agent wird verpflichtet, die Kosten für Schulungen seiner Mitarbeiter, die von dem Hersteller vorgeschrieben werden, zu tragen.
- Unter Umständen kann auch bereits die Verpflichtung zum Abschluss eines Servicevertrages für den jeweiligen Hersteller dazu führen, dass die Voraussetzungen der echten Agentur nicht gegeben sind. Allerdings hängt dies massgeblich von einer Marktabgrenzung im Einzelfall ab.

Trägt ein Agent solche Risiken, steht dies einer Einordnung des Vertrags als echte Agentur entgegen, es sei denn, der Hersteller übernimmt die mit den Risiken beim Agenten entstehenden finanziellen Belastungen (Risikofreistellung).

3.5 Risikofreistellungsmethoden für die echte Agentur

Bei der Freistellung des Agenten von den oben beschriebenen Risiken hat der Prinzipal einen verhältnismässig weiten Gestaltungsfreiraum: Er kann die entstehenden Kosten entweder in exakter Höhe

[35] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 30.

übernehmen, dem Agenten in regelmässigen Abständen einen Pauschalbetrag auszahlen oder dem Agenten einen festen Prozentsatz der Erlöse zahlen, die mit dem Verkauf der Vertragsprodukte erzielt werden.[36]

Selbstverständlich ist der Gestaltungsfreiraum aber nicht grenzenlos: Der Prinzipal muss bei der zuletzt genannten Erstattungsmethode beachten, dass dem Agenten auch dann zu ersetzende Kosten entstehen können, wenn er für einen bestimmten Zeitraum nur geringe oder keine Verkäufe erzielt.

Der Prinzipal hat darüber hinaus sicherzustellen, dass der Agent keine der oben beschriebenen Risiken trägt (oder dies jedenfalls nur in unerheblichem Umfang zutrifft) und dass der Agent Zahlungen zur Risiko- und Kostenfreistellung einfach von anderen Zahlungen unterscheiden kann, wie z. B. von Provisionszahlungen.[37]

Verschiedene Möglichkeiten der Risikofreistellung

- Hersteller erstattet konkret nachgewiesene Kosten
- Hersteller zahlt regelmässig einen Pauschalbetrag
- Hersteller zahlt zusätzlich zur Vermittlungsvergütung einen Prozentsatz vom Umsatz pro Geschäftsfall

Dies kann im Einzelfall jedoch zu Schwierigkeiten führen. Insbesondere im Rahmen von Handelsvertreterverträgen, teilweise aber auch in Kommissionsagenturverträgen, findet sich häufig die Klausel, dass mit der vereinbarten Vergütung die gesamte Tätigkeit des Agenten abgegolten ist, einschliesslich aller ihm entstehenden Kosten. Hierbei handelt es sich um eine durchaus gängige Klausel.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen der EU-Kommission kann diese Regelung jedoch dazu führen, dass gerade keine Trennung der Provision von der Kostenfreistellung möglich ist. Solche Abgeltungsklauseln sind gerade darauf ausgelegt, dass der Agent nur die Provision erhält und damit alle in Betracht kommenden Ansprüche abgegolten sind. Dies dürfte auf Grundlage der Ausführungen der Europäischen Kommission jedoch der Annahme einer echten Agentur entgegenstehen.

3.6 Besonderheit bei Umstellung eines Händlervertragssystems auf eine echte Agentur

Wenn ein Hersteller mit einem seiner zuvor als Vertragshändler tätigen Vertriebspartner nunmehr für alle oder Teile seiner Produkte einen Agenturvertrag abschliesst, gilt für die Ermittlung der marktspezifischen Investitionen eine Besonderheit. Es ist anhand einer hypothetischen Betrachtung zu ermitteln, welche Kosten auf einen Handelsvertreter zukämen, der noch nicht auf dem relevanten Markt tätig ist. Dies schliesst die Investitionskosten ein, die der Vertriebspartner bereits aufgewendet hatte, um die Produkte des Herstellers in seiner Funktion als Händler zu vertreiben (z.B. Investitionen aufgrund

[36] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 35.

[37] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 35.

vormals höherer Standards z.B. in die Ausstellungsfläche).[38] Diese Kosten hat der Hersteller zu erstatten, soll der Vertrag unter das Handelsvertreterprivileg fallen.

Nur soweit die relevanten Investitionen bereits abgeschrieben wurden (z. B. Investitionen in Ausrüstungsgegenstände, die für die Tätigkeit benötigt werden), kann die Erstattung in einem angemessenen Verhältnis angepasst werden. Ebenso kann die Erstattung angepasst werden, wenn die von den Händlern zuvor getätigten marktspezifischen Investitionen erheblich höher sind als die marktspezifischen Investitionen, die ein durchschnittlicher Händler für die Aufnahme seiner Tätigkeit auf dem relevanten Markt tätigen muss.[39]

3.7 Gestaltungsmöglichkeiten in unechten Agenturmodellen

Wenn und soweit eine der unter Ziff. 3.4 und Ziff. 3.5 beschriebenen Voraussetzungen nicht erfüllt ist, d. h. der Handelsvertreter mindestens eines der beschriebenen Risiken trägt bzw. nicht umfänglich kompensiert wird, unterfällt die Vereinbarung zwischen dem Handelsvertreter und dem Prinzipal Artikel 101 Absatz 1 AEUV.

Der Handelsvertreter wird demnach nicht wie ein integriertes Hilfsorgan des Prinzipals, sondern als unabhängiges Unternehmen im Sinne des Artikel 101 Absatz 1 AEUV behandelt und die Vereinbarung zwischen ihm und dem Prinzipal unterliegt wie jede andere vertikale Vereinbarung den Beschränkungen des Kartellverbots.

3.7.1 Gestaltungsmöglichkeiten im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO

In diesen Fällen bedürfen Wettbewerbsbeschränkungen der Freistellung, idealerweise durch die Vertikal-GVO. Infolgedessen bestehen für den Prinzipal bei der Vertragsgestaltung weniger Spielräume.

Freistellungsvoraussetzungen nach der Vertikal-GVO

- Die Beteiligten stehen auf unterschiedlichen Stufen in der Vertriebskette
- Keiner der Beteiligten hat mehr als 30 % Anteil am relevanten Markt
- Die Vereinbarung enthält keine verbotenen Kernbeschränkungen
- Die Vereinbarung enthält kein verbotenen Wettbewerbsverbote

Zunächst muss der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO eröffnet sein, was immer dann der Fall ist, wenn die beteiligten Unternehmen auf unterschiedlichen Stufen der Vertriebskette stehen: Im Verhältnis

[38] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 39.

[39] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 39.

Hersteller – Importeur – Händler ist dies durchweg der Fall; die Anwendung der Vertikal-GVO im Automobilvertrieb ist somit unproblematisch.

Ferner darf keines der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt mehr als 30 % Anteil haben, wobei die Anteile der verbundenen Unternehmen zusammen zu erfassen sind.

Schliesslich dürfen die Vertriebsvereinbarungen weder verbotene Kernbeschränkungen noch unzulässige Wettbewerbsverbote im Sinne der Artikel 4 und 5 Vertikal-GVO enthalten.

Kernbeschränkungen sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die als eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs anzusehen und deshalb auch nicht freistellungsfähig sind. Enthält ein Vertrag eine solche Kernbeschränkung ist er insgesamt nichtig.

Die Vertikal-GVO verbietet in Artikel 4 insgesamt sechs Kategorien von Kernbeschränkungen:

a) Artikel 4 Buchstabe a) verbietet die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzulegen. Auf Agenturverträge übersetzt heisst das, dass eine Vertragsklausel, die dem Handelsvertreter vertraglich verbieten würde, den vom Kunden tatsächlich zu zahlenden Preis zu Lasten seiner eigenen Provision zu senken, als Kernbeschränkung zu qualifizieren wäre, was der Freistellung des gesamten Vertrages nach Art. 101 Abs. 3 AEUV wohl entgegenstünde.[40]

b) Gemäss Artikel 4 Buchstabe b), c) und d) sind mittel- oder unmittelbare Beschränkungen des Vertragsgebiets oder der Kundengruppen Kernbeschränkungen und damit grundsätzlich verboten. In engen Grenzen sind Ausnahmen hiervon zulässig, zum Beispiel Beschränkungen des aktiven Vertriebs bei Alleinvertriebssystemen, das Verbot des Verkaufs an nichtautorisierte Wiederverkäufer in selektiven Systemen oder die Beschränkung des Niederlassungsorts des Händlers, um nur einige Beispiele zu nennen.

c) Artikel 4 Buchstabe c) verbietet in Ziffer (ii) die Beschränkung von Querlieferungen unter den Händler eines selektiven Vertriebsnetzes und

d) In Buchstabe c) Ziffer (iii) die Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Mitglieder eines selektives Vertriebssystems unbeschadet Buchstabe c) Ziffer (i) Nummern 1 und 3.

e) Eine weitere Kategorie von Kernbeschränkung ist die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets beim Verkauf der Vertragsprodukte, Artikel 4 Buchstabe e).[41]

f) Schliesslich stellt gemäss Artikel 4 Buchstabe f) die Beschränkung des Weiterverkaufs von Ersatzteilen an andere Reparaturbetriebe o.ä. eine Kernbeschränkung dar.

[40] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 192.

[41] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 203.

Auch eine Beschränkung der Zusammenarbeit mit Dritt-Plattformen kann eine Kernbeschränkung nach Artikel 4 Buchstabe e) der Vertikal-GVO darstellen. Die europäische Kommission führt in den Vertikal-Leitlinien aus, dass vertikale Vereinbarungen, die darauf abzielen, den Abnehmer an der Nutzung eines oder mehrerer Online-Werbekanäle wie Suchmaschinen oder Preisvergleichsportale zu hindern, ebenfalls eine Beschränkung im Sinne von Artikel 4 Buchstabe e) der Vertikal-GVO begründet.[42] Solche Beschränkungen hätten nämlich die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets durch den Abnehmer zum Ziel, da sie Möglichkeiten, Kunden, die sich ausserhalb des physischen Handelsgebiets befinden, gezielt anzusprechen oder sie über ein Angebt zu informieren, beschränken.[43]

Wenn dem Abnehmer hingegen die Nutzung **bestimmter** Preisvergleichsdienste oder Suchmaschinen verboten werde, sei dies nicht als Kernbeschränkung zu qualifizieren, da der Abnehmer andere Online-Werbedienste nutzen könne. Nur wenn das Verbot der Nutzung eines bestimmten Online-Dienstes sich auf einen der am weitesten verbreiteten Werbedienste beziehe, könne das Verbot wiederum als eine Kernbeschränkung eingeordnet werden, wenn die verbleibenden Dienste in dem betroffenen Werbekanal de facto nicht in der Lage sind, Kunden für den Abnehmer zu gewinnen.[44]

Kernbeschränkungen der GVO im Überblick

- Beschränkung der Preisbildungsfreiheit des Händlers
- Beschränkungen des Vertragsgebiets oder der Kundengruppen
- Beschränkung von Querlieferungen innerhalb eines selektiven Vertriebsnetzes
- Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher
- Beschränkung der wirksamen Nutzung des Internets beim Verkauf der Vertragsware
- Beschränkung des Weiterverkaufs von Ersatzteilen an andere Reparaturbetriebe

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass im Rahmen der unechten Agenturmodelle dieselben eingeschränkten Möglichkeiten der Vertriebssteuerung bestehen wie im Händlervertrieb. Die unechte Agentur bietet insoweit keinerlei Vorteile.

[42] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 203.

[43] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 206.

[44] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 206.

3.7.2 Weitere kartellrechtliche Grenzen bei der Ausgestaltung der unechten Agentur

Auch über die Beschränkungen des Artikel 4 der Vertikal-GVO hinaus sind bei der Ausgestaltung und Umsetzung eines unechten Agenturmodells kartellrechtliche Aspekte zu beachten. Insbesondere die folgenden Aspekte spielen in der Praxis eine entscheidende Rolle:

3.7.2.1 Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Die neue Vertikal-GVO enthält in Artikel 2 Absatz 4 und 5 neue Regelungen zu dem praxisrelevanten Aspekt des Informationsaustauschs zwischen den Parteien eines Vertriebsvertrags.

Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Ein Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen Wettbewerbern hat stets grossen Einfluss auf das Marktgeschehen. Wenn Wettbewerber voneinander wissen, wie sie sich zukünftig verhalten werden, tritt dieses Wissen an die Stelle des ansonsten mit Unsicherheiten behafteten Wettbewerbs. Das weicht den Wettbewerbsdruck auf und ist daher grundsätzlich verboten.

Innerhalb des sog. zweigleisigen Vertrieb (auch Dualvertrieb genannt), also Szenarien, in denen ein Hersteller auch auf der nachgelagerten Stufe des Vertriebs (= Einzelhandelsmarkt) tätig ist und damit mit seinen „unabhängigen Händlern“ im Wettbewerb steht,[45] ist dieser Austausch durchaus kritisch zu sehen. Unter den Begriff der unabhängigen Händler fallen auch unechte Agenten. Die Europäische Kommission führt in den Leitlinien zur Vertikal-GVO aus, dass unechte Agenten aus kartellrechtlicher Sicht als unabhängige Unternehmen behandelt werden.[46]

Anders als noch in der Vorgänger-GVO stellt die Kommission nun klar, dass beim dualen Vertrieb der Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen Hersteller und Händler/unechten Agenten grundsätzlich gar nicht, und wenn doch, dann nur unter den Voraussetzungen erlaubt ist, dass dies zur Umsetzung der vertikalen Vereinbarung oder zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der jeweiligen Waren erforderlich ist. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die Informationen von nur einem oder mehreren Unternehmen geteilt werden und ob Form und Umfang des Austauschs ausdrücklich vereinbart wurde oder ob dieser nur informell stattgefunden hat.[47]

Die Frage der Erforderlichkeit eines Informationsaustauschs hängt vom Einzelfall ab. Die Europäische Kommission hat in den Leitlinien einige Beispiele aufgelistet, in denen eine Erforderlichkeit grundsätzlich anzunehmen ist. Dies umfasst unter anderem:

- Technische Informationen im Zusammenhang mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen;

[45] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 94.

[46] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 42.

[47] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 97.

- Logistische Informationen über die Produktion und den Vertrieb der Vertragswaren oder -dienstleistungen auf der vor- oder nachgelagerten Stufe;

- Informationen über die Preise, zu denen der Anbieter die Vertragswaren oder -dienstleistungen an den Abnehmer verkauft.[48]

Die Voraussetzungen der Vertikal-GVO sollen laut Kommission jedoch nicht erfüllt sein bei einem Austausch der folgenden Informationen:

- Informationen über die künftigen Preise, zu denen der Anbieter oder Abnehmer die Vertragswaren oder -dienstleistungen nachgelagert zu verkaufen beabsichtigt;

- Informationen über identifizierte Endverbraucher der Vertragswaren oder -dienstleistungen;

- Informationen über Waren, die ein Abnehmer unter seinem eigenen Markennamen verkauft, die zwischen dem Abnehmer und einem Hersteller konkurrierender Markenwaren ausgetauscht werden, es sei denn, der Hersteller ist auch der Hersteller der betroffenen Eigenmarkenwaren.[49]

Die Europäische Kommission führt im Hinblick auf Vereinbarungen, die nicht unter die Vertikal-GVO fallen, aus, dass die Parteien Vorkehrungen treffen und somit das Risiko eines wettbewerbsrechtlich-relevanten Informationsaustausches minimieren können. Dies soll insbesondere der Fall sein, wenn die Informationen in aggregierter Form ausgetauscht werden oder eine angemessene Verzögerung zwischen der Erzeugung der Informationen und ihrem Austausch gewährleistet wird.[50]

Ausserdem können die Parteien technische oder administrative Massnahmen wie Firewalls einsetzen, um sicherzustellen, dass die vom Abnehmer übermittelten Informationen nur dem für die vorgelagerten Tätigkeiten des Anbieters verantwortlichen Personal zugänglich sind und nicht dem Personal, das für die nachgelagerten Direktvertriebstätigkeiten des Anbieters verantwortlich ist.[51]

Dualvertrieb und Informationsaustausch

Wenn der Hersteller die Fahrzeuge nicht nur herstellt, sondern selbst an Endkunden verkauft, ist er auf zwei Märkten aktiv: einerseits auf dem Produzentenmarkt und andererseits auf dem Endkundenmarkt.

Auf dem Endkundenmarkt tritt er mit seinen Händlern und unechten Agenten in Konkurrenz. Ein Informationsaustausch ist daher grundsätzlich nicht mehr erlaubt, auch nicht im Rahmen der üblichen Audits und Revisionen in den Händlerbetrieben, wie sie eine Vielzahl von Händler- und

[48] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 99.

[49] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 100.

[50] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 103.

[51] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Tz. 103.

Agenturverträgen vorsehen. Denn diese Prüfungen können Ergebnisse hervorbringen, zum Beispiel Informationen über konkrete Kundenbeziehungen, die dem Hersteller erlauben, das zukünftige Verhalten seiner Händler/Agenten zu sehen.

Nur wenn die Daten aggregiert sind oder zwischen Datenerhebung und -verwendung genügend Zeit liegen, ist ein Austausch hierüber erlaubt.

Problematisch ist ferner den Austausch über die zukünftige Preisgestaltung des Herstellers im Rahmen der Agentur, insbesondere wenn der Händler andere Fahrzeuge noch im Eigenhandel vertreibt. Denn die Ankündigung der zukünftigen Preisgestaltung durch den Hersteller hat einen unmittelbaren Einfluss auf das Preisverhalten des Händlers im Eigengeschäft.

Diese Aspekte sind bei der Umsetzung von unechten Agenturverträgen zwingend zu beachten. Insbesondere die Händlerbetriebsvergleiche, die sich regelmässig in Händler- und Handelsvertreterverträgen finden, müssen infolge dieser Klarstellung zum Informationsaustausch neu bewertet werden. In aller Regel dürfte es hier notwendig sein, die Daten lediglich in aggregierter Form zu übermitteln. Teilweise wurden die Händlerbetriebsvergleiche als Reaktion auf die neuen Regelungen in der Vertikal-GVO bereits von den Herstellern eingestellt.

3.7.2.2 Unternehmensbedingte Abhängigkeit der Agenten

Schliesslich müssen bei unechten Agenturmodellen auch die Regelungen hinsichtlich einer unternehmensbedingten Abhängigkeit beachtet werden.

Zwar ist darauf hinzuweisen, dass das europäische Recht keine ausdrückliche Regelung zu relativer Marktmacht kennt. Artikel 102 AEUV bezieht sich vielmehr lediglich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings ist der Begriff der Marktbeherrschung nicht mit einer absoluten Beherrschung des relevanten Marktes gleichzusetzen. Vielmehr genügt es, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Entscheidungen und Verhaltensweisen unabhängig von seinen Kunden, Lieferanten und Wettbewerbern treffen und durchführen kann. Ein Unternehmen wird daher schon dann als marktbeherrschend angesehen, wenn es die Möglichkeit hat, die Preise und Konditionen sowie die Produktion und Verteilung der Produkte zu bestimmen.[52] Der Nachweis einer solchen Marktbeherrschung ist im Einzelfall jedoch durchaus schwierig.

Darüber hinaus haben wir den Aspekt der relativen Marktmacht auch aus dem Grund hier aufgenommen, da einige nationale Wettbewerbsgesetze explizite Regelungen hierzu kennen. Beispielsweise regelt das deutsche GWB die relative Marktmacht in §§ 19, 20 GWB.

Gerade im Automobilvertrieb kann es daher vorkommen, dass nach den nationalen Rechtsordnungen die Handelsvertreter grosser Hersteller unternehmensbedingt abhängig sind. Dies gilt insbesondere

[52] *Spenner,* in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018 Art, 102 AEUV Rn. 32 mwN.

dann, wenn die Handelsvertreter ihren Geschäftsbetrieb im Rahmen einer langjährigen Geschäftsbeziehung darauf eingestellt haben, nur für eine bestimmten Geschäftsherren tätig zu werden.[53] In diesem Fall bestehen für den Handelsvertreter nicht genug zumutbare Möglichkeiten, um auf dritte Unternehmen auszuweichen, wodurch die sog. relative Marktmacht des Herstellers begründet wird.[54]

Die Frage, ob ein unechter Agent von „seinem" Hersteller unternehmensbedingt abhängig ist, kann nur im Einzelfall anhand der konkreten Konstellation zwischen Hersteller und Agenten bestimmt werden. Solange es sich um kleinere oder mittelgrosse Agenten handelt, ist die Einordnung einer unternehmensbedingten Abhängigkeit jedoch durchaus möglich.

Wenn und soweit eine solche unternehmensbedingte Abhängigkeit im Einzelfall nach nationalem Recht vorliegt, ist es dem Hersteller verboten, die von ihm abhängigen Unternehmen unmittelbar oder unbillig zu behindern oder diese ohne sachlichen Grund unmittelbar oder mittelbar anders zu behandeln als gleichartige Unternehmen. Dies wirkt sich unmittelbar auf die Gestaltung der Agenturverträge aus.

4 EU: Zivilrechtliche Grenzen der Agentur am Beispiel des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB)

Mit der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter wurde in der Europäischen Union ein einheitlicher Rechtsrahmen für das Handelsvertreterrecht im EU-Binnenmarkt geschaffen. Alle Mitgliedsstaaten haben diese Richtlinie in nationales Recht umgesetzt. Am Beispiel des deutschen Handelsvertreterrechts, geregelt im Handelsgesetzbuch (HGB), werden die für die Neuwagen-Agentur in zivilrechtlicher Sicht bedeutsamen Regelungen aufgezeigt.

4.1 Unterstützungspflicht des Herstellers, § 86a HGB

Nach § 86a HGB hat der Unternehmer dem Handelsvertreter die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbedrucksachen, Geschäftsbedingungen, zur Verfügung zu stellen. Zudem hat er dem Handelsvertreter die erforderlichen Nachrichten zu geben und ihm unverzüglich die Annahme oder Ablehnung eines vom Handelsvertreter vermittelten oder ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfts und die Nichtausführung eines von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts mitzuteilen. Er hat ihn unverzüglich zu unterrichten, wenn er Geschäfte voraussichtlich nur in erheblich geringerem Umfange abschliessen kann oder will, als der Handelsvertreter unter gewöhnlichen Umständen erwarten konnte. Hiervon abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

Der Begriff der Unterlagen ist – ebenso wie im Rahmen von Artikel 4 Absatz 2a der oben zitierten Richtlinie – weit auszulegen.[55] Hiervon ist zunächst einmal alles umfasst, was dem Handelsvertreter zur

[53] Westermann, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, § 20 GWB Rn. 38.

[54] Vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB.

[55] Emde/Vivaldi, in: ZVertriebsR 2017, 3.

Ausübung seiner Tätigkeit dient und aus der Sphäre des Unternehmers stammt.[56] Die Aufzählung in § 86a HGB ist beispielshaft und nicht abschliessend. Ist der Handelsvertreter für seine Tätigkeit auf weitere Unterlagen angewiesen, die der Unternehmer hat oder beschaffen kann, so sind diese bereitzustellen. In Betracht kommen insofern alle produktspezifischen Hilfsmittel für die Vermittlungstätigkeit wie beispielsweise Kundenlisten, Produktbeschreibungen und Gebrauchsanleitungen sowie Probestücke.[57] Übertragen auf den Neuwagenvertrieb umfasst dies insbesondere Verkaufsmaterialien und Vorführwagen, die der Prinzipal auf eigene Kosten zu stellen hat.[58]. Ebenfalls die vorgeschriebenen Gegenstände im Rahmen der Hersteller-CI dürfte hier umfasst sein, da es sich um produktspezifische Hilfsmittel aus der Sphäre des Prinzipals handelt.[59]

Darüber hinaus fallen unter § 86a HGB auch unternehmensspezifische Software oder Steuerungssysteme, die für die Kunden- und Bestellungserfassung, zu Demonstrationszwecken oder im Rahmen der Vertragsabwicklung zum Einsatz kommt.[60]

Besonderheiten bestehen hingegen bei sog. Dual-Use-Hilfsmitteln. Dies liegt vor, wenn ein Unternehmer erforderliche (und damit kostenfreie) Mittel zusammen in einem Paket mit nützlichen (und damit ggf. kostenpflichtigen) Mitteln zu einem einheitlichen Preis zur Verfügung stellt. Nach früherer Rechtsprechung waren solche Vergütungsvereinbarungen insgesamt nach § 86a Abs. 3 HGB unwirksam. Der BGH hat seine Rechtsprechung jedoch in der Zwischenzeit dahingehend umgestellt, dass eine entsprechende Vergütungsvereinbarung über Dual-Use-Hilfsmittel nur insoweit unwirksam ist, als mit ihr die Übergabe von kostenfrei bereitzustellenden Unterlagen und Mitteln i. S. d. § 86a Abs. 1 HGB abgegolten wird.[61] Infolgedessen würde sich eine Unwirksamkeit nur auf den Teil der Vereinbarung beziehen, der die Überlassung der bereitzustellenden Unterlagen i. S. v. § 86a Abs. 1 HGB betrifft. Eine Gesamtunwirksamkeit der gesamten Vereinbarung könne dies mit sich ziehen, sei jedoch nicht zwingend. Ob dies im Einzelfall der Fall ist, sei über eine ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln.[62]

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Vereinbarungen, die von den Regelungen in § 86a Abs. 1 und 2 HGB abweichen, nach § 86a Abs. 3 HGB unwirksam sind. Der Auftraggeber kann sich somit nicht von diesen Verpflichtungen befreien.

4.2 Anforderungen an die Provisionshöhe, § 87b HGB

Der Handelsvertreter erhält für die von ihm vermittelten Geschäfte eine Provision. Die Ausgestaltung sowie die Höhe einer solchen Provision unterliegt grundsätzlich der Vertragsfreiheit der Parteien.

---

[56] *Emde,* in: ZIP 2022, 106.

[57] Bieder, in: Beck Online Großkommentar zum HGB, Stand 15. Mai 2021, § 86a HGB Rn. 12.

[58] OLG Frankfurt, Urt. v. 31. Juli 2007 – 5 U 255/03; *Emde,* in: ZIP 2022, 106 (110).

[59] *Emde,* in: ZIP 2022, 106 (113 ff).

[60] BGH, Urt. v. 4. Mai 2011 – VIII ZR 11/10.

[61] BGH, Urt. v. 16. Nov. 2016 – VII ZR 6/16.

[62] *Emde,* in: ZIP 2022, 106 (115 ff).

Allerdings setzt das deutsche Recht – beruhend auf Artikel 6 der oben zitierten europäischen Richtlinie – dieser Vertragsfreiheit gewisse Grenzen. Nach § 87b HGB ist nämlich dann, wenn eine Vereinbarung über die Höhe der Provision nicht vorliegt, der übliche Satz als vereinbart anzusehen.

§ 87b HGB führt im Ergebnis somit dazu, dass eine Provisionsregelung nicht von den Parteien vertraglich ausgeschlossen werden kann. Selbst wenn die Parteien keinerlei Regelungen hierzu treffen oder die vereinbarten Regelungen unwirksam sein sollten, gilt eben der übliche Satz als vereinbarte Provision.

Das deutsche Recht geht insofern sogar noch einen Schritt über den Wortlaut des § 87b HGB hinaus. Der übliche Satz gilt nämlich nicht nur dann als vereinbart, wenn die Parteien keine Regelung zur Höhe der Provision getroffen haben. Er gilt vielmehr auch, wenn die vereinbarte Provision so niedrig bemessen ist, dass sie nicht als ausreichende Gegenleistung für die Tätigkeit des Handelsvertreters eingestuft werden kann (sog. Hungerprovision).[63]

Darüber hinaus gilt in Ermangelung entsprechender Regelungen neben der üblichen Provision auch die übliche Bemessungs- und Berechnungsgrundlage als vereinbart. Das deutsche Recht schützt den Handelsvertreter somit umfassend davor, dass ein Hersteller ihm unzureichende Provisionsregelungen vorlegt.

Zur Feststellung der üblichen Provision ist zunächst genau Art und Inhalt des Geschäftes festzustellen. Danach ist zu ermitteln, welchen Provisionssatz andere Unternehmer dieses Geschäftszweiges für die Vermittlung und den Abschluss derartiger Geschäfte zahlen. Hierbei sind auch die Gepflogenheiten des Ortes, an dem der Handelsvertreter seine Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen. Weitere zu berücksichtigende Faktoren können beispielsweise lange Verhandlungsdauer, Beratungsaufwand, Grad der Mitursächlichkeit, erforderliche Spezialkenntnisse und Personalaufwand des Handelsvertreters sein.[64]

[63] *Ströbl*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, § 87b HGB Rn. 10.

[64] Vgl. hierzu sowie zum europäischen Recht: *Emde/Vivaldi*, in: ZVertriebsR 2017, 3 (5).

5 Schweiz: Auswirkungen Agenturmodell

Die Kfz-Hersteller werden mindestens mittelfristig auch den Kfz-Vertrieb in der Schweiz an ihr im EU-Raum geplantes (bzw. teilweise schon praktiziertes) Vertriebsmodell anpassen wollen. In diesem Zusammenhang stellt sich somit die Frage, welche rechtlichen und insbesondere kartellrechtlichen Grenzen Kfz-Hersteller nach Schweizer Recht beachten müssen, um ihre Vertriebssysteme rechtskonform zu gestalten.

5.1 Konvergenz von Schweizer und EU-Kartellrecht bei vertikalen Abreden

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Beurteilung von Sachverhalten nach Schweizer Kartellrecht im Ergebnis den europäischen Vorgaben und Lösungen entspricht: Der Schweizer Gesetzgeber betont seit der Kartellrechtsrevision 1995 wiederholt die grundsätzliche Kompatibilität und Vergleichbarkeit des Schweizer Kartellgesetzes (KG) mit dem europäischen Wettbewerbsrecht[65] – diese Konvergenz des Rechts ist und bleibt denn auch ein ständiges Motiv zur Weiterentwicklung des Schweizer KG und ermöglicht auf die langjährige, gefestigte und rationelle Praxis der EU abzustellen. Auch Lehre und Rechtsprechung bestätigen die Gleichläufigkeit von Schweizer und EU-Recht explizit.[66]

Die schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) erliess mit der aktuellen Vertikalbekanntmachung (VertBek) und deren Erläuterungen das Schweizer Gegenstück zur europäischen Vertikal-GVO, wobei sie folgendes explizit festhält:

- Die VertBek basiert auf den europäischen Rechtsgrundlagen zu vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Dennoch wurde die VertBek mit einem sog. «Swiss Finish» versehen.

- Die VertBek «trägt der jüngsten Fallpraxis der Wettbewerbskommission sowie den Anpassungen im europäischen Recht – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – Rechnung.».

- In der Schweiz kommen im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung wie in der EU. Dies zur Vermeidung der Isolierung des Schweizer Markts und zur Schaffung von Rechtssicherheit.

- Die europäischen Regeln gelten auch analog für die Schweiz.

Die Förderung eines offenen Marktes und die Rechtssicherheit sind beides Ziele, die auch bei der Missbrauchskontrolle einen überragenden Stellenwert in der Entwicklung des Schweizer Kartellrechts besitzen: Erst Anfang 2022 wurde das Schweizer Kartellrecht um das Konzept der relativen Marktmacht ergänzt, wobei auch hier der offene europäische Markt sowie die Rechtssicherheit Leitmotive waren.

[65] BBl 1995 531; BBl 2001 2051; BBl 2012 3937.

[66] BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3; Laura Melusine Baudenbacher, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, in: Jusletter vom 30. Mai 2022.

Denn die Kartellrechtsrevision ist eine explizite Massnahme, um Missbräuche (relativ) marktmächtiger Unternehmen im grenzüberschreitenden Handel zu verhindern (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) – sie soll somit für offene Märkte sorgen. Ausserdem wurde der Gesetzeswortlaut von Art. 4 Abs. 2bis KG (Legaldefinition relativ marktmächtiger Unternehmen) stark an den deutschen Gesetzeswortlaut von § 20 GWB angelehnt, was den Rückgriff auf eine bewährte Rechtsprechung ermöglicht und somit die Rechtssicherheit erhöht.

Es folgt, dass sowohl aus gesetzgeberischer als auch aus behördlicher Sicht ein weitgehender Gleichlauf des Schweizer und europäischen Kartellrechts und insbesondere eine gleiche Behandlung von vertikalen Abreden im Automobilsektor angestrebt wird.

5.2 Verstärkte Regulierung und Durchsetzung des Schweizer Automobilmarkts

Zu erwähnen ist weiter die Bekanntmachung der schweizerischen Wettbewerbskommission über die wettbewerbliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bek). Auch dieses Regelwerk beruht massgeblich auf dem europäischen Vorbild der KFZ-GVO der EU mit den beiden Zielen der Vermeidung der Isolierung des Schweizerischen Marktes sowie der Schaffung von Rechtssicherheit (vgl. Erwägungen II, III und V KFZ-Bek).

Hervorzuheben ist, dass gerade im Bereich des Vertriebs von Automobilen, Automobilzubehör und Ersatzteile sowie Automobil Service- und Wartungsdienstleistungen ein starker politischer Wille zur Schaffung von wirksamen Wettbewerb besteht: Dieser manifestierte sich in der Annahme der Motion „Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel“ (Motion Pfister).[67] Mit der Motion wird der Erlass einer Verordnung nach Art. 6 KG gefordert, mittels welcher die konkreten Regeln der KFZ-Bek (auch) für Verwaltungs- und Zivilgerichte verbindlich werden. Es wäre das erste Mal überhaupt, dass der Bundesrat seine Verordnungskompetenz nach Art. 6 KG wahrnähme.

5.3 Schweizer Kartellrecht – Geltung und Anwendbarkeit

Gemäss Art. 2 KG gilt das Kartellrecht für Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts, deren Abreden oder Verhaltensweisen sich in der Schweiz auswirken. Nicht anwendbar ist das Kartellrecht, soweit Vorschriften bestehen, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Für Unternehmen im Bereich des Vertriebs von Automobilen und Serviceleistungen in der Schweiz ist das Kartellrecht ohne weiteres anwendbar. Insbesondere existieren keine Vorschriften, welche den Wettbewerb zwischen den Importeuren bzw. den Vertriebspartnern ausschliessen.

[67] Motion 18.3898.

5.4 Abreden im Automobilsektor nach Schweizer Recht

5.4.1 Grundsatz: Abrede zwischen zwei *wirtschaftlich* selbstständigen Unternehmen

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine Wettbewerbsabrede eine rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedenen Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Insbesondere die (Vertriebs-)Verträge – oft als Servicepartner-Verträge bezeichnet – zwischen dem Hersteller bzw. Importeur und der Garage sind Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG.

Eine Wettbewerbsabrede erfordert immer eine Vereinbarung zwischen zwei *wirtschaftlich selbstständigen* Marktteilnehmern. Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbstständigkeit kann aufgrund der dauerhaften Kontrollverhältnisse und dementsprechenden Abhängigkeiten in der operativen Geschäftsführung entfallen. Zu denken ist in diesem Kontext in erster Linie an Konzernverhältnisse. Die wirtschaftliche Selbstständigkeit kann jedoch auch aufgrund eines individuellen Vertragsverhältnisses und nur in Bezug auf dieses entfallen. Zu denken ist in diesem Kontext v.a. an Agentur- sowie Kommissionsverhältnisse (Art. 418a ff. und Art. 425 ff. OR). Hier entfällt zwar nicht – wie in Konzernverhältnissen – die Selbstständigkeit des Unternehmens als Ganzes, sondern nur jene in Bezug auf den Vertragsgegenstand, also in Bezug auf die zu vermarktende Ware oder Dienstleistung.[68]

Parallel zum sog. Konzernprivileg, mit welchem Abreden im Rahmen von Konzernverhältnissen dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen werden, besteht im europäischen Recht auch eine gefestigte Praxis zum sog. Handelsvertreterprivileg. Nach dem Handelsvertreterprivileg wird – ähnlich wie in Konzernverhältnissen – die Geschäftsbeziehung zwischen Auftraggeber (Geschäftsherr) und Beauftragtem (Handelsvertreter) dem Kartellrecht entzogen. Im Grundsatz ist hierfür entscheidend, welche Partei die wesentlichen Risiken des Geschäfts trägt. Die Einordnung eines Vertrages als Handelsvertretervertrag nach nationalem Recht ist für die kartellrechtliche Bewertung dabei genauso belanglos, wie die Frage, ob der Vertreter für einen oder mehrere Auftraggeber tätig wird. Wenn nämlich der Auftraggeber trotz Einsatz eines Agenten oder eines Kommissionärs die wesentlichen Risiken, welche mit dem Absatz einer Ware oder Dienstleistung verbunden sind, weiterhin trägt, ist es gerechtfertigt, dass er die zentralen Entscheidungen im Rahmen der Geschäftsstrategie treffen darf. Insbesondere betrifft dies auch die Bestimmung des Preises oder des Absatzgebietes. In solchen Konstellationen ist demnach die Risikoverteilung zwischen Geschäftsherrn und Handelsvertreter zu untersuchen.

In der Schweiz existieren im Gegensatz zur EU weder spezielle Rechtsquellen noch eine gefestigte Praxis zum kartellrechtlichen Umgang mit Vertretungsverhältnissen.[69] Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht gehen in ihrer jüngsten Rechtsprechung zumindest von einer sinngemässen Anwendung des Handelsvertreterprivilegs aus, ohne jedoch formell das europäische Recht zu übernehmen oder eine eigene Dogmatik zu entwickeln.[70] Zur genaueren Klärung der Rechtslage in der Schweiz kann indes

[68] SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N 24, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE-KG Kommentar, 2018.

[69] WEKO RPW 2020/2, S. 632, Rz. 65, *AdBlue*.

[70] vgl. BGE 148 II 321, E. 6.5 f.

auf die Rechtsprechung der Weko bzw. dessen Sekretariats abgestellt werden. Im Folgenden werden – soweit ersichtlich – die Grundsätze einer schweizerischen Praxis zu Vertretungsverhältnissen herausgearbeitet.

Festzuhalten ist, dass die Weko sich klar dazu bekennt, dass gewisse Vertretungsverhältnisse abhängig von der Risikoverteilung der Geschäftsrisiken auch in der Schweiz von der Anwendung des Kartellrechts auszunehmen sind. Folglich ist auch der in der EU herrschende Risikoansatz zur Qualifikation der wirtschaftlichen Selbstständigkeit im Grundsatz zu übernehmen, wobei die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen der Schweiz zu berücksichtigen sind. Die Weko deutet wiederholt an, dass es auch in der Schweiz auf die Gesamtbetrachtung der Verteilung der geschäftlichen Risiken ankommt. Insofern ist es für die Bestimmung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit nicht entscheidend, ob eines der in den Leitlinien aufgezählten Risiken vom Beauftragten übernommen wird, sondern es hat stets noch eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen. Damit wird ausserdem ausgedrückt, dass die Tragung eines Risikos auch durch eine entsprechende Entschädigung kompensiert werden kann.[71]

Zusammenfassend kann für das Schweizer Recht somit auf die Ausführungen zum EU-Recht verwiesen werden, sowohl bezüglich Risikoverteilung als auch bezüglich Kompensationsmöglichkeit.

5.4.2 Kartellrechtliche Grenzen

5.4.2.1 Kartellrechtliche Grenzen bei der echten Agentur

Bei Vorliegen einer echten Agentur ist nicht mehr von zwei wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts auszugehen. Folglich kommt eine Kartellabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht mehr in Betracht und aus Art. 5 KG ergeben sich keine kartellrechtlichen Grenzen – die Anwendbarkeit von Art. 7 KG bleibt davon unberührt.

5.4.2.2 Kartellrechtliche Grenzen bei der unechten Agentur

5.4.2.2.1 Allgemeine kartellrechtliche Grenzen

Bei Vorliegen der unechten Agentur stehen sich Hersteller/Importeur und Vertriebspartner als zwei wirtschaftlich selbstständige Unternehmen im Sinne des Kartellrechts gegenüber und der Händlervertrag ist eine Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG. Wird im Händlervertrag weiter (i) die Möglichkeit einer Vertragspartei eingeschränkt, sein Marktverhalten bzw. wirtschaftliche Entscheidungen selbstständig festzulegen und (ii) bewirkt oder bezweckt dies (iii) eine Wettbewerbsbeschränkung, ist Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt und der Vertrag ist auf eine unzulässige Kartellabrede gem. Art. 5 KG zu untersuchen.

---

[71] Zum Ganzen: WEKO RPW 2020/2, S. 632 ff., Rz. 65, *AdBlue*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N 24, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE-KG Kommentar, 2018; WEKO RPW 2013/4, S. 481 f., Rz. 34, *Costa Kreuzfahrten*; MARQUARD CHRISTEN/HADI MIRZAI, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, Rz. 15 mit Hinweisen in: Jusletter 15. Oktober 2018; WEKO RPW 2016/1, S. 67 ff., Rz. 98, *Online Buchungsplattformen für Hotels*; WEKO RPW 2017/4, S. 696 ff., Rz. 50, *Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*.

Nach Art. 5 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Die Beseitigung des Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (vertikale Abreden) über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. harte Kartellabreden mit passivem Verkaufsverbot, Art. 5 Abs. 4 KG).

Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann widerlegt werden, indem bewiesen wird, dass auf dem betroffenen Markt weiterhin ein wirksamer Restwettbewerb besteht. In den meisten Fällen gelingt dieser Beweis des Gegenteils denn auch, da auf den meisten Märkten nicht nur der Preis, sondern auch andere Wettbewerbsparameter massgebend sind – mangels einer Abrede über alle relevanten Wettbewerbsparameter, kann jedoch nicht von einer Beseitigung des Wettbewerbs ausgegangen werden.[72] In diesem Fall ist zu untersuchen, ob eine Abrede den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigt.

Ob eine Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, beurteilt sich nach qualitativen und quantitativen Elementen, wobei eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen hat: eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein und umgekehrt.[73] Das Bundesgericht erklärte, dass sich die Erheblichkeit einer Abrede vorzugsweise aus qualitativer Kriterien abzuleiten sei; gewisse Abreden sind daher schon aufgrund ihres Gegenstandes und ohne Berücksichtigung quantitativer Elemente erheblich. In Fällen von Art. 5 Abs. 4 KG, bei denen die Beseitigungsvermutung widerlegt wurde, wird seit dem *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts aufgrund der ausgeprägten qualitativen Schädlichkeit von Preis- und Gebietsabreden grundsätzlich von einer Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgegangen.[74]

Die VertBek (Art. 15) konkretisiert weiter in welchen Fällen die Weko bei selektiven Vertriebssystemen von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgeht:

- die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, mit Ausnahme
    - der Beschränkung des aktiven Verkaufs durch Mitglieder des selektiven Vertriebssystems und durch ihre Direktkundinnen in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe, das bzw. die der Anbieterin vorbehalten ist oder von der Anbieterin höchstens fünf Alleinvertriebshändlerinnen exklusiv zugewiesen wurde;

[72] Vgl. BGE 129 II 18 E. 8.3.3 ff.; vgl. MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, Art. 5 Abs. 2 N 574 ff., in: Amstutz/Reinert (Hrsg.)

[73] Vgl. Vert-Bek Ziff. 12 Abs. 1 lit. b.

[74] BGE 143 II 297 E. 5.6.

- der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs durch Mitglieder des selektiven Vertriebssystems und durch ihre Kundinnen an nicht zugelassene Händlerinnen in dem Gebiet, in dem das selektive Vertriebssystem betrieben wird;

- der Beschränkung des Niederlassungsorts der Mitglieder des selektiven Vertriebssystems;

- der Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Grosshandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems;

- der Beschränkung der Möglichkeit, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, aktiv oder passiv an Kundinnen zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie die Anbieterin herstellt;

– die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems, die auf derselben Handelsstufe oder unterschiedlichen Handelsstufen tätig sind;

– die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems.

5.4.2.2.2 Grenzen mit Bezug auf die Preisbindung zweiter Hand

Beim Kfz-Vertrieb im Agenturmodell erhalten die Agenten des Herstellers/Importeurs eine fixe Provision pro verkauftem Kfz, welche üblicherweise in Höhe eines prozentualen Anteils eines dem Hersteller/Importeur fix zukommenden Grundpreises des Kfz berechnet wird. Es stellt sich die Frage, unter welchen Umständen ein solches provisionsbasiertes unechten Agentursystem eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs darstellt.

5.4.2.2.2.1 Grundsatz zu Preisbindung zweiter Hand

Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet bei einer direkten oder indirekten Preisfestsetzung im vertikalen Verhältnis, d.h. wenn Kfz-Hersteller/Importeure und Vertriebspartner vertraglich den Verkaufspreis bzw. einen Mindestverkaufspreis (für den Weiterverkauf) der Kfz festlegen.[75] Die Preisfestsetzung kann dabei direkt oder indirekt erfolgen. Als indirekte Preisabreden kommen insbesondere Abreden über Preiselemente infrage, d.h. bspw. Abreden über Margen oder Rabatte, sowie Anreizsysteme zur Wahrung eines bestimmten Preisniveaus, etwa indem Rabatte oder Kostenerstattungen vom Wiederverkaufspreis abhängig gemacht werden.[76] Weiter werden auch Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Lieferverzögerungen im Zusammenhang mit der Durchsetzung eines bestimmten Preisniveaus unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert.[77]

---

[75] Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 N 474, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[76] Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Rz. 187.

[77] BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 N 481, in: Zäch et al. (Hrsg.).

Kein Fall einer Preisbindung zweiter Hand liegt vor, wenn Hersteller/Importeure und unechte Agenten Höchstpreise festlegen. Dies jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass Höchstpreise in der Praxis sich nicht wie (unzulässige) Mindest- oder Festpreise auswirken, weil ein Grossteil der unechten Agenten den Höchstpreis anwendet.[78] Ein als Höchstpreis bezeichneter Preis fällt indes unter Art. 5 Abs. 4 KG, wenn der Höchstpreis derart niedrig angesetzt wird, dass es wirtschaftlich nicht möglich oder sinnvoll ist, diesen zu unterschreiten.[79] Keine verpönte Wirkung hat ein Höchstpreis nur dann, wenn dem unechten Agenten ein Preisgestaltungsspielraum nach unten bleibt;[80] dieser Gestaltungsspielraum muss gross genug sein, um mit anderen unechten Agenten in einen wirksamen Preiswettbewerb treten zu können.[81] Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob ein Höchstpreis tatsächlich explizit vereinbart wurde – ein solcher liegt auch dann vor, wenn einzelne Preisbestandteile vereinbart werden, die zusammengefügt einen Höchstpreis ergeben.[82]

Betreffend Provisionszahlungen ist den Leitlinien der EU zu entnehmen, dass jede unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den unechten Agenten daran hindern oder einschränken würde, seine Provision mit dem Kunden zu teilen, unabhängig davon, ob es sich um eine feste oder eine variable Provision handle, eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. a der Vertikal-GVO ist. Dem unechten Agenten soll es daher freigestellt sein, den vom Kunden tatsächlich zu zahlenden Preis zu senken, ohne dass dadurch das Einkommen des Auftraggebers geschmälert würde.[83] In diesem Zusammenhang hatte die Kommission unter dem alten Regime der ex-ante Freistellung von vertikalen Vereinbarungen in der Sache *Eirpage* denn auch festgehalten: *„Durch die Festsetzung der Bezugspreise für die von Eirpage angebotenen Funkrufdienste wird der Preiswettbewerb unter Vertretern nicht ausgeschlossen. Diese sind oft bereit, Nachlässe auf ihre Provision zu gewähren, um sich Geschäfte zu sichern, und praktizieren dadurch im Ergebnis günstigere Bezugspreise.“* Die an die Vertreter gerichtete Provision betrug in diesem Fall zwischen 10 und 30 %, je nach Anzahl der erfolgreichen Kundenvermittlungen bzw. Vertragsabschlüsse.[84]

5.4.2.2.2.2 Klare Fälle einer Preisbindung zweiter Hand

An dieser Stelle ist zunächst nochmals darauf hinzuweisen, dass beim Vertrieb über echte Agenten mangels Anwendbarkeit von Art. 5 KG unabhängig von der Ausgestaltung des Preis- und Provisionensystems keine kartellrechtliche unzulässige Abrede vorliegen kann. Im Fokus des Kartellrechts mit Bezug auf die Preisbindung zweiter Hand ist einzig der Vertrieb über unechte Agenten.[85]

---

[78] BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 N 497, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[79] Vgl. SEELIGER, § 11 Rz. 146 in fine und Rz. 156, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, München 2016; VEELKEN, Vertikal-VO Rz. 181, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007; HENGST, Art. 101 AEUV Rz. 271 sowie NOLTE, Nach Art. 101 AEUV Rz. 464 in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar Band 2 Europäisches Kartellrecht, Köln 2018.

[80] NOLTE, Nach Art. 101 AEUV Rz. 464 in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar Band 2 Europäisches Kartellrecht, Köln 2018.

[81] Beschluss der Kommission in der Sache IV/32.737– Eirpage; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 N 114, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[82] SEELIGER, § 11 Rz. 156, in: Wiedemann.

[83] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Rz. 192.

[84] Beschluss der Kommission in der Sache IV/32.737– Eirpage.

[85] Vgl. 5.4.2.1.

Eine Preisbindung zweiter Hand liegt bei unechter Agentur sodann offensichtlich vor, wenn der Hersteller/Importeur mit dem unechten Agenturmodell – direkt oder indirekt – bezwecken und implementieren will, dass die Endkundenpreise für die von ihm hergestellten/importierten Kfz auf dem Markt gleich sind. In diesem Fall läge eine vertikale Abrede über Festpreise vor, die vermutungsweise den Preiswettbewerb (zwischen den Vertriebspartnern) beseitigt und grundsätzlich zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt (Art. 5 Abs. 1 KG).[86] Der im Ergebnis gleiche Fall, bei dem klar eine unzulässige Preisbindung zweiter Hand vorliegt, ist, wenn der Hersteller seinen Vertriebspartnern – direkt oder indirekt – verbietet, den Endkundenpreis zulasten seiner Provision herabzusetzen.

Zweitens ist klar von einer unzulässigen vertikalen Preisabrede auszugehen, wenn die Provision pro verkauftem Kfz an die unechten Agenten von den Herstellern/Importeuren derart tief angesetzt wird, dass die unechten Agenten praktisch keine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit erhalten, mit anderen Markenhändlern in den Preiswettbewerb zu treten. Denn in diesem Fall wird der Preis über die beiden Preiselemente des (i) Listenpreises (zuhanden des Herstellers) und der (ii) Provision (zuhanden des Vertriebspartners) am gesamten Markt harmonisiert, da den Vertriebspartnern faktisch keine andere Wahl bleibt, als die Kfz dem Endkunden inkl. voller Provision – und damit zu gleichen Preis – anzubieten. Ob eine solche versteckte Preisfestsetzung vorliegt, kann betriebswirtschaftlich nachgewiesen werden, indem Kosten für den Verkauf eines Kfz und die Provision pro Kfz einander gegenübergestellt werden.

5.4.2.2.2.3 Grundsätze zur Provisionshöhe bei unechten Agenten

Grundsätzlich und abstrakt ausgedrückt: Um die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 4 KG bzw. die grundsätzliche Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Vertriebsmodell über unechte Agenten ausschliessen zu können, ist erforderlich, dass die Vertriebspartner erstens die Möglichkeit haben, miteinander in Preiswettbewerb zu treten und zweitens dies auch tun.

Die untere Grenze, bei der wie eben gesehen kein Preiswettbewerb stattfindet bzw. stattfinden kann, ist, wenn die Provision die Kosten des unechten Agenten sowie einen minimalen Margenanspruch des unechten Agenten nur knapp deckt. Dies führt zu einem unzulässigen Festpreis.[87] Auf der anderen Seite des Spektrums ist festzulegen, ab welcher Provisionshöhe gesichert von wirksamem Wettbewerb ausgegangen werden kann. Hierfür kann ohne weiteres auf die Margenverhältnisse im klassischen Vertriebsmodells über Wiederverkäufer abgestellt werden, denn diese ermöglichen bzw. führen wahrnehmbar zu Preiswettbewerb zwischen den unechten Agenten. Entspricht oder übersteigt die Provision des unechten Agenten demnach die bisher bestehenden frei verfügbaren Margen, d.h. der Differenz zwischen Listen- und Händlerpreis, liegt wirksamer Wettbewerb vor. Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 1 KG sind zumindest aufgrund der Provisionshöhe nicht erfüllt.

Vor dem Hintergrund, dass die Hersteller/Importeure mit dem Umstieg auf den Vertrieb über die unechte Agentur beabsichtigen, Vertriebskosten zulasten der Vertriebspartner zu senken, bleibt fraglich, wo zwischen den beiden Fixpunkten des (i) harmonisierenden Höchstpreises einerseits und (ii) der

[86] Vgl. 5.4.2.2.1; vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6.

[87] Vgl. 5.4.2.2.2.2

wettbewerbsfreundlichen frei verfügbaren Marge andererseits die untere Grenze der Provisionshöhe liegt, ab welcher kein wirksamer Preiswettbewerb mehr gegeben ist, sodass die Kombination aus Listenpreis (zuhanden des Herstellers) und Provision zu einem Festpreis führt.

Klar ist zunächst Folgendes: auf einem optimalen Markt ergäbe sich die kartellrechtskonforme Provisionshöhe ausschliesslich aus Angebot und Nachfrage am Kfz-Vertriebsmarkt – normative Überlegungen oder Grundsätze zur Provisionshöhe wären weder nötig noch sind solche vom Kartellrecht bezweckt. Da allerdings die Hersteller marktmächtig bzw. die unechten Agenten von den Herstellern abhängig sind[88] und mithin weder ein optimaler noch ein sonst wie funktionsfähiger Markt besteht, welcher eine Provisionshöhe nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen hervorbringen könnte, sind in diesem Zusammenhang normative Ansätze notwendig, wobei – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung hierzu existiert.

Um die Provisionshöhe, bei welcher weiterhin wirksamer Wettbewerb zwischen den unechten Agenten besteht, annähernd eingrenzen zu können, sind im Falle der Umstellung auf den Vertrieb mittels unechten Agenturen vor allem folgende Parameter näher zu betrachten:

- *Frei verfügbare Marge im klassischen Kfz-Vertrieb als Benchmark.* Zunächst ist das Margenniveau im klassischen Kfz-Vertrieb zu ermitteln und als Benchmark heranzuziehen, denn nur bei diesem ist vermutungsweise von einem wirksamen Preiswettbewerb auszugehen mit der Konsequenz, dass nur dieses Margenniveau einen geeigneten Ausgangspunkt zur Ermittlung einer unteren Grenze der Provisionshöhe zulässt.

- *Veränderung in der Kostenverteilung zwischen Agenten und Hersteller/Importeur.* Sollte der Hersteller/Importeur im Zuge der Umstellung auf ein Vertriebssystem mit unechten Agenten Kosten übernehmen, die der Händler bisher trug, hat es keinen Einfluss auf den wirksamen Preiswettbewerb, wenn die Provision (vormals Marge) im gleichen Verhältnis herabgesetzt wird. Denn für den Preiswettbewerb entscheidend ist, welcher Teil der Provision dem unechten Agenten zur freien Verfügung steht und nicht zur Kostendeckung aufgewendet werden muss. Bleibt der frei verfügbare Teil der Provision bzw. Marge stabil, kann davon ausgegangen werden, dass auch die Möglichkeit, in Preiswettbewerb zu treten, erhalten bleibt.

- *Indikator: Durchschnittshöhe des bisher gewährten Rabatts.* Wird die Provision bzw. Marge effektiv verringert, sodass auch der frei verfügbare Anteil der Provision zur Gewährung von Rabatten verkleinert wird, ist fraglich, welches die untere Grenze der Provisionshöhe ist, ab welcher nicht mehr von wirksamem Preiswettbewerb auszugehen ist.

  Vorausgeschickt sei, dass das Bestehen eines wirksamen Preiswettbewerbs nur im Einzelfall aufgrund empirischer Analysen erfolgen kann. Im Sinne einer pragmatischen ex-ante Würdigung der Provisionshöhe bietet jedoch die bisher durchschnittlich gewährte Rabatthöhe (Differenz zwischen Endkunden-Listenpreis und tatsächlich erzieltem Verkaufspreis) im klassischen

[88] Vgl. 5.5 ff.

Vertriebssystem wertvolle Erkenntnisse. Denn der durchschnittliche Rabatt zeigt in einer aggregierten Gesamtsicht, bis zu welcher Höhe die unechten Agenten durchschnittlich bereit waren, ihre frei verfügbare Marge im Sinne des Preiswettbewerbes für Rabatte zu verwenden.

Liegt die Provision unterhalb oder gleichauf mit der frei verfügbaren Marge abzüglich durchschnittlicher Rabatthöhe, ist dies ein starkes Indiz für eine Beseitigung des Preiswettbewerbes zwischen den unechten Agenten. Denn der durchschnittliche unechte Agent hätte ab dem entsprechenden Verkaufspreis keinen Raum für weitere Rabatte gesehen bzw. weitere Rabatte gewährt – betreffend Provisionshöhe heisst dies, dass die unechten Agenten bei einer Provision in entsprechender Höhe keine Rabatte gewähren würden und der Verkaufspreis sich entsprechend stabilisieren würde.

Je weiter die Provision über der frei verfügbaren Marge abzüglich durchschnittlicher Rabatthöhe festgelegt wird, je eher kann davon ausgegangen werden, dass die unechten Agenten genügend Preisgestaltungsspielraum behalten, um miteinander in wirksamen Preiswettbewerb zu treten. Das heisst umgekehrt auch, dass eine Provision, welche nur knapp über der frei verfügbaren Marge abzüglich durchschnittlicher Rabatthöhe liegt, mit Bezug auf den wirksamen Preiswettbewerb kritisch bleibt.

Schliesslich beliebt zu erwähnen, dass auch andere – typischerweise komplexere – Methoden, wie bspw. die Ermittlung der Kreuzpreiselastizität am Kfz-Markt, bei der die Preissensitivität der Kunden ermittelt wird, als Indikatoren herangezogen werden könnten. Für die kartellrechtliche ex-ante Würdigung zu den Anforderungen der Provisionshöhe wird aus pragmatischen Gründen darauf verzichtet, auf komplexere Methoden einzugehen. Denn erstens ist davon auszugehen, dass die Erkenntnisse zum wirksamen Preiswettbewerb aus anderen Methoden nahe an den Erkenntnissen aus der durchschnittlichen Rabatthöhe liegen würden, und zweitens liegt es im Untersuchungsfall an der Weko, mittels eigener wie geeigneter Methoden den wirksamen Preiswettbewerb im Einzelfall aus einer ex-post Sicht zu analysieren – ein konkreteres Antizipieren solcher Analysen ist mangels Rechtsprechung sowie Einzelfall weder möglich noch zweckmässig.

5.4.2.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

Wie gesehen führt eine zu tief angesetzte Provision zu einem Festpreis gemäss Art. 5 Abs. 4 KG und damit im Fall der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in Anwendung der *Gaba*-Rechtsprechung zur grundsätzlich erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG. Die oben dargelegten Parameter geben eine konkrete Orientierung, wie hoch die Provision sein muss, um nicht den Tatbestand der Preisbindung zweiter Hand i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu erfüllen.

In Anwendung der genannten Parameter ist bei einer Provisionshöhe, welche unterhalb oder gleichauf mit frei verfügbaren Margen abzüglich durchschnittlicher Rabatthöhe liegt, tendenziell von der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen – zumindest ist dessen Anwendung stark indiziert. Liegt die Provisionshöhe allerdings über diesem Niveau, wird die Anwendung Art. 5 Abs. 4 KG weniger eindeutig,

denn in diesem Fall könnte ein genügender Preisgestaltungsspielraum der unechten Agenten bestehen; insbesondere ist jedoch nicht auszuschliessen, dass die Weko dies dennoch als Preisabrede beurteilen wird, da es sich um Abreden handelt, die den Preis beeinflussen..

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in jedem Fall, indem trotz sehr knapp bemessener Provision nicht von einem Festpreis i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG ausgegangen wird – unabhängig von der Anwendung der vorgeschlagenen Parameter –, trotzdem aufgrund der Provisionshöhe eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen kann. Denn eine Ablehnung der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG schliesst nicht aus, dass der Wettbewerbsparameter „Preis" innerhalb von Art. 5 Abs.1 KG untersucht werden kann.

Führt die Provision zwar nicht zu einem Festpreis, aber ist diese dennoch so knapp bemessen wird, dass die Wettbewerbsintensität zwischen den unechten Agenten erheblich reduziert ist, kann eine erhebliche Beeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen. Dies umso mehr, als dass in diesem Fall erstens die qualitative Erheblichkeit gegeben sein dürfte – der Parameter „Preis" hat kartellrechtlich einen überragenden Stellenwert – und zweitens, als dass auch die quantitative Erheblichkeit gegeben sein dürfte, denn der Hersteller/Importeur führt die knapp bemessene Provision vermutungsweise in seinem gesamten Vertriebsnetz ein.

Zusammengefasst hat die Provision somit sowohl den Anforderungen von Art. 5 Abs. 4 KG als auch den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 KG zu entsprechen.

5.5 Marktmachtmissbrauch

5.5.1 Marktmachtmissbrauch und seine Relevanz im Automobilvertrieb

Die zweite Säule des Kartellrechts bildet die Missbrauchskontrolle aus Art. 7 KG: „Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen."

Art. 7 KG schützt zum einen aktuelle und potentielle Konkurrenten des marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens vor einer Behinderung in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs (Behinderungsmissbrauch); zum anderen soll die Marktgegenseite, d.h. Abnehmer oder Lieferanten, vor einer ausbeutenden Verhaltensweisen solcher Unternehmen geschützt werden (Ausbeutungsmissbrauch).[89]

Bei der Gestaltung von Verträgen für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen sind deswegen nicht nur die durch Art. 5 KG gesetzten Grenzen zu beachten, denn auch das unilaterale Verhalten eines Herstellers oder Abnehmers unterliegt bei Vorliegen von Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht

[89] BBl 1995 569.

kartellrechtlichen Grenzen. Insbesondere der traditionelle Automobilvertrieb über autorisierte Markenhändler ist von einem Abhängigkeitsverhältnis zwischen Herstellern und Händlern geprägt:[90] Die Automobilhersteller unterhalten überwiegend selektive Vertriebssysteme, innerhalb welcher die Neuwagen nur über zugelassene Händler vertrieben werden, welche die meist umfangreichen Standards in Sachen Verkaufsfläche, Showroom, Personal etc. erfüllen müssen.[91]

Im Kontext des Automobilvertriebs steht somit der Ausbeutungsmissbrauch im Vordergrund – die Autohändler sind Marktgegenseite der Autohersteller/Importeure, die unter Umständen marktbeherrschend bzw. relativ marktmächtig sind. Insbesondere die vorliegend einzuordnende Umstellung von einem selektiven Vertriebssystem auf ein Agentursystem ist im Lichte des Ausbeutungsmissbrauchs zu analysieren, werden doch Rechte und Pflichten der Autohändler neu festgelegt bzw. Risiken neu verteilt. Gleichzeitig planen einige Hersteller im Zuge der Umstellung auch, ihre Fahrzeuge dual zu vertreiben; in dieser Konstellation können sich Autohändler und Hersteller als Konkurrenten gegenüberstehen, womit auch Fälle von Behinderungsmissbräuchen relevant werden könnten.

5.5.2 Marktbeherrschung der Automobilhersteller nach Art. 4 Abs. 2 KG

5.5.2.1 Begriff der Marktbeherrschung

Die kartellrechtlichen Schranken aus Art. 7 KG sind ausschliesslich von marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen zu beachten. Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob es marktbeherrschende und als dann, ob es relativ marktmächtige Unternehmen gibt. Als marktbeherrschendes Unternehmen gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Zur Bestimmung der Marktmacht ist in einem ersten Schritt der sog. relevante Markt abzugrenzen, auf dem die Marktstellung des zu beurteilenden Unternehmens analysiert werden soll; der relevante Markt ist dabei in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Die Weko stellt zur Definition des relevanten Marktes aus Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) ab: Der sachliche Markt umfasst demnach alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaft und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (lit. a);[92] der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Ware oder Leistungen anbietet (lit. b)[93]. Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum bzw. Saison, während welcher die relevanten Waren im relevanten Gebiet nachgefragt werden – diese Marktabgrenzung ist bei Produkten wie

[90] Jürgen Dispan, Branchenanalyse Kraftfahrzeuggewerbe, August 2021, S. 42.

[91] Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. g Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen; vgl.

[92] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 30, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[93] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 92, in: Zäch et al. (Hrsg.)

vorliegend Automobile, die das ganze Jahr hinweg angeboten und nachgefragt werden, ohne Bedeutung und wird nicht weiter untersucht.[94]

Auf dem relevanten Markt ist sodann die Marktstellung des zu beurteilenden Unternehmens zu analysieren. Hat ein Unternehmen einen besonderen Verhaltensspielraum, der es ihm erlaubt die relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Qualität, Konditionen etc.) ohne Rücksicht auf Konkurrenten oder die Marktgegenseite festzulegen, liegt ein Fall von Marktbeherrschung vor. Ob diese Möglichkeit sich unabhängig zu verhalten besteht, beurteilt sich danach, ob der aktuelle Wettbewerber (Marktanteile), der potenzielle Wettbewerb (Marktzutrittsschranken) oder die Stellung der Gegenseite (Ausweichmöglichkeiten im vertikalen Verhältnis) es erlauben, das wettbewerbliche Verhalten des fraglichen Marktbeherrschers zu disziplinieren.

Während die Weko bei Marktanteilen von 60 % die Marktbeherrschung regelmässig bejaht bzw. bei Marktanteilen von unter 20 % regelmässig verneint; wird bei Marktanteilen zwischen 20 % und 60 % vertieft untersucht, ob Faktoren bestehen, welche eine Marktbeherrschung begründen könnten.[95]

5.5.2.2 Vertreib von Neuwagen – Sales

5.5.2.2.1 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markte wird auch im Automobilvertrieb (Sales) aus Sicht der Endabnehmer abgegrenzt. Im Automobilvertrieb hat sich in der Schweiz (wie in der EU oder in Deutschland) eine Marktabgrenzung in verschiedene Fahrzeugsegmente etabliert; unterschieden werden demnach Märkte für Microwagen (z.B. Smart Fortwo), Kleinwagen (z.B. VW Polo), Untere Mittelklasse (z.B. VW Golf), Obere Mittelklasse (z.B. Mercedes C-Klasse), Oberklasse (z.B. Mercedes E-Klasse), Luxusklasse (z.B. Mercedes S-Klasse) und Nutzfahrzeuge.[96]

5.5.2.2.2 Räumlich relevanter Markt

Für den Vertrieb von Neuwagen wird in der Schweiz von einem nationalen Markt ausgegangen. Begründet wird die nationale Marktabgrenzung vor allem mit den Verwaltungs- und Transportkosten, die ein Import von Automobilen verursacht sowie der divergierende Rechtsrahmen für die Zulassung von Neuwagen. Des Weiteren verhindern die bestehenden selektiven Vertriebsnetze, dass unabhängige Neuwagenverkäufer den Intrabrand-Wettbewerb intensivieren.[97]

---

[94] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 116, in: Zäch et al. (Hrsg.)

[95] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 226, in: Zäch et al. (Hrsg.)

[96] Vgl. Erläuterungen zur KFZ-Bek Rz. 6 m.w.H. zur Rechtsprechung.

[97] BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, E. 7.2.3 f.

5.5.2.3 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales

5.5.2.3.1 Sachlich relevanter Markt

Für den Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen (After-Sales) ist vorab zu klären, ob dieser zusammen mit dem Markt für den Neuwagen-Vertrieb ein Systemmarkt bildet oder ob der After-Sales-Markt einen eigenständigen (Spot-)Markt bildet.

Gemäss der Systemmarkttheorie wird von einem Primärmarkt und einem diesem nachgelagerten Sekundärmarkt ausgegangen, wobei die ermittelte Marktstellung eines Unternehmens auf dem Hauptmarkt auch für den Sekundärmarkt gilt; beherrscht ein Unternehmen demnach den Hauptmarkt, beherrscht es auch den nachgelagerten Zweitmarkt und umgekehrt.[98] Die WEKO geht von Systemmärkten aus, wenn sich ein Unternehmen auf einem nachgelagerten Sekundärmarkt nicht unabhängig verhalten kann, weil das Verhalten auf dem Sekundärmarkt sich auch auf den Primärmarkt auswirken würde.[99]

Die Weko geht im Einklang mit der Auffassung in der EU davon aus, dass der Markt für Kfz-Service- und Wartungsdienstleistungen nicht systemisch mit dem Kfz-Neuwagenvertrieb verbunden ist und damit einen eigenen Markt bildet. Lediglich im Flottengeschäft, wo die Kosten für Service und Wartung für die betreffenden gewerblichen Kunden ein wesentlicher Parameter sind, könnte ein Systemmarkt bestehen.[100]

Der After-Sales-Markt wird weiter von der Weko bzw. ihrem Sekretariat markenspezifisch abgegrenzt, denn aus Sicht der Endkunden sind zugelassene Werkstätten einer bestimmten Marke oder auf bestimmte Marken spezialisierte Werkstätte nicht substituierbar mit den zugelassenen Werkstätten anderer Marken bzw. mit auf andere Marken spezialisierte Werkstätte. Dies entspricht wiederum der Auffassung der europäischen Kommission.[101]

In der Schweizer Rechtsprechung besteht weder eine bundesgerichtliche noch eine einheitliche kantonale Praxis zur Marktabgrenzung im Vertrieb von Kfz-Service- und Wartungsdienstleistungen: Die Handelsgerichte Zürich[102] und Bern[103] gingen in ihren Entscheiden nicht von einem markenspezifisch abzugrenzenden After-Sales-Markt aus – das Kantonsgericht Luzern hingegen ging in einem aktuelleren Entscheid um vorsorgliche Massnahmen von einer markenspezifischen Abgrenzung des After-Sales Markts aus.[104]

Insgesamt überzeugt die vom Kantonsgericht Luzern festgehaltene Marktabgrenzung mehr als die anderslautenden Entscheide. Zum einen entschied das Kantonsgericht Luzern unter Berücksichtigung der

---

[98] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 30, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[99] RPW 2011/1, S. 80 Rz. 24, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge;* kritisch zur Systemmarkttheorie: STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 81 ff., in: Zäch et al. (Hrsg.).

[100] Schlussbericht des Sekretariats der Weko vom 1. Mai 2018, 22-0449: Amag-Vertriebsnetz, Rz. 196.

[101] Schlussbericht des Sekretariats der Weko vom 1. Mai 2018, 22-0449: Amag-Vertriebsnetz, Rz. 197 f.

[102] Entscheid HG ZH vom 17. Dezember 2014, in: RPW 2014/4 S. 829, E. 7.2.4.

[103] Entscheid HG BE vom 26. März 2018, in: RPW 2018/2 S. 489, E. 12.4.5.

[104] Entscheid KG LU vom 29. Oktober 2019, in: RPW 2019/4 S. 1386 f., E. 7.7. ff.

Erwägungen des Sekretariats der Weko in Sachen Amag-Vertriebsnetz. Zum anderen folgt es einer aktuelleren und passenderen höchstrichterlichen Rechtsprechung aus Deutschland, die den Personenwagenmarkt betrifft – genauer die Marken Jaguar und Land Rover[105] (demgegenüber stellten die Entscheide aus Zürich und Bern noch auf einen Entscheid zur Marke MAN aus dem Nutzfahrzeugmarkt ab):

> „Hinsichtlich der Tätigkeit von Vertragswerkstätten komme es für die Marktabgrenzung auf dem vorgelagerten Ressourcenmarkt darauf an, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben. Sei dies nicht der Fall, so sei der Hersteller hinsichtlich des Zugangs zu Instandstellungs- und Wartungsdienstleistungen für seine Marken marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen (Rz. 22). Es liege nicht fern, dass zwischen Werkstattleistungen für Nutzfahrzeuge und solchen für (hochpreisige) Personenwagen speziell der Marke "Jaguar" hinsichtlich der Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer auf dem Endkundenmarkt Unterschiede bestünden. So könnten die (privaten) Eigentümer eines Personenwagens der Marke "Jaguar" etwa gesteigerten Wert darauflegen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer "Jaguar"-Vertragswerkstatt warten und instandhalten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise bezahlen müssen als in einer freien Werkstatt. Bei Nutzfahrzeugen, die zum Teil in Flotten gehalten würden und bei denen der Kostenaspekt für die (gewerbsmässigen) Eigentümer eine grössere Rolle spiele, könne dies anders sein (Rz 24).“[106]

Zu den Voraussetzungen der wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeit freier Garagen äussert sich der deutsche BGH wie folgt:

> „Eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit, als freie Werkstatt Arbeiten an Personenkraftwagen der Marken Jaguar und Land Rover auszuführen, hat die Klägerin aber nur dann, wenn sie die realistische Erwartung haben kann, eine auskömmliche Anzahl entsprechender Aufträge zu erhalten. Hierfür ist die Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Auftragserfüllung eine notwendige, aber nicht ohne weiteres hinreichende Voraussetzung. Bedeutung hat neben der spezifischen Leistungsfähigkeit einer Werkstatt und den hierfür notwendigen Vorbedingungen auch die Frage, in welchem Maße eine freie Vertragswerkstatt erwarten kann, dass Eigentümer von Fahrzeugen der Marken Jaguar und Land Rover sie für die Erbringung einer Werkstattleistung in Betracht ziehen. Auch Befindlichkeiten der Kundschaft, die eher emotional bedingt sind, können die Wettbewerbschancen eines Unternehmens beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015 - KZR 87/13, NZKart 2015, 535 Rn. 55 - Porsche-Tuning - zu den Voraussetzungen einer unternehmensbedingten Abhängigkeit) und sind daher bei der Beantwortung der Frage mit zu berücksichtigen, ob eine freie Werkstatt, die Arbeiten an Personenkraftwagen der Marken Jaguar und Land Rover durchführen will, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit hat, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des Herstellers auszuüben, mit Vertragswerkstätten der Marken Jaguar und Land Rover also aussichtsreich in Konkurrenz treten kann.“[107]

Zusammenfassend kann die markenspezifische Marktabgrenzung im After-Sales-Markt aufgrund allgemeiner Erwägungen weder ausgeschlossen noch angenommen werden; es hat stets die Prüfung des Einzelfalls zu erfolgen. Dennoch kann tendenziell davon ausgegangen werden, dass die zugelassenen Garagen – v.a. bei Premium-Marken – aus Sicht der Kundschaft für Servicearbeiten an Kfz der entsprechenden Marke allein aufgrund ihres Status und des damit vermittelten Vertrauens in Kompetenz, Qualität und Kundenservice, die nahliegende Wahl sind.

---

[105] Entscheide des Bundesgerichtshofs ZR 41/14 vom 26. Januar 2016 Rz. 27 ff.; KZR 48/15 vom 23.1.2018 Rz. 31 ff.

[106] Entscheid KG LU vom 29. Oktober 2019, in: RPW 2019/4 S. 1386 f., E. 7.7. ff.

[107] Entscheid des Bundesgerichtshofs KZR 48/15 vom 23.1.2018 Rz. 29.

5.5.2.3.2 Räumlich relevanter Markt

In räumlicher Hinsicht grenzt die Weko den Servicemarkt entsprechend den EU-Grundlagen den Markt national ab.[108]

5.5.2.4 Fazit zu den relevanten Märkten

Es bestehen eigenständige Märkte für Sales und After-Sales; beide Märkte werden national abgegrenzt. Der Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen wird zudem markenspezifisch abgegrenzt – es bestehen demnach in der Schweiz gleich viele After-Sales Vertriebsmärkte wie Automarken.

5.5.2.5 Marktstellung der Hersteller

5.5.2.5.1 Marktstellung Sales

Die Analyse der Marktstellung ist für jedes Marktsegment und jeden Hersteller individuell zu vorzunehmen. Die Weko stellte in einer Untersuchung zum Neuwagen-Vertrieb in der Schweiz fest, dass die Amag-Marken – diese stellen ein Unternehmen i.S.d. Kartellrechts dar – einen Marktanteil von 37 % im Segment der unteren Mittelklasse und ca. 35 % im Segment der oberen Mittelklasse aufweisen. Aufgrund des intensiven Wettbewerbs in sämtlichen Marktsegmenten des Neuwagenvertriebs verneinte die Weko allerdings trotz starker Marktstellung eine marktbeherrschende Stellung der Amag.

Auch aus heutiger Sicht überzeugt das Ergebnis, zumal einerseits keine wesentlichen Konzentrationsbewegungen stattgefunden haben und andererseits neue Wettbewerber in den Schweizer Markt eingetreten sind. Die Untersuchung der Weko zeigt, dass im Bereich des Neuwagenvertriebs die (relativ) hohe Marktanteile nicht massgebend zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung beitragen, denn selbst bei hohen Marktanteilen ist der Druck, den andere bestehende Hersteller sowie potenzielle in den Markt eintretende Hersteller ausüben, zur wettbewerblichen Disziplinierung ausreichend.

5.5.2.5.2 Marktstellung After-Sales

Unternehmen, die auf dem Markt für Service- und Wartungsdienstleistungen einer bestimmten Marke tätig sein wollen, müssen vom Markenunternehmen in deren Werkstattnetz aufgenommen werden und somit die entsprechende Verträge abschliessen können. Konsequenz der markenspezifischen Abgrenzung des After-Sales Marktes, bei dem davon ausgegangen wird, dass jede Marke einen eigenen Markt für den Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen bildet, ist, dass die Unternehmen auf dem Markt für Service- und Wartungsdienstleistungen einer bestimmten Marke hierfür einzig dem entsprechenden Markenunternehmen gegenüberstehen. Denn nur dieses kann den Status einer zugelassenen Garage vergeben und entsprechende Servicepartnerverträge abschliessen. Mangels Konkurrenten bei der Vergabe des Status einer zugelassenen Garage für eine bestimmte Marke, ist jede Marke, bei der

[108] Vgl. Schlussbericht des Sekretariats der Weko vom 1. Mai 2018, 22-0449: Amag-Vertriebsnetz, Rz. 199.

eine markenspezifische Abgrenzung des After-Sales Marktes erfolgt, auf dem After-Sales Markt marktbeherrschend.[109]

5.5.3 Relative Marktmacht

5.5.3.1 Vorbemerkung

Marktbeherrschende Unternehmen sind automatisch auch relativ marktmächtig. Aus diesem Grund ist in Fällen, in denen von Marktbeherrschung – insbes. bei einer markenspezifischen Abgrenzung des After-Sales Marktes – auszugehen ist, die Frage nach einer relativen Marktmacht hinfällig.

5.5.3.2 Begriff der relativen Marktmacht

Relativ marktmächtig sind Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen (Art. 4 Abs.2bis KG).

Zur relativen Marktmacht gibt es bisher noch keine Behördenpraxis oder Rechtsprechung, da Art. 4 Abs. 2bis KG zur relativen Marktmacht erst seit Anfang 2022 in Kraft ist. Dennoch hat sich die Lehre schon seit der Kartellrechtsrevision 2003 mit diesem Konzept auch in der Schweiz auseinandergesetzt, denn für einen wesentlichen Teil der Lehre und Kartellrechtsexperten galt die relative Marktmacht mit jener Revision als eingeführt.

Die Weko hat einerseits im Fall CoopForte[110] erste Grundsätze zu einer schweizerischen Dogmatik punkto relative Marktmacht festgehalten und andererseits in einem aktuellen Merkblatt einige Hinweise auf die Auslegung der Tatbestandselemente „ausreichend“ und „zumutbar“ gegeben. Prinzipiell sei das Vorliegen von ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten demnach im Einzelfall und nicht generell-abstrakt zu beurteilen.[111]

5.5.3.3 Ausweichmöglichkeiten

Bei der Beurteilung von ausreichenden Ausweichmöglichkeiten ist zu ermitteln, ob das vermeintlich abhängige Unternehmen auf objektiv gleichwertige Lieferanten oder Abnehmer ausweichen könnte. Objektiv gleichwertig bedeutet, dass zunächst die relevanten Charakteristiken sowohl der Vertragsware bzw. vertraglichen Dienstleistung als auch der Vertragskonditionen (bspw. Lieferfristen, Menge etc.) und des Geschäftspartners (bspw. Reputation, Marktanteile etc.) zu ermitteln sind. Hiernach kann erst

[109] Entscheid KG LU vom 29. Oktober 2019, in: RPW 2019/4 S. 1386 f., E. 7.9. ff.

[110] RPW 2005/1, 146 ff. *Coop Forte*.

[111] Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021, Rz. 8.

bestimmt werden, ob andere Lieferanten oder Abnehmer am Markt bestehen, welche die Geschäftsbeziehung mit dem relativ marktmächtigen Unternehmen ersetzen können und ob diese ausreichend sind.[112]

5.5.3.4 Zumutbarkeit

Bei der Zumutbarkeit ist eine subjektive Betrachtung vorzunehmen und aus Sicht des vermeintlich abhängigen Unternehmens zu ermitteln, ob Gründe bestehen, welche einen Wechsel zu den grundsätzlich ausreichend bestehenden (objektiven) Ausweichunternehmen verhindern. Die Zumutbarkeit setzt voraus, dass die Umstellung auf einen anderen Geschäftspartner wirtschaftlich tragbar ist und nicht zu einer wesentlichen Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit des abhängigen Unternehmens führt.[113]

5.5.3.5 Keine selbstverschuldete Abhängigkeit

Nicht schützenswert und mit dem Konzept der relativen Markmacht vereinbar sind selbstverschuldete Abhängigkeitsverhältnisse – es geht einzig darum strukturelle Abhängigkeitsverhältnisse zu erfassen, nicht jedoch darum wirtschaftlich und wettbewerblich nicht überlebensfähige Strukturen zu schützen.[114] Eine selbstverschuldete Abhängigkeit liegt vor, wenn sich ein Unternehmen mit eigenen strategischen Entscheidungen auf einzelne Geschäftsbeziehungen konzentriert hat und damit sog. „Klumpenrisiken" einging.

Umgekehrt liegt kein Selbstverschulden vor, wenn die Abhängigkeit mindestens zu einem Teil auch auf den (relativ marktmächtigen) Geschäftspartner zurückzuführen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn auch das marktmächtige Unternehmen ein Interesse daran hat, dass der Geschäftspartner seinen Betrieb in besonderem Mass auf die Geschäftsbeziehung mit ihm ausrichtet.[115]

5.5.4 Relative Marktmacht in der Autobranche

5.5.4.1 Ausgangslage

Der Vertrieb von Neuwagen und Kfz-Service- und Wartungsdienstleistungen erfolgt innerhalb selektiver Vertriebssysteme. Um als Vertriebspartner zugelassen zu werden, verpflichten sich die betreffenden Unternehmen die Standards der Hersteller bzw. Importeure zu erfüllen, was mit gewissen Investitionen

---

[112] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 280 f., in: Zäch et al. (Hrsg.); Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021, Rz. 8.

[113] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 282, in: Zäch et al. (Hrsg.); Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021, Rz. 8.

[114] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 284, in: Zäch et al. (Hrsg.); Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021, Rz. 8.

[115] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2 N 285 f., in: Zäch et al. (Hrsg.)

verbunden ist. Investiert werden muss v.a. in Verkaufsräumlichkeiten, Werkstattbetrieb, Personal und IT-Systeme.

5.5.4.2 Ausweichmöglichkeiten von Vertriebspartnern

5.5.4.2.1 Vertrieb von Neuwagen – Sales

Der Sales-Vertrag zwischen einem Vertriebspartner und einem Hersteller charakterisiert sich ganz grundsätzlich dadurch, dass der Vertriebspartner eine gewisse Anzahl an Kfz des Herstellers geliefert bekommt bzw. sich dazu verpflichtet eine gewisse Anzahl an Kfz des Herstellers zu verkaufen (Umsatzziele). Die Vertriebspartner sind dabei oft auf mehreren sachlichen Märkten[116] aktiv, denn die meisten Markenhersteller haben eine Modellpalette, welche die verschiedenen Teilmärkte abdeckt.

Da es eine Vielzahl an Kfz-Herstellern auf dem Markt gibt, welche eine breiten Modellpalette (von Kleinstwagen bis Oberklasse bzw. Nutzfahrzeuge) herstellen, und diese auch selektive Vertriebsnetzwerke in der Schweiz betreiben, kann davon ausgegangen werden, dass objektiv ausreichend Ausweichmöglichkeiten bestehen. Die anhaltende Konzentration vieler vormals unabhängiger Hersteller in grosse Konzerne verringert jedoch die Zahl der Ausweichmöglichkeiten. Zudem sind auch die qualitativen sowie quantitativen Eigenschaften der Ausweichmöglichkeit zu berücksichtigen, welche den Kreis der Ausweichmöglichkeiten weiter einschränken können: So ist das Ausweichen auf einen Hersteller, dessen Absatz nach Stückzahlen deutlich geringer ist als der Absatz des bisherigen Herstellers wohl objektiv aus quantitativen Gründen nicht möglich, da dieser Wechsel keine vergleichbaren bzw. ausreichende Gewinnaussichten vermittelt. Ausserdem ist wohl auch z.B. der Wechsel aus dem Niedrigpreis-Segment (z.B. Dacia) auf einen Hersteller von Luxusautos (z.B. Bentley), etwa aufgrund der weitaus höheren Anforderungen an die Markenpräsentation, also aus qualitativen Gründen, nicht möglich.

Fraglich ist allerdings, ob zwischen den beiden Extremen des Niedrigpreis- und Luxussegments weitere Abstufungen bzw. objektiv zu berücksichtigende grundlegende Unterschiede zwischen den Marktsegmenten oder auch Marken bestehen. So könnten die verschiedenen Geschäfts- und Vertriebsstrategien mit den entsprechend divergierenden Implikationen für ihr selektives Vertriebsnetz bzw. die einzelnen Vertriebspartner von Volumenhersteller (bspw. VW) und Premiumherstellern (bspw. BMW) zu einer Einschränkung der Ausweichmöglichkeiten führen, sodass etwa Markenvertreter von Premiumherstellern objektiv nur auf den Wechsel in die Vertriebsstruktur anderer Premiumhersteller wechseln könnten. Solche Fälle sind nicht auszuschliessen und wären im Einzelfall zu beurteilen.

Schliesslich ist noch zu berücksichtigen, ob angesichts der Tendenz die Zahl der Vertriebspartner zu verringern andere Markenhersteller effektiv interessiert daran sind, neue Partner in ihr Vertriebsnetzwerk aufzunehmen, was nicht der Fall ist, wenn ein Händler sich bereits erfolglos an prinzipiell infrage kommende Hersteller im Hinblick auf die Aufnehme in deren Vertriebsnetz gewendet hat.[117] Das verringert die Zahl der Ausweichmöglichkeiten zusätzlich; mangels eines entsprechenden Marktes für die

[116] Vgl. 5.5.2.2.1.

[117] Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021, Rz. 10.

Neuaufnahme von Händlern in das Vertriebsnetz kann nicht von einer tatsächlich gegebenen Ausweichmöglichkeit gesprochen werden.[118]

5.5.4.2.2 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales

Der Servicepartnervertrag charakterisiert sich dadurch, dass der Servicepartner ins Werkstattnetz des Herstellers aufgenommen wird. Dies bedeutet v.a., dass eine Garage sich gegen aussen als zugelassener Servicebetrieb präsentieren kann. Inhaltlich kann der Servicepartner hierdurch etwa Garantiearbeiten, Arbeiten im Rahmen von oftmals beim Kauf abgeschlossenen langfristigen Servicepaketen und Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen für den entsprechenden Hersteller vornehmen. Ausserdem werden die zugelassenen Servicebetriebe oftmals mehrmals täglich mit Ersatzteilen beliefert.

Die meisten Hersteller unterhalten neben einem selektiven Vertriebsnetzwerk für den Absatz ihrer Kfz auch ihr eigenes Werkstattnetzwerk; insofern kann auch für den After-Sales Bereich davon ausgegangen werden, dass objektiv ausreichend Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Bei der markenspezifischen Abgrenzung des After-Sales ist es anders: dort kann nicht auf eine andere Marke ausgewichen werden, da damit gerade in andere Märkte ausgewichen werden müsste, womit nicht von objektiven Ausweichmöglichkeiten gesprochen werden kann.

5.5.4.3 Zumutbarkeit des Ausweichens auf andere Marken

5.5.4.3.1 Vertrieb von Neuwagen – Sales

Die Unzumutbarkeit eines Wechsels auf einen anderen Hersteller kann insbesondere aufgrund von spezifischen Investitionen in eine Marke und der Umstellungskosten vorliegen. Je nach Hersteller werden nämlich Verkaufsräumlichkeiten in einer Art und Weise gestaltet, wie sie der Corporate Identity einer Marke entspricht. Dies führt nicht selten – insbesondre bei Premium- oder Luxusmarken – zu hohen Investitionen in Aussen- und Innengestaltung des Showrooms. Diese Investitionen müssen langfristig über den Verkauf von Kfz des entsprechenden Herstellers amortisiert werden können. Ein Wechsel zu einem anderen Hersteller käme damit – wenn überhaupt – nur in Frage, wenn die Gewinnaussichten vergleichbar sind und keine Umstellungskosten entstünden. Weitere wesentliche markenspezifische Investitionen betreffen das markenspezifisch geschulte Verkaufspersonal oder auch die markenspezifische IT-Infrastruktur.[119]

Ein Wechsel zu einem anderen Hersteller kann daher durch hohe Umstellungskosten, welche v.a. in den eben genannten Investitionen in Verkaufsräumlichkeiten- und Verkaufspersonal oder IT-Infrastruktur begründet sind, unzumutbar sein. Umstellungskosten sind in jedem Fall dann unzumutbar, wenn sie

[118] Vgl. Nothdurft, § 20 Rz. 34, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar – Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Auflage.

[119] Vgl. Patrick Krauskopf/Christian Müller, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht vom 18. März 2014, Rz. 46.

existenzbedrohend sind.[120] Schliesslich kann auch ein treuer Kundenstamm eines Vertriebspartners zur Unzumutbarkeit des Ausweichens auf eine andere Marke führen.[121]

5.5.4.3.2 Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen – After-Sales

Auch beim Vertrieb von Service- und Wartungsdienstleistungen sind die Investitionskosten und Umstellungskosten hauptsächliche Gründe zur Annahme einer Unzumutbarkeit. Denn auch für den Service braucht es den Herstellerangeben entsprechende Werkstätten inkl. des dazugehörigen Inventars, d.h. Spezialwerkzeug, Ersatzteilestock, IT-Infrastruktur etc. Hinzu kommt eine zeit- und kostenintensive Umschulung des Personals.

Häufig könnte die Unzumutbarkeit aber jedenfalls mit der Analyse des Kundenbestandes bzw. der Kundenstruktur und des damit wegfallenden Umsatzes gegeben sein: Der überwiegende Grossteil der Kunden des Servicepartners einer gewissen Marke besitzen Kfz der entsprechenden Marke. Davon sind die meisten Kunden der entsprechenden Garage gerade aus dem Grund, dass die Garage ein zugelassener Servicepartner ist. Denn in dieser Eigenschaft kann die Garage Garantiearbeiten, Arbeiten im Rahmen von Servicepaketen oder im Rahmen von Rückrufaktionen erbringen – was massgeblich zum Umsatz der Garage beitragen kann. Des Weiteren setzen die Kunden eines Servicepartners auch ein gesteigertes Vertrauen in den Status als zugelassener Servicepartner. Die Folge des Wechsels in ein anderes Werkstattnetz ist regelmässig ein wesentlicher Verlust des Kundenstammes[122] – die Folgen sind jedenfalls im Einzelfall zu analysieren.

Betreffend Umsatzrückgang hat die Weko im Fall CoopForte festgehalten, dass ein Umsatzrückgang von 30% oder mehr existenzbedrohend und damit abhängigkeitsbegründend ist.[123]

5.5.5 Kartellrechtliche Grenzen

5.5.5.1 Grundsätzliches

Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich gemäss Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Art. 7 Abs. 2 KG enthält eine beispielhafte Auflistung missbräuchlicher Verhaltensweisen:

- die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

---

[120] Patrick Krauskopf/Christian Müller, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht vom 18. März 2014, Rz. 44 und Rz. 48 m.w.H.

[121] Vgl. Oberlandesgericht Wien 27 Kt 5/18i-43, S. 36.

[122] Vgl. Oberlandesgericht Wien 27 Kt 5/18i-43, S. 80.

[123] Patrick Krauskopf/Christian Müller, Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe, Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht vom 18. März 2014, Rz. 42 m.w.H.

- die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen;
- die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen.

Vor diesem Hintergrund ist einerseits die Umstellung von einem Vertragshändlersystem zu einem Agenturmodell an sich, sowie die sich daraus ergebenden Implikationen bzw. potenzielle Verhaltensweisen zu analysieren.

5.5.5.2 Einzelfragen

5.5.5.2.1 Vorbemerkung: Relevanz der Unterscheidung in echte und unechte Agentur

Formell hat die Unterscheidung eines Vertriebspartners als echter oder unechter Agent keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit von Art. 7 KG und die sich daraus ergebenden kartellrechtlichen Grenzen – dies im Gegensatz zum Abredetatbestand (Art. 5 KG), der bei Vorliegen eines echten Agenten nicht anwendbar ist.

Mit Bezug auf die Unterscheidung in echte und unechte Agenten und die hierfür relevante Risikoverteilung rücken allerdings beim Wechsel von Vertragshändlern auf ein Agentur-Vertriebssystem im Rahmen von Art. 7 KG die Themen Investitionen, Risikokompensierung und Provision in den Vordergrund:

- Werden die bisher nicht vollständig amortisierten Investitionen der Händler in eine Marke beim Wechsel ins Agentursystem berücksichtigt?
- Falls der Agent formell noch Risiken trägt: Ist die Kompensierung bzw. der Preis der Risikotragung kartellrechtlich angemessen? Oder alternativ: Ist die an den Agenten entrichtete Provision im Lichte aller Risiken, Kosten und Leistungen, die der Agent für den Verkauf von Kfz trägt bzw. erbringt, angemessen?

5.5.5.2.2 Umstellung von Vertragshändler- zu Agenturmodell

Als erstes ist die Frage zu stellen, ob die Umstellung von einem Vertragshändler- zu einem Agenturmodell (echt oder unecht) gegen den Willen des Vertragshändlers an sich kartellrechtlich zulässig ist. Diese Systemumstellung ist v.a. unter dem Aspekt der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zu analysieren (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Ferner könnte auch

die Verweigerung von Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) sowie die Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) eine Rolle spielen.

5.5.5.2.2.1 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

Das Element der Erzwingung ergibt sich schon allein aus der besonderen Verhandlungsmacht, die ein marktbeherrschendes oder relativ marktmächtiges Unternehmen besitzt – „erzwingen" ist insofern gleichbedeutend mit „durchsetzen".[124] Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG sind alle Rechte und Pflichten, welche sich aus den Verträgen zwischen den Vertragsparteien ergeben.

Für die Beurteilung der Unangemessenheit von Preisen wird danach gefragt, ob der Preis offensichtlich unbillig bzw. unverhältnismässig erscheint. Dies wird in der Praxis insbesondere dann angenommen, wenn der Preis weit über bzw. unter den effektiven Kosten liegt. Zu berücksichtigen sind jedenfalls auch die Preise der Konkurrenz sowie die Preisentwicklung. Zur Anwendung gelangen ausserdem Modelle, von denen das Vergleichsmarktkonzept und die Kostenmethode am relevantesten sind: So werden beim Vergleichsmarktkonzept die Preise in einem vergleichbaren Markt verglichen und bei der Kostenmethode wird ausgehend von den Herstellungs- bzw. Vertriebskosten inkl. Gewinnmarge auf den angemessenen Preis geschlossen.[125]

Die Unangemessenheit einer Geschäftsbedingung ist dann zu bejahen, wenn das marktmächtige Unternehmen seinen Vertragspartner in unbilliger und unverhältnismässiger Weise übermässig bindet, d.h. wenn die wirtschaftliche Handlungsfreiheit stärker eingeschränkt wird, als es die berechtigten Interessen des marktmächtigen Unternehmens erfordern. Es ist demnach im Sinne einer Abwägung danach zu fragen, ob nicht eine weniger weitgehende Beschränkung der Handlungsfreiheit ausreicht – dies kann z.B. mittels Vergleichs mit den Vertragskonditionen bei vergleichbaren Geschäften bzw. Interessenlagen analysiert werden.[126]

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob es grundsätzlich unangemessen ist, die bisherigen Vertragshändler von Wiederverkäufern, die in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig werden, zu Agenten, die im Namen und auf Rechnung des Herstellers/Importeurs tätig werden, zu machen. Der Verkauf einer Ware oder Dienstleistung in einem Agenturmodell ist eine vertriebsstrategische Entscheidung des Herstellers. Bei einem Neubeginn ist der Hersteller frei, seine Vertriebsorganisation auszuwählen. Bei der Änderungen vom Händler- zum Agentensystem nicht in jedem Fall.

Zu beachten mit Blick auf den Wechsel des Systems ist allerdings folgendes: Der Wechsel von einer Vertragshändler- in eine Agenturstruktur führt dazu – hiervon wird ausgegangen –, dass die Hersteller mit dem Wechsel Vertriebskosten einsparen, indem die Provision bei der Agentur pro verkauftem Kfz deutlich niedriger ist als die Marge pro verkauftem Kfz beim Vertragshändler. Sollten die bisherigen Händler im Vertrauen auf den Bestand des Vertragshändlersystems und damit auch auf den Bestand

[124] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 368, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[125] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 376 ff., in: Zäch et al. (Hrsg.).

[126] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 412 ff., in: Zäch et al. (Hrsg.).

der bisher erzielten Margen Investitionen in eine Marke getätigt haben, kann der Hersteller nicht ohne weiteres die Ertragsmöglichkeiten substanziell einschränken ohne die Investitionen des Händlers angemessen im Agenturmodell zu berücksichtigen.

Dies geht denn auch – im Kontext der marktspezifischen Risiken – aus den aktualisierten Leitlinien der Europäischen Kommission hervor, wenn sie festhält: *„Um die marktspezifischen Investitionen zu ermitteln, die vom Auftraggeber im Fall des Abschlusses eines Handelsvertretervertrags mit einem seiner unabhängigen Händler, der bereits am relevanten Markt tätig ist, zu erstatten sind, muss der Auftraggeber die hypothetische Situation eines Handelsvertreters zugrunde legen, der noch nicht am relevanten Markt tätig ist, um zu beurteilen, welche Investitionen für die Art der vom Handelsvertreter auszuführenden Tätigkeit von Belang sind.“*[127] Dies bedeutet im Kontext der Beurteilung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen, dass die markenspezifischen Investitionen im Agenturmodell vom Händler beim Wechsel ins Agenturmodell bzw. der Ausarbeitung der entsprechenden Vertragskonditionen zu berücksichtigen sind, ansonsten eine unzulässiger Verhaltensmissbrauch nach Art. 7 KG vorliegen könnte.

Anders formuliert: Der Hersteller kann die Ertragsmöglichkeiten der Agenten nicht wesentlich einschränken, ohne sich gleichzeitig wesentlich an den – schon angefallenen wie auch kommenden – markenspezifischen Vertriebskosten bzw. Investitionen zu beteiligen; andernfalls besteht eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass Geschäftsbedingungen und/oder Preise unangemessen sind. Denn der formelle Umstieg von Vertragshändler zur Agentur bzw. von Marge zu Provision rechtfertigt materiell keine drastische Reduzierung der Ertragsmöglichkeit der Agenten, ohne dass die markenspezifischen Investitionen in den Vertrieb ausgeglichen werden, ansonsten nichts anderes als eine maskierte Margenreduktion zulasten der Agenten vorläge.

5.5.5.2.2.2 Verweigerung der Geschäftsbeziehung

Die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG kann auch auf indirektem Wege erfolgen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die vom marktmächtigen Unternehmen vorgelegten Vertragskonditionen derart unangemessen sind, dass faktisch von einer Geschäftsverweigerung ausgegangen werden muss.[128]

Entsprechend der vorangegangenen Ausführungen zu den unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen kann in diesem Kontext ergänzt werden, dass auch eine versteckte Netzbereinigung mittels Vorlage unangemessener und aus Sicht der Agenten wirtschaftlich nicht tragbarer Konditionen oder Preise nicht zulässig sein kann.

5.5.5.2.2.3 Diskriminierung von Handelspartnern

Eine Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG liegt vor, wenn gleiche Handelspartner ungleich behandelt (direkte Diskriminierung) bzw. ungleiche Handelspartner gleichbehandelt

[127] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Rz. 39.

[128] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 205, in: Zäch et al. (Hrsg.).

(indirekte Diskriminierung) werden. Die Diskriminierung muss zudem zu einer Wettbewerbsbehinderung bzw. zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führen und darf nicht durch *legitimate business reasons gerechtfertigt* sein.[129]

Im Zusammenhang mit den beim Systemwechsel von Vertragshändler zu Agenten vom Hersteller zu berücksichtigenden Investitionskosten bedeutet dies, alle Agenten und deren markenspezifischen Investitionen nach den gleichen Grundsätzen zu entschädigen sind. Daraus ergibt sich aber nicht, dass alle bisherigen Händler, die Investitionen getätigt haben, vom Hersteller Entschädigungen erhalten und alle die keine Investitionen hatten nicht entschädigt werden. Vielmehr ergibt sich daraus ein Anspruch aller Agenten, unter finanzieller Mitwirkung des Herstellers in die neusten Standards investieren zu können. Andernfalls könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, da die Erfüllung der neusten Standards mit einiger Wahrscheinlichkeit auch zu einem Wettbewerbsvorteil führt bzw. die Nichterfüllung neuster Standards einen Wettbewerbsnachteil bedeuten könnte.

5.5.5.2.3 Provision

5.5.5.2.3.1 Kartellrechtliche Angemessenheit

Das wohl zentrale Thema im Zusammenhang mit dem Agenturmodell ist, ob die vom Hersteller angebotenen Provision pro verkauftem Kfz als angemessen im Sinne des Kartellrechts angesehen werden kann. Naturgemäss hat der Hersteller ein Interesse daran, dass die Händlerprovision möglichst gering ist, während der Händler einerseits seine Kosten decken muss und andererseits eine möglichst hohe Provision erzielen möchte. Da es den Herstellern bzw. Importeuren aufgrund ihrer Marktmacht möglich ist, die Verhandlungen zur Provision zu dominieren, besteht das Risiko, dass sie in Ihren Verträgen unangemessene Provisionen durchsetzen.

Das Risiko einer unangemessenen Provision ist im Kontext der unechten Agentur erhöht, da in dieser Konstellation nicht alle wesentlichen Risiken beim Hersteller verbleiben. Die Provision muss demnach nicht nur die Kosten und Margenansprüche im Zusammenhang mit den einzelnen Kaufgeschäften abdecken, sondern auch die allgemeinen Vertriebskosten bzw. nicht übernommenen Risiken angemessen abdecken, soweit diese Risiken nicht anderweitig kompensiert werden.

Eine allgemeine Aussage, wann eine Provision als unangemessen gilt, kann nicht gemacht werden; jedenfalls ist eine knapp die Kosten deckende Provision als missbräuchlich zu werten. Für den angemessenen Margenanteil innerhalb der Provision, kann als Ausgangspunkt aber sicherlich die im Rahmen des Vertragshändlersystems erzielte Marge herangezogen werden. Verglichen werden müsste hier das Verhältnis zwischen der durchschnittlich erzielten Marge pro verkauftem Kfz sowie die vom Händler durchschnittlich getragenen Vertriebskosten pro verkauftem Kfz. Bleibt dieses Verhältnis innerhalb des Agentursystems stabil, ist nicht von Unangemessenheit auszugehen. Kommt es beim Agenten allerdings zu einer wesentlichen Veränderung des Kosten/Provision-Verhältnisses, muss tendenziell von einer kartellrechtlich unangemessenen Provision ausgegangen werden. Denn, wie bereits erwähnt, die

[129] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 287 ff., in: Zäch et al. (Hrsg.).

formelle Umstellung auf Agenten bzw. Provisionen rechtfertigt nicht eine substanzielle Einschränkung der Ertragsmöglichkeiten der Händler. Was zählt, sind die materiellen Implikationen der Umstellung – und dieser ergibt sich aus einer Analyse der neuen Kostenstruktur.

5.5.5.2.3.2 Diskriminierung

Unzulässig wäre sodann eine Diskriminierung von Handelspartnern bei der Höhe der Provision; so gilt auch hier, dass gleichartige Vertriebspartner Anspruch auf dieselbe Provision haben und verschiedene Provisionshöhen bei den Agenten durch die mangelnde Gleichartigkeit der Agenten gerechtfertigt sein muss.

Die Vereinbarung verschiedener Provisionshöhen ist demnach nicht per se unzulässig, sondern hat aus sachlichen Gründen – sog. *legitimate business reasons* – zu erfolgen. Zu berücksichtigen ist auch, dass unterschiedliche Provisionshöhen auf das Verhandlungsgeschick der Marktgegenseite zurückzuführen sein können, was kartellrechtlich zulässig ist.[130]

Betreffend eine Diskriminierung bei der Provisionshöhe können die Erkenntnisse aus Lehre und Rechtsprechung herangezogen werden – denn die Provision des Agenten ist materiell vergleichbar mit dem Rabatt des Wiederverkäufers auf den Listenpreis des Kfz. Eine höhere Provision im Kontext des Automobilvertriebs über ein selektives Händlernetzwerk ist demnach einerseits durch besondere wirtschaftliche Leistungen[131] und andererseits durch evtl. Kosteneinsparungen aufseiten des Herstellers[132] sachlich zu begründen. Unzulässig wäre eine Systematik der Provisionshöhe, welche gewisse Agenten strukturell und ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Leistung oder Kosteneinsparungen bevorzugen, da nur diese die Voraussetzungen zur Gewährung höherer Rabatte erfüllen und somit vom System profitieren – dies wäre als unzulässige Diskriminierung einzustufen.[133]

5.5.5.2.4 Doppelfunktion als Vertragshändler- und Agent bzw. gemischter Vertrieb der Modellpalette

Die Praxis zeigt, dass einige Hersteller/Importeure ihre Elektro-Kfz-Modellpalette in einem Agenturmodell vertreiben, während die übrige Modellpalette Vertragsgegenstand der Wiederverkäufervertrags zwischen Händler und Hersteller bleibt – derselbe Händler ist demnach je nach Modell als Agent oder Verkäufer tätig. Es stellt sich folgend die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Doppelfunktion bzw. einer solche gemischten Vertriebsstrategie.

5.5.5.2.4.1 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

Zunächst ist wiederum die grundsätzliche kartellrechtliche Zulässigkeit einer gemischten Vertriebsstrategie festzuhalten – der Hersteller ist frei seine Produkte zu vertreiben, wie er es für richtig hält. Dies gilt

[130] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 331, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[131] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 305, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[132] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 332, in: Zäch et al. (Hrsg.).

[133] Vgl. RPW 2004/2, S. 439 f., Rz. 144, Swisscom ADSL.

auch für den Fall, dass er gewisse Produkte im Vertragshändler- und andere im Agenturmodell vertreiben möchte, m.a.W. muss er sich grundsätzlich nicht für all seine Produkte auf ein Modell festlegen.[134]

Problematisch könnte der gemischte Vertrieb dann werden, wenn der Händler den Verkauf der im Agenturmodell vertriebenen Modelle in gewissermassen mit seiner Marge aus dem Vertragshändlergeschäft quersubventionieren muss, da die Provision im Agenturmodell zu gering ist. Denn beim gemischten Vertrieb ist zu beachten, dass der Hersteller beim Absatz seiner im Agenturmodell vertriebenen Modelle in der Regel von den bereits vom Händler getätigten markenspezifischen Investitionen profitiert. Konsequenterweise sind die bereits ergangenen sowie noch zu tätigenden markenspezifischen Investitionen, welche auch dem Vertrieb der Agentur-Kfz-Modelle dienen, angemessen zu entschädigen bzw. in der Provision angemessen zu berücksichtigen.

Wiederum ist in diesem Zusammenhang auf die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Vertikal-GVO hinzuweisen: *„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 Handelsvertretervertrags vertrieben werden, aber nicht ausschließlich mit dem Verkauf solcher differenzierter Produkte zusammenhängen.“*[135] Kartellrechtlich bedeutet dies im vorliegenden Kontext, dass die markenspezifischen Investitionen auch beim gemischten Vertrieb angemessen zu berücksichtigen sind, ansonsten eine unzulässiger Missbrauch nach Art. 7 KG vorliegen könnte.

5.5.5.2.4.2 Diskriminierung

Weiter könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, wenn nicht alle Handelspartner bzw. Agenten die gleiche Möglichkeit erhalten, die komplette Modellpalette des Herstellers, d.h. sowohl die Vertragsprodukte bzw. Kfz aus dem Handelsvertrag als auch jene aus dem Agenturvertrag zu vertreiben. Es besteht einerseits kein kartellrechtlicher Anspruch die komplette Modellpalette vertreiben zu dürfen, andererseits sind die Voraussetzungen nach welchen ein Händler sowohl als Wiederverkäufer als auch als Agent tätig sein kann sachlich und für alle Händler gleich auszugestalten. Unzulässig ist jedenfalls – wie bei der Provisionshöhe – wenn die Voraussetzungen zum Vertrieb der gesamten Modellpalette strukturell gewisse Händler ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.[136]

5.5.5.2.4.3 Koppelung

Ein weiteres Augenmerk gilt der Frage, ob der Hersteller beim gemischten Vertrieb den Abschluss von Wiederverkäufer- und Agenturvertrag miteinander koppeln darf. Kartellrechtlich unzulässig ist eine (i) Koppelung von (ii) getrennten Gütern, mittels welcher (iii) Unternehmen in der Ausübung oder Aufnahme des Wettbewerbs behindert werden bzw. die Marktgegenseite benachteiligt wird und (iv) dies in Abwesenheit einer sachlichen Rechtfertigung für die Koppelung.[137]

---

[134] Vgl. hierzu auch **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

[135] Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, C (2022) 3006 final, Rz. 39.

[136] Vgl. 5.5.5.2.3.2.

[137] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 493, in: Zäch et al. (Hrsg.).

Die entscheidende Frage im Falle des Vertriebs von Kfz ist, ob die Händler – Marktgegenseite der Hersteller/Importeure – durch die Koppelung der beiden Vertriebsverträge benachteiligt werden. Dies müsste im Einzelfall untersucht werden, wobei entscheidend ist, welche zusätzliche Kosten- und Pflichten dem Agenten bei einer Koppelung beider Verträge miteinander entstehen und, ob dies zu einer Benachteiligung führt. Unzulässig erscheint eine „diskriminierende" Koppelung; dies wäre der Fall, wenn die Koppelung aufgrund der Vertriebskonditionen eine Gruppe von Agenten strukturell benachteiligt. Schliesslich wäre in jedem Fall die sachliche Rechtfertigung für eine Koppelung beider Verträge miteinander zu prüfen. So könnte etwa ein legitimes Interesse des Herstellers daran bestehen, dass alle Agenten im Vetriebsnetz die gesamte Modellpalette anbieten. Ob diese Rechtfertigung allerdings schon reicht, ist im Einzelfall anhand der durch die Koppelung entstehenden Benachteiligung zu beurteilen.

5.5.5.2.5 Einschränkung Occasionsgeschäft durch Hersteller

Hinweise aus der Europäischen Union zeigen, dass Hersteller/Importeure in Einzelfällen dazu geneigt sind, dass Occasionsgeschäft komplett an sich zu ziehen. M.a.W. soll es dem Agenten nicht mehr möglich sein, beim Kauf eines Neuwagens das Occasion Fahrzeug des Kunden als Anzahlung anzunehmen. Der Kauf des Occasion Fahrzeugs wird neu vom Hersteller übernommen und über diesen abgewickelt. Infolgedessen kann der Händler (i) keine Occasion Fahrzeug zur Anzahlung (bei Verkauf von Neuwagen) mehr annehmen und (ii) damit ein Occasionsgeschäft betreiben. Es stellt sich folgend die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Einschränkung des Occasionsgeschäft.

5.5.5.2.5.1 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

Die Unangemessenheit einer Geschäftsbedingung ist dann zu bejahen, wenn das marktmächtige Unternehmen die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Vertragspartners stärker eingeschränkt wird, als es die berechtigten Interessen des marktmächtigen Unternehmens erfordern. Es ist demnach im Sinne einer Abwägung danach zu fragen, ob nicht eine weniger weitgehende Beschränkung der Handlungsfreiheit ausreicht – dies kann z.B. mittels Vergleichs mit den Vertragskonditionen bei vergleichbaren Geschäften bzw. Interessenlagen analysiert werden.[138]

Das Occasionsgeschäft bedeutet für Agenten eine wichtige Einnahmequelle und ist elementarer Bestandteil des Geschäftsmodells. Die Vorgabe des Herstellers, dieses Geschäft komplett aufzugeben und dem Hersteller zu überlassen stellt grundsätzlich eine Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Agenten dar. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob es grundsätzlich unangemessen ist, den Agenten das Occasionsgeschäft zu verbieten und dieses selbst zu übernehmen.

Grundsätzlich ist nicht klar ersichtlich, inwiefern die Einschränkung (oder Verbot) des Occasionsgeschäft gegenüber dem Agenten den berechtigten Interessen des marktmächtigen Herstellers dienen. Schliesslich dient das Eintauschgeschäft den Händlern in Bezug auf den Verkauf von Neuwagen (und dient damit den Interessen des Herstellers/Importeurs). Ebenso wenig erscheinen weniger

[138] STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 412 ff., in: Zäch et al. (Hrsg.).

einschränkende Massnahmen des markmächtigen Herstellers möglich. Folglich dürfte davon auszugehen sein, dass ein Verbot des Occasionsgeschäft des Herstellers/Importeurs gegenüber dem Agenten kartellrechtlich als problematisch anzusehen ist.[139]

5.5.5.2.5.2 Diskriminierung

Weiter könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, wenn nicht alle Handelspartner bzw. Händler die gleiche Möglichkeit erhalten, das Occasionsgeschäft zu betreiben. Es besteht einerseits kein kartellrechtlicher Anspruch auf Betreibung eines Occasionsgeschäfts, andererseits sind die Voraussetzungen, nach welchen ein Agent beim Occasionsgeschäft eingeschränkt wird, sachlich und für alle Agenten gleich auszugestalten. Unzulässig ist jedenfalls – wie bei der Provisionshöhe – wenn die Voraussetzungen zur Einschränkung des Occasionsgeschäfts strukturell gewisse Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.[140]

5.5.5.2.6 Einschränkung Leasinggeschäft durch Hersteller

Die Entwicklungen in der Europäischen Union zeigen, dass Hersteller in Einzelfällen dazu übergehen, Vertriebspartnern die Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft vorzuschreiben. M.a.W. soll es dem Agenten nicht mehr möglich sein, in Bezug auf das Leasinggeschäft mit einer Leasinggesellschaft (i.d.R. ein Finanzinstitut) seiner Wahl zusammenzuarbeiten. Für den Agenten ist die Zusammenarbeit mit einer Leasinggesellschaft notwendig, um Leasingdienstleistungen gegenüber Kunden anzubieten. Durch die Zusammenarbeit mit der Leasinggesellschaft ergeben sich i.d.R. für beide Parteien Vorteile, sofern des zum Abschluss von Leasinggeschäften kommt. Es stellt sich folglich die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Einschränkung der Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft.

5.5.5.2.6.1 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

Die Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft bedeutet für Agenten grundsätzlich eine mögliche Einnahmequelle. Die Vorgabe des Herstellers gegenüber dem Agenten, mit einer bestimmten Leasinggesellschaft zusammenzuarbeiten stellt grundsätzlich keine erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Agenten dar, schliesslich kann der Agent nach wie vor das Leasinggeschäft anbieten. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob es unter bestimmten Voraussetzungen unangemessen ist, den Vertragshändlern die Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft vorzuschreiben.

Zunächst ist nicht ersichtlich, inwiefern die Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft den berechtigten Interessen des marktmächtigen Herstellers dienen. Gerade bei unabhängigen Leasinggesellschaften dürften derartige Interessen des markmächtigen Herstellers fehlen. Weiter sind die Konditionen zu berücksichtigen, welche die Leasinggesellschaft gegenüber dem Agenten anbietet. Sind

---

[139] Weitere bzw. konkretere Abklärungen zu Entwicklungen im Occasionsgeschäft sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens, da vorliegend grundsätzlich ausschliesslich der Markt für den Vertrieb von Neuwagen behandelt wurde.

[140] Vgl. 5.5.5.2.3.2.

die Konditionen der vom Hersteller vorgegebenen Leasinggesellschaft gleichwertig, wie diejenigen, welche der Agent bei der Leasinggesellschaft seiner Wahl erhält, dürfte keine unangemessene Geschäftsbedingung vorliegen. Sind die Konditionen der vom Hersteller vorgegebenen Leasinggesellschaft schlechter, wie diejenigen, welche der Agent bei der Leasinggesellschaft seiner Wahl erhält, dürfte aber eine unangemessene Geschäftsbedingung vorliegen. Im letzteren Fall wäre folglich die vom Hersteller vorgegebene Zusammenarbeit mit einer bestimmten Leasinggesellschaft kartellrechtlich unzulässig.

5.5.5.2.6.2 Diskriminierung

Weiter könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, wenn nicht alle Handelspartner bzw. Händler die gleiche Möglichkeit erhalten, die Zusammenarbeit mit Leasinggesellschaften frei zu gestalten. Es besteht einerseits ein kartellrechtlicher Anspruch auf die freie Wahl bzgl. Zusammenarbeit mit Leasinggesellschaften, andererseits sind die Voraussetzungen, nach welchen ein Agent bei Zusammenarbeit mit Leasinggesellschaften eingeschränkt wird, sachlich und für alle Agenten gleich auszugestalten. Unzulässig ist jedenfalls – wie bei der Provisionshöhe – wenn die Voraussetzungen zur Zusammenarbeit mit Leasinggesellschaften strukturell gewisse Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.[141]

5.5.5.2.7 Herabsetzung Standards

Hinweise aus der Europäischen Union zeigen, dass Hersteller in Einzelfällen dazu geneigt sind, die Standards herabzusetzen, um damit evtl. eine geringere Provisionshöhe zu rechtfertigen. M.a.W. sollen zunächst den Agenten gegenüber tiefere Standards implementiert werden. Sodann sollen die tieferen Standards bspw. dazu benutzt werden, um die Provisionshöhe der Agenten zu reduzieren. Es stellt sich folgend die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Herabsetzung der Standards.

5.5.5.2.7.1 Diskriminierung

In solchen Konstellationen könnte eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegen, wenn nicht bei allen Handelspartnern bzw. Händler die gleichen Standards zur Anwendung kommen. Es besteht einerseits ein kartellrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung bzgl. Standards, andererseits sind die Voraussetzungen, nach welchen bei Agenten die Standards festgelegt werden, sachlich und für alle Agenten gleich auszugestalten. Unzulässig ist jedenfalls – wie bei der Provisionshöhe – wenn die Voraussetzungen zur Einschränkung der Standards strukturell gewisse Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.[142]

[141] Vgl. 5.5.5.2.3.2.

[142] Vgl. 5.5.5.2.3.2.

5.6 Handelsrechtliche Aspekte nach schweizerischem Obligationenrecht

5.6.1 Anwendbares Recht

Agent ist gemäss Art. 418a OR, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen. Unterschieden wird zwischen Vermittlungs- und Abschlussagent: Der Vermittlungsagent beschränkt sich darauf, dem Auftraggeber eine Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachzuweisen, also zu vermitteln. Demgegenüber schliesst der Abschlussagent Verträge für den Auftraggeber als direkter Stellvertreter ab.

Für das untersuchte Agenturmodell im Kfz-Vertrieb kann zunächst festgehalten werden, dass die Bestimmungen zum Agenturvertrag Anwendung finden. Denn das Agenturmodell ist effektiv darauf ausgelegt, dass der Händler dauernd für mindestens einen Hersteller Geschäfte in dessen Namen und auf dessen Rechnung abschliesst, ohne Angestellter des Herstellers zu sein und insofern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.

Ob die Händler Vermittlungs- oder Abschlussagenten sind, entscheidet sich anhand der im Vertriebsvertrag vereinbarten Vertragsabschlussprozesse mit den Endkunden – denkbar ist beides. Die Unterscheidung ist insofern von Relevanz, als dass gemäss Art. 418b i.V.m. Art. 412 Abs. 1 OR auf den Vermittlungsagenten ergänzend die Bestimmungen über den Maklervertrag (Art. 412 ff. OR) und den Auftrag (Art. 394 ff. OR) gelten resp. gemäss Art. 418b i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR auf den Abschlussagenten ergänzend die Bestimmungen über die Kommission (Art. 425 ff. OR) und den Auftrag (Art. 394 OR).

5.6.2 Pflichten der Hersteller gemäss Agenturvertragsrecht

Gemäss Art. 418f Abs. 1 OR hat der Auftraggeber alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen. Er hat ihm insbesondere die nötigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese Bestimmung ist das Schweizer Pendant zum deutschen § 86a HGB.[143] Gemäss Art. 418n OR hat der Agent – soweit nicht anders vereinbart – keinen Anspruch auf Ersatz für die im regelmässigen Betrieb seines Geschäftes entstandenen Kosten und Auslagen, wohl aber für solche, die er auf besondere Weisung des Auftraggebers oder als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag auf sich genommen hat, wie Auslagen für Frachten und Zölle. In Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist zu erörtern, wie es sich im Falle des Kfz-Vertriebs verhält.

Zunächst dürfte klar sein, dass der Hersteller nach Art. 418f OR dem Händler jegliche Dokumente, welche Marketing- und Verkaufszwecken dienen, zur Verfügung zu stellen hat – es handelt sich hierbei um die schon aus dem klassischen Vertrieb bekannten Dokumente wie Prospekte, Broschüren etc. Unter dem Aspekt der Unterstützungspflicht fällt – im Sinne einer technologieneutralen Auslegung – sodann auch die Kostenübernahme bzw. die Zurverfügungstellung der digitalen Infrastruktur; es handelt

[143] THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar Teilband V 2f Der Agenturvertrag, Zürich 2000, S. 99.

sich hierbei insbesondere um Software betreffend Produktpräsentation und Vorführung der Produkte, Internetauftritt oder Bestellungsaufnahme und -weiterleitung. Weiter erfasst sind Vorführwagen sowie die vom Hersteller verlangten Investitionen in die Corporate-Identity.[144]

Im Sinne einer Negativ-Abgrenzung betreffend Umfang der Unterstützungspflicht ist auf Art. 418n OR zu verweisen: Der Hersteller/Importeur hat demnach keine Unterstützung zu leisten, soweit Kosten aus dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb anfallen. Im Kontext des Automobilvertriebs heisst dies, dass alle Kosten, die dem Händler unabhängig vom Kfz-Vertrieb einer bestimmten Marke anfallen, nicht vom Hersteller zu tragen sind. Zu denken ist dabei gewissermassen an die Grundausstattung eines Kfz-Händlers, d.h. Verkaufsräumlichkeiten, (neutrales) Mobiliar, allgemeine digitale Büroinfrastruktur etc.

Sowohl Art. 418f als auch Art. 418n OR sind dispositiver Natur, womit die Parteien aus obligationenrechtlicher Sicht in den Schranken der allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen frei bleiben, Kostentragung und Unterstützungspflicht individuell zu vereinbaren.[145]

5.6.3 Provisionshöhe nach Agenturvertragsrecht

Gemäss Art. 418g Abs. 2 OR hat der Agent Anspruch auf die vereinbarte oder, mangels Abrede, auf die übliche Provision für alle Geschäfte, die mit Kunden dieses Gebietes oder Kundenkreises während des Agenturverhältnisses abgeschlossen werden. Diese Bestimmung ist das Gegenstück zu § 87b Abs. 1 des deutschen HGB.

Aus dem Agenturvertragsrecht geht demnach hervor, dass die massgebliche Provisionshöhe in erster Linie die vereinbarte Provisionshöhe ist. Nur mangels Vereinbarung wird auf eine sog. „übliche" Provision abgestellt. Analog zum deutschen Recht erfolgt zur Ermittlung einer üblichen Provisionshöhe etwa ein Branchenvergleich, bei dem die Provisionshöhe bei sachlich und räumlich ähnlichen Geschäften untersucht wird; alternativ wird auch – falls vorhanden – auf tatsächlich praktizierte Verbandstarife abgestellt.[146] Für die übliche Provisionshöhe gem. Art. 418g OR auf den Kfz-Vertriebsmarkt können die zu kartellrechtlichen Unangemessenheit angestellten Überlegungen analog herangezogen werden. Denn diese versuchen die „angemessene" (statt übliche) Provision auch anhand eines aussagekräftigen Referenzmarktes zu erörtern, womit die Frage der kartellrechtlichen „Angemessenheit" sowie der obligationenrechtlichen „Üblichkeit" der Provisionshöhe methodologisch vergleichbar zu beantworten sind.[147]

Schliesslich steht dem Agenten bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses eine angemessene Entschädigung (bis zu einem Nettojahresverdienst) zu, wenn der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweiterte und dem Auftraggeber aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen (Art. 418u OR).

---

[144] Vgl. hierzu auch das deutsche Recht 4.1.

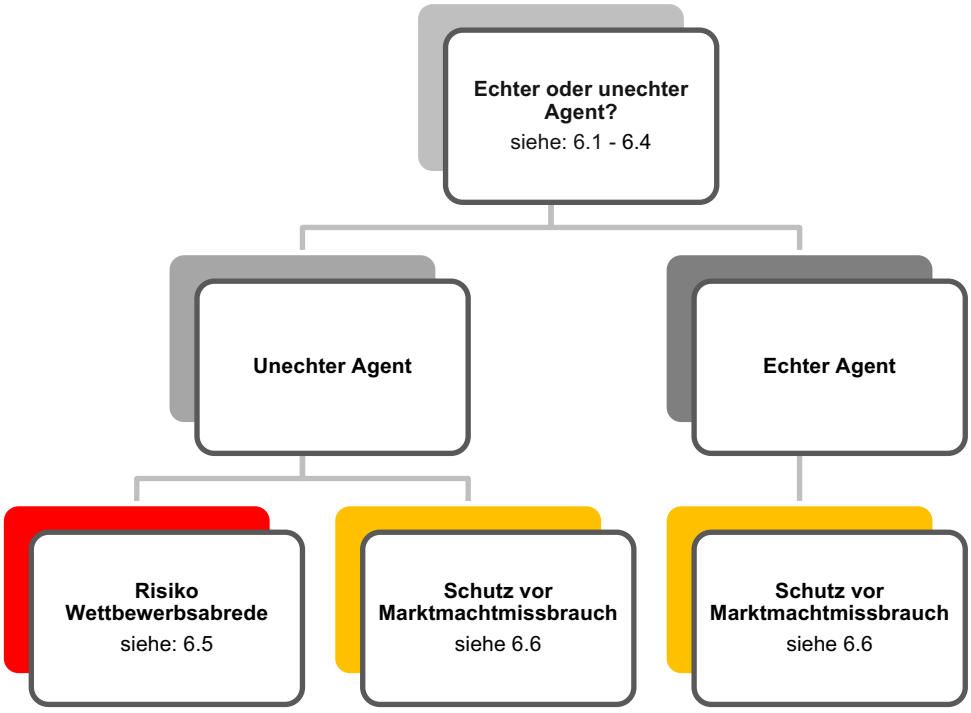
[145] Vgl. THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar Teilband V 2f Der Agenturvertrag, S. 99 und S. 145.

[146] Vgl. THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar Teilband V 2f Der Agenturvertrag, S. 106 f.; vgl. 4.2.

[147] Vgl. 5.5.5.2.3.1

6 Orientierungshilfe für KFZ-Vertriebspartner

Die nachfolgende Orientierungshilfe soll KFZ-Vertriebspartnern helfen, die kartellrechtlichen Verhaltensweisen als unechter und echter Agent einzuschätzen. Das empfohlene Vorgehen für KFZ- Vertriebspartnern ist das folgende:



6.1 Einstufung echte vs. unechte Agentur

Frage: Wie kann ich als KFZ-Vertragshändler feststellen, ob ich gemäss Agenturvertrag als echter oder unechter Agent beurteilt werde?

Antwort: Für die Beurteilung, ob ein KFZ-Vertragshändler gemäss Agenturvertrag als echter oder unechter Agent gilt, kann insbesondere auf die Risikoverteilung abgestellt werden:

- Soll ich als KFZ-Vertragshändler gemäss Agenturvertrag keine oder nur ganz unbedeutende Risiken tragen, gelte ich als echter Agent.
- Soll ich als KFZ-Vertragshändler gemäss Agenturvertrag alle oder wichtige Risiken tragen, gelte ich als unechter Agent.

6.2 Kartellrechtliche Konsequenzen echte vs. unechte Agentur

Frage: Spielt es aus kartellrechtlicher Sicht eine Rolle, ob ich ein echter oder unechter Agent bin?

Antwort: Ja, aus kartellrechtlicher Sicht, spielt die Kategorisierung als echter bzw. unechter Agent eine Rolle:

- Bei Vorliegen einer *echten Agentur* ist nicht von zwei wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts auszugehen. Folglich kommt eine Kartellabrede nicht mehr in Betracht. Die Anwendbarkeit von Art. 7 KG (Marktmachtmissbrauch) bleibt davon bei Vertragsänderungen unberührt.

- Bei Vorliegen der *unechten Agentur* stehen sich Hersteller/Importeur und Vertriebspartner als zwei wirtschaftlich selbstständige Unternehmen im Sinne des Kartellrechts gegenüber und der Händlervertrag ist eine Vereinbarung. Folglich kommt sowohl eine Kartellabrede nach Art. 5 KG als auch Marktmachtmissbrauch nach Art. 7 KG in Betracht.

6.3 Risikoverteilung echte vs. unechte Agentur

Frage: Welche Risiken trage ich als echter Agent gemäss Agenturvertrag?

Antwort: Notwendige Voraussetzung für ein echtes Agentursystem ist, dass ich als echter Agent keine der nachfolgenden Risiken trage oder jedenfalls nur in unerheblichem Umfang:

Vertragsspezifische Risiken

- Eigentumsrisiken einschl. Finanzierungsrisiken
- Lieferrisiken einschliesslich Kosten für An- und Auslieferung
- Lagerrisiken einschliesslich Kosten für Unterbringung und Diebstahlsicherung
- Zahlungsausfallrisiken (auch Delkredererisiko)
- Gewährleistungsrisiken
- Werbepflichten

Beispiele für marktspezifische Risiken

- Investitionen in Ausrüstung und Räumlichkeiten
- Werbekosten
- IT-Investitionen
- Personalausbildungskosten

Risiken aus anderen verlangten Tätigkeiten

- Übergabetätigkeiten
- Logistikaufgaben

- Auslieferungsinspektion
- Verkauf anderer Produkte im Handelsgeschäft etc.

6.4 Vertragsklauseln echte vs. unechte Agentur

Frage: Welche Vertragsklauseln gemäss Agenturvertrag sind typisch für einen unechten Agenten?

Antwort: Gegen die Einordnung als echte Agentur sprechen die folgenden Klauseln in Agenturverträgen:

- Der Agent übernimmt aufgrund der Vereinbarung die Haftung dafür, dass die Kunden ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Herstellern/Importeuren nachkommen.
- Der Agent wird durch die Regelungen des Vertriebsvertrages dazu verpflichtet, einen Verwahrungsvertrag für Fahrzeuge, die der Hersteller/Importeur an Kunden verkauft, zu schliessen. Hierdurch wird nämlich das Haftungsrisiko des Agenten erhöht.
- Der Agent haftet verschuldensunabhängig für Schäden an Lagerfahrzeugen, die dem Hersteller gehören.
- Der Agent haftet verschuldensunabhängig für Schäden an Fahrzeugen, die bei der Lieferung entstanden sind.
- Der Agent muss auf eigene Kosten ein Lager unterhalten.
- Der Agent wird verpflichtet, die Auslieferungsinspektionen auf eigene Kosten auszuführen.
- Der Agent muss die an die Kunden verkauften Fahrzeuge auf eigene Kosten ausliefern.
- Der Vertriebsvertrag sieht vor, dass der Agent sich finanziell an Werbemassnahmen des Herstellers beteiligen muss.
- Der Agent wird verpflichtet, die Kosten für Schulungen seiner Mitarbeiter, die von dem Hersteller vorgeschrieben werden, zu tragen.
- Unter Umständen kann auch bereits die Verpflichtung zum Abschluss eines Servicevertrages mit dem jeweiligen Hersteller/Importeur dazu führen, dass die Voraussetzungen der echten Agentur nicht gegeben sind. Allerdings hängt dies massgeblich von einer Marktabgrenzung im Einzelfall ab.

6.5 Risiko Wettbewerbsabrede für unechte Agenten

Frage: Welche Risiken bzgl. Wettbewerbsabrede muss ich als unechter Agent besonders beachten?

Antwort: Besondere Vorsicht ist bei den Themen Preisbindung und Provision geboten:

- Preisbindung: Eine Preisbindung zweiter Hand liegt vor, wenn der Hersteller mit dem unechten Agenturmodell – direkt oder indirekt – bezwecken und implementiert will, dass die Endkundenpreise für die von ihm hergestellten Kfz auf dem Markt gleich sind.

- Provision: Ist die Provision zwar kein Festpreis, aber dennoch so knapp bemessen durch den Hersteller, dass die Wettbewerbsintensität zwischen den unechten Agenten erheblich reduziert ist, kann eine erhebliche Beeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen.

6.6 Risiko Marktmachtmissbrauch für echte und unechte Agenten

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist die Umstellung auf des Agenturmodell (echt oder unecht) zulässig bzw. unzulässig?

Antwort: Die Umstellung auf des Agenturmodell (echt/unecht) ist grundsätzlich zulässig. Kartellrechtlich problematisch ist die Umstellung aber dann, wenn folgende Grundsätze vom Hersteller verletzt werden:

- Die markenspezifischen Investitionen müssen beim Wechsel ins Agenturmodell (echt/unecht) bzw. der Ausarbeitung der entsprechenden Vertragskonditionen berücksichtigt werden.

- Die Vertragskonditionen, die vom marktmächtigen Unternehmen vorgelegt werden, dürfen nicht derart unangemessen sind, dass faktisch von einer Geschäftsverweigerung ausgegangen werden muss.

- Der Hersteller muss alle Agenten (echt/unecht) und deren markenspezifischen Investitionen nach den gleichen Grundsätzen entschädigen.

Frage: Welche Voraussetzungen sind bei der Festlegung der Provision im unechten Agenturmodell zu beachten?

Antwort: Mit Bezug auf die Festlegung der Provision im unechten Agenturmodell sind folgende Punkte zu beachten:

- Die Provision muss nicht nur die Kosten und Margenansprüche im Zusammenhang mit den einzelnen Kaufgeschäften abdecken, sondern auch die allgemeinen Vertriebskosten bzw. nicht übernommenen Risiken angemessen abdecken, soweit diese Risiken nicht anderweitig

kompensiert werden.

- Zudem gilt, dass gleichartige unechte Agenten grundsätzlich Anspruch auf dieselbe Provision haben und daher verschiedene Provisionshöhen der unechten Agenten gerechtfertigt sein müssen.

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist im unechten Agenturmodell ein gemischter Vertrieb zulässig bzw. unzulässig?

Antwort: Ein gemischter Vertrieb im unechten Agenturmodell ist grundsätzlich zulässig. Kartellrechtlich problematisch ist der gemischte Vertrieb aber dann, wenn vom Hersteller/Importeur Folgendes nicht beachtet wird:

- Der Händler muss den Verkauf der im unechten Agenturmodell vertriebenen Modelle mit seiner Marge aus dem Vertragshändlergeschäft quersubventionieren, da die Provision im Agenturmodell zu gering ist.

- Die markenspezifischen Investitionen des Händlers sind auch beim gemischten Vertrieb angemessen zu berücksichtigen.

- Die Voraussetzungen zum Vertrieb der gesamten Modellpalette dürfen nicht strukturell gewisse unechten Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist im unechten Agenturmodell dem Hersteller/Importeur erlaubt, das Occasionsgeschäft des unechten Agenten einzuschränken?

Antwort: Eine Einschränkung oder gar ein Verbot des Occasionsgeschäfts durch den Hersteller/Importeur sind kartellrechtlich kritisch zu beurteilen:

- Ein Verbot des Occasionsgeschäft durch den Hersteller/Importeur gegenüber dem unechten Agenten dürfte kartellrechtlich unzulässig sein.

- Die Voraussetzungen zur Einschränkung des Occasionsgeschäfts dürfen nicht strukturell gewisse unechte Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen.

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist im unechten Agenturmodell dem Hersteller/Importeur erlaubt, das Leasinggeschäft des unechten Agenten einzuschränken?

Antwort: Eine Einschränkung des unechten Agenten, die Leasinggesellschaft frei zu wählen, ist kartellrechtlich kritisch zu beurteilen:

- Sind die Konditionen der vom Hersteller/Importeur vorgegebenen Leasinggesellschaft schlechter, wie diejenigen, welche der unechte Agent bei der Leasinggesellschaft seiner Wahl erhält, ist die Vorgabe des Herstellers/Importeurs zur Zusammenarbeit mit „seiner“ Leasinggesellschaft kartellrechtlich unzulässig.

- Die Voraussetzungen zur Zusammenarbeit mit Leasinggesellschaften dürfen nicht strukturell gewisse unechte Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen

Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist im unechten Agenturmodell die Herabsetzung der Standards durch den Hersteller/Importeur zulässig?

Antwort: Die Herabsetzung der Standards durch den Hersteller/Importeur ist grundsätzlich zulässig:

- Es gibt jedoch gewisse kartellrechtlichen Schranken zu berücksichtigen.

- Die Voraussetzungen zur Herabsetzung der Standards dürfen nicht strukturell gewisse unechte Agenten ohne sachlichen Grund bevorzugen und andere benachteiligen