

# **BVGer B-7756/2015 vom 19. Oktober 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-7756\\_2015\\_d20151019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7756_2015_d20151019)

FR: TAF B-7756/2015 du 19 octobre 2015

IT: TAF B-7756/2015 del 19 ottobre 2015

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Verfügung vom 19. Oktober 2015 (Untersuchung 22-0439, VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021; BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

#### **E. 1.1**

die Vereinbarungen des „Projekt Repo 2013“ über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die „Stammtische“ im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen,

#### **E. 1.2**

mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

B-7756/2015 Seite 90

#### **E. 1.3**

mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeschrift wurde fristgemäss eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss

B-7756/2015 Seite 10 (Art. 63 Abs. 4 VwVG) fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

#### **E. 1.5**

Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden. Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesrecht eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz. Sie macht damit nach Art. 49 VwVG zulässige Beschwerdegründe geltend.

### **E. 1.6**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 2**

Gemäss seinem Art. 2 Abs. 1 gilt das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Der Unternehmensbegriff des KG basiert damit auf einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend „Botschaft KG 1995“). Folglich ist die Y. \_\_\_\_\_ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

### **E. 3**

Art. 3 KG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Solche bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Nicht unter das Gesetz fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, während Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte

B-7756/2015 Seite 11 des geistigen Eigentums stützen, dem KG unterliegen. Entsprechende Vorschriften, Wettbewerbswirkungen oder Beschränkungen, welche hier relevant sein könnten, sind keine ersichtlich.

### **E. 4**

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen, zu sanktionierenden Wettbewerbsabrede betreffend Rabatte und Ablieferungspauschalen beim Verkauf neuer Fahrzeuge bestimmter Marken beteiligte. Die Beschwerdeführerin hält eine solche Abrede für von vornherein ausgeschlossen, weil die Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Notwendigerweise hätten sich die unabhängigen Händler an den Preisen von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail orientieren müssen. Dementsprechend hätte die [Q. \_\_\_\_\_] nicht als Kronzeugin akzeptiert und vorzeitig aus dem Verfahren entlassen werden dürfen. Ob die Selbstanzeigerin zu Recht von der Bonusregelung profitierte, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Der Beschwerdeführerin fehlt ein dahingehendes schutzwürdiges Interesse (Urteil des BVGer B-5107/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, die Beschwerdeführerin betreffend, bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, insbesondere E. 2.5.3), sodass auf ihre

entsprechenden Darlegungen nicht weiter einzugehen ist. Geprüft werden muss jedoch, ob die Selbstanzeigerin Preisführerschaft, welche einer Abrede entgegenstehen könnte, innehatte. Diese Thematik wird deshalb im Kontext der Frage, ob eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorlag, näher analysiert (siehe dazu unten E. 8). Zunächst aber werden die formellen Rügen der Beschwerdeführerin behandelt.

## **E. 5**

Zu einem grossen Teil erstreckt sich die Darstellung der Beschwerdeführerin auch auf formelle Rügen. So beanstandet sie Verstösse der Vorinstanz gegen Verfahrensrecht, namentlich Verletzungen der Untersuchungsmaxime, des Gleichbehandlungsgebotes, der Unschuldsvermutung, der Persönlichkeit und des rechtlichen Gehörs. Überdies macht sie Voreingenommenheit sowie eine Vorverurteilung in der Öffentlichkeit geltend.

### **E. 5.1**

Erstens beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht im notwendigen Ausmass untersucht.

B-7756/2015 Seite 12

#### **E. 5.1.1**

Als Begründung hält sie fest, die Vorinstanz habe während des 27 Monate dauernden Verfahrens keinerlei Abklärungen zu den tatsächlichen Marktgegebenheiten getätigt. Es seien nicht einmal minimale Untersuchungshandlungen zum Bestehen, geschweige denn zu Wirkungen einer vermeintlichen Wettbewerbsabrede erkennbar. Zum Nachweis einer Marktwirkung habe die WEKO lediglich (falsch berechnete) Marktanteile sowie eine (falsche) Marktabgrenzung herangezogen. In ihrer gesamten Untersuchung habe sie sich im Wesentlichen auf eine Wiederholung der Behauptungen der Selbstanzeigerin, welche nicht weiter substantiiert worden seien, beschränkt. Deutlich hätten dies die vorinstanzlichen Anhörungen gemacht, an denen weder Fragen zur Umsetzung einer möglichen Kartellabsprache noch solche zur Rolle der Selbstanzeigerin oder zur Funktionsweise des Marktes gestellt worden seien. Insbesondere habe es die Vorinstanz unterlassen, auch für die Beschwerdeführerin günstige Tatsachen zu ermitteln und dies, obschon sich Abklärungen aufgrund verschiedener Hinweise der Beschwerdeführerin, der übrigen Parteien und der Selbstanzeigerin (Preisführerschaft derselben, Prozess der Preisgestaltung von der Erstofferte bis zum Vertrag, Rabattpraxis, Marktwirkungen etc.) aufgedrängt hätten. Die Vorinstanz stütze den Sachverhalt, wie sie selbst eingeräumt habe, mehrheitlich auf die 36 von der Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel. Dass diese verschiedene Unterlagen zu Beweis Zwecken beigebracht habe, entbinde die Behörde aber nicht davon, ein Mindestmass an eigenen Beweiserhebungen anzustellen. Die Einvernahmen der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien seien nur pro forma erfolgt, die dabei gewonnenen Erkenntnisse jedoch nicht berücksichtigt worden. Ohne weitere Prüfung und ohne Nachweis erachte es die Vorinstanz als „zweifelloso“ feststehend, dass sich die Parteien und die Selbstanzeigerin über die Vereinbarung und die Umsetzung von gemeinsamen Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen abgesprochen hätten. Die internen Konditionenlisten, die in der Praxis nicht eingesetzt worden seien, hätten aber lediglich den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betroffen, was auch die Vorinstanz festgestellt habe (z.B. in Ziff. 151 der angefochtenen Verfügung). Jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, und diese würden stets separat ausgewiesen. Die Vorinstanz verkenne, dass die vermeintliche Abrede in keinem Moment Wirkung entfaltet

habe. Zum Nachweis der von ihr behaupteten Auswirkungen der Abrede auf den Markt hätte die WEKO lediglich Verträge, die in der relevanten Periode geschlossen worden seien, vorlegen oder nachfragen müssen.

B-7756/2015 Seite 13 Tatsächlich habe sie aber keine solchen Verträge vorgelegt (also keine Auswirkungen nachgewiesen) oder sie habe gar nicht danach gesucht (also die Untersuchungsmaxime verletzt).

### **E. 5.1.2**

Unter Hinweis auf die angefochtene Verfügung entgegnet die Vorinstanz, die [Q. \_\_\_\_\_ AG] habe ihre Selbstanzeige vom 3. April 2013 mit Eingaben vom 4., 18. und 25. April 2013 ergänzt und Beweismaterial übergeben. Der Inhalt der Selbstanzeige setze sich deshalb aus den Protokollausagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Diese enthielten E-Mail-Korrespondenz über die Vorbereitung, die Umsetzung und den Abbruch des Projekts „Repo 2013“ sowie Kopien der vereinbarten Konditionenliste und der Präsentation der VPVW-Stammtische. Aus diesen Dokumenten gehe eindeutig hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Parteien auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erststoffe für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart und zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation „Projekt Repo 2013“ gehalten hätten. Im Rahmen der Untersuchung habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien einvernommen. Zudem seien Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte und den Präsidenten des VPVW gerichtet worden. Die Aussagen der Parteien und ihre Vorbringen im Rahmen der Einvernahmen, der Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats und während der Anhörungen durch die WEKO sowie sämtliche Antworten zu den Auskunftsbegehren gegenüber Dritten seien in der angefochtenen Verfügung aufgeführt und gewürdigt worden. Der Sachverhalt sei nicht einfach aufgrund der Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern mehrheitlich auf der Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismittel und der vorerwähnten Ermittlungsmassnahmen erstellt und abgeklärt worden. Die Aussagen der Selbstanzeigerin stellten nicht einfache Behauptungen ihrerseits dar, sondern entsprächen dem Inhalt des von ihr vorgelegten Beweismaterials. Die wenigen Passagen, die auf der Protokollausage der Selbstanzeigerin beruhten, seien immer durch andere Beweismittel gestützt.

B-7756/2015 Seite 14 Die kurze Dauer der Abrede und die entsprechenden Auswirkungen auf den Markt seien im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt worden. Hingegen hänge die Beurteilung der Beseitigung des Wettbewerbs und der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG nicht von der Dauer ihrer Umsetzung, sondern von wirtschaftlichen Aspekten (der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, dem Vorliegen verbleibenden aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs sowie der Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien) ab. Alle diese Faktoren seien in der angefochtenen Verfügung praxisgemäss untersucht und beurteilt worden.

### **E. 5.1.3**

Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile des BVGer

B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, ADSL II, E. 185, bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_985/2015 vom 9. Dezember 2019, publiziert in BGE 146 II 217, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, Gaba, E. 5 und B-2977/2007 vom 7. April 2010, Publigroupe u.a. gg. WEKO, Publigroupe, E. 3). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären, sowohl hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen als auch rechtfertigender Umstände (vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2, BGE 138 V 218 E. 6, BGE 117 V 282 E. 4a, BVGE 2012/21 E. 5.1 sowie Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, Granella, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS unimarket AG gg. Weko, SFS, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 12 N. 16; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 3.119; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014, N. 991 f., 994 f., 1660 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, N. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, N. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12<sup>n</sup> N. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119 f.).

B-7756/2015 Seite 15 Die Wettbewerbsbehörde hat allen einschlägigen Tatsachen nachzugehen und darf sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 185; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.120 f.). Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 186; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.144). Grenzen der amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und treuwidriges Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 1.49, 3.123c; TANQUEREL, N. 1560 f.). Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Demgegenüber untersteht die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung rechtlicher Aspekte, nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen

Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). Soweit zwischen den Kartellbehörden und den Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens abweichende Rechtsauffassungen bestehen, die einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition stützt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 187).

#### **E. 5.1.4**

Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG; vgl. dazu unten E. 5.4.4; vgl. BGE 144 II 194, Bayerische Motoren

B-7756/2015 Seite 16 Werke AG gg. Weko, BMW, E. 4.4.2) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle notwendigen Beweise erhoben und in zutreffender Weise gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend auf nachvollziehbare Weise begründet wird. Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteipunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 6).

#### **E. 5.1.5**

Die Selbstanzeige ("Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG") beinhaltet erstens ein achtseitiges Schreiben der Selbstanzeigerin vom 4. April 2013 im Sinne einer Protokollaussage gegenüber der Vorinstanz. Unter dem Titel "Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses" werden darin namentlich die "Vereinbarung einer Konditionenliste", eine "Besprechung zu Konditionenempfehlungen für Flottengeschäfte", die "Erstellung einer Präsentation für regionale Stammtische des VPVW" und die "Durchführung regionaler Stammtische des VPVW" geschildert. Als Beilagen waren diesem Schreiben Konditionenlisten bzw. -empfehlungen, eine "Präsentation VPVW Stammtisch Region [...]" sowie E-Mails und andere Schreiben angefügt (insgesamt 11 Beilagen). Zweitens wurde die Selbstanzeige durch eine vom 18. April 2013 datierende Protokollaussage der Selbstanzeigerin ergänzt. Sie enthält 18 weitere Beilagen, überwiegend E-Mail-Korrespondenz zwischen Führungskräften der beteiligten Unternehmen betreffend Konditionenlisten für den Neuwagenverkauf sowie Präsentationen für Verbandsanlässe des VPVW. Drittens umfasst die Selbstanzeige eine ergänzende Protokollaussage der Selbstanzeigerin vom 25. April 2013, welche zusätzliche Beilagen beinhaltet, insbesondere wiederum E-Mail-Korrespondenz zwischen leitenden Vertretern der beteiligten Unternehmen sowie eine Präsentation mit Konditionenlisten und Offertbeispielen. Viertens wurde die Selbstanzeige durch eine mündliche Aussage des vormaligen Managing Directors der [Q. \_\_\_\_\_ AG] vom 11. Juni 2013 gegenüber dem Sekretariat der WEKO ergänzt. Vernehmlassungsweise erklärte die Vorinstanz, der Inhalt der Selbstanzeige setze sich aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Freilich erlauben einige dieser Aktenstücke keine Rückschlüsse auf (möglicherweise gesetzwidriges) Verhalten von Rechtssubjekten (z.B.

die Unterlagen zur Verbandsorganisation

B-7756/2015 Seite 17 des VPVW, dessen Umfragen oder die „Übersicht Partnernetze [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import“, act. 23). Manche sind weitestgehend identisch (act. 31, 33, 34 und 36) oder beinhalten eigene Beurteilungen der Selbst- anzeigerin (act. 30, 31, 32 und 34). So handelt es sich etwa bei mehreren der mit der Selbstanzeige eingereichten Unterlagen um Schreiben, welche die Selbstanzeigerin erstellt hatte und welche teilweise deren eigene recht- liche Würdigung der Geschehnisse enthalten. Andererseits besteht die Selbstanzeige dennoch nicht nur aus Äusserungen der Selbstanzeigerin und von dieser verfassten Dokumenten, sondern beispielsweise auch aus E-Mail-Korrespondenz mit oder zwischen Dritten. Überdies ergänzte die Vorinstanz die Selbstanzeige durch eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen. So vernahm das Sekreta- riat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin am 20. Juni und am 2. Juli 2013. Die Wettbewerbskommission hörte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 an. Ferner richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte sowie den Präsidenten des VPVW. Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegan- genen E-Mail-Verkehr. Selber reichte die Beschwerdeführerin allerdings keine ergänzenden E-Mails ein, welche die rechtliche Würdigung des inkri- minierten Verhaltens zu ihren Gunsten beeinflussen könnten.

#### **E. 5.1.6**

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Konnex zum Inhalt der an- gefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine formelle Rechtsverletzung der Vorinstanz im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes bestehen keine, zu- mal die WEKO nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast und das zu erfül- lende Beweismass anerkannt hat. Ihr kann auch nicht vorgeworfen wer- den, eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil der Beschwerde- führerin praktiziert zu haben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, Erne, E. 6.3). Wegen ihres engen Bezugs zum Inhalt der Sanktionsverfügung werden die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin deshalb bei der ma- teriellen Prüfung näher gewürdigt (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 6.3 m.H. und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 6.3), d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichts- punkt eines formellen Rechtsfehlers (vgl. in diesem Sinne bereits die Ur-

B-7756/2015 Seite 18 teile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobil- funk, E. 1.1.2, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 3.2.5, so- wie B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon AG gg. Weko, Nikon, E. 5.5).

#### **E. 5.2**

Zweitens beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen sowie einen Verstoss gegen Treu und Glauben.

##### **E. 5.2.1**

Sie argumentiert, die Vorinstanz habe die einvernehmliche Regelung allein aufgrund der Angaben der Selbstanzeigerin entworfen, bevor die an- deren Parteien überhaupt angehört

worden seien. Das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit diesen eingetreten, sondern habe ihnen die einvernehmliche Regelung im Sinne von „take it or leave it“ vorgelegt, ohne ihre Aussagen zu berücksichtigen. Dadurch seien die übrigen Parteien ganz erheblich schlechter behandelt worden als die Selbstanzeigerin. Nur so sei auch erklärbar, dass Letztere ohne Not vorzeitig aus dem Verfahren entlassen worden sei, indem vorab in einer Teilverfügung über ihre „rechtliche und tatsächliche“ Situation entschieden worden sei. Vom Zeitpunkt des ersten Entwurfs einer einvernehmlichen Regelung an sei folglich keine unvoreingenommene, unparteiische, gleiche und gerechte Verfahrensführung mehr möglich gewesen. Von einer ergebnisoffenen und fairen Untersuchung könne daher nicht die Rede sein. Eine solche Verfahrensführung widerspreche überdies dem Grundsatz von Treu und Glauben, hätte die Vorinstanz doch auch die für die Parteien günstigen Faktoren berücksichtigen müssen, was sie offensichtlich unterlassen habe. In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz ausgeführt, die Parteien hätten den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in der im Schreiben des Sekretariats vom 8. Oktober 2013 dargelegten Form abgelehnt, ohne einen eigenen konkreten Vorschlag zu präsentieren, während alle Parteien ihre Bereitschaft erklärt hätten, mit dem Sekretariat zu kooperieren. Das Sekretariat habe den Parteien jedoch eine im Wesentlichen unveränderte Fassung der ursprünglichen und noch vor den Parteieinvernahmen erstellten einvernehmlichen Regelung erneut vorgelegt. Über die Auswertung der Selbstanzeige und die Einvernahmen der Parteien hinaus habe es keine erkennbaren eigenen Untersuchungshandlungen vorgenommen, insbesondere nicht bezüglich der Parteivorbringen und der ent-

B-7756/2015 Seite 19 lastenden Hinweise der Selbstanzeigerin. Es hätte an der Vorinstanz gelegen, die Regelung im Einvernehmen mit den Parteien auszugestalten. Stattdessen habe das Sekretariat den Parteien später erneut eine unveränderte Fassung der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgelegt und sie dadurch unter Druck gesetzt, diese zu unterzeichnen. Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness missbilligt die Beschwerdeführerin ferner die in der Gratiszeitung „20 Minuten“ vom 23. Mai 2013 zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats, man rechne bei der WEKO damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden könne und die Verfahrensdauer kürzer als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate sein werde. Die Beschwerdeführerin meint dazu, offensichtlich habe die Vorinstanz bereits zu diesem Zeitpunkt einen klar bestimmten Verfahrensausgang vor Augen gehabt, was auch das Erstellen einer einvernehmlichen Regelung vor den Parteieinvernahmen erkläre. Die Vorinstanz würde kaum eine Untersuchung eröffnen und gleich im Anschluss die Öffentlichkeit informieren, man gehe von einem kurzen Verfahren aus, wenn sie damit gerechnet hätte, dass kein Kartellrechtsverstoss festzustellen sei. Diese Mitteilung habe es faktisch verunmöglicht, von dem ins Auge gefassten Ziel abzuweichen. Durch überstürzte Information habe sich die Vorinstanz selber gezwungen, nur belastende Elemente zu suchen und so quasi die Erwartung der Öffentlichkeit auch zu erfüllen. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Genehmigungsverfügung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt. Durch die vorzeitige Entlassung der Selbstanzeigerin aus dem Verfahren habe die Vorinstanz in selbstverschuldeter Weise einen Sachverhalt geschaffen, der falsch und unvollständig gewesen sei. Eine Ergänzung oder Änderung desselben im Anschluss an die Genehmigungsverfügung sei für die Vorinstanz faktisch unmöglich geworden.

### **E. 5.2.2**

Hierauf erwidert die Vorinstanz, das Sekretariat habe von Anfang an allen Parteien die Möglichkeit gegeben, inhaltlich identische einvernehmliche Regelungen abzuschliessen. Die Vorschläge des Sekretariats hätten nicht einfach auf den Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern auf der eindeutigen Beweislage mit über 30 Beweismitteln, welche die Vereinbarung einer Konditionenliste und die Durchführung von Stammtischen klar nachwiesen, basiert. Das Sekretariat habe der Beschwerdeführerin sowie den anderen beteiligten Unternehmen innerhalb von acht Monaten insgesamt dreimal den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vorgeschlagen. Nur die Selbstanzeigerin habe jedoch Interesse an einer solchen Regelung

B-7756/2015 Seite 20 bekundet. Die Beschwerdeführerin sowie die übrigen Untersuchungsadressatinnen hätten alle Vorschläge des Sekretariats abgelehnt, ohne ihrerseits einen konkreten Gegenvorschlag einzureichen oder ihre Bereitschaft zu entsprechenden Verhandlungen zu bekunden. Demzufolge sei die Aussage der Beschwerdeführerin, das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit den Parteien eingetreten, bösgläubig. Eine Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin bestehe somit nicht. Zur Rüge, gegen Treu und Glauben verstossen zu haben, erklärt die Vorinstanz, es bestehe keine Vertrauensgrundlage, da weder das Sekretariat noch die WEKO unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen erteilt habe, aufgrund derer die Beschwerdeführerin Dispositionen getroffen habe, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnten. Wie in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung dargelegt, sei die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte „bereitswillige Kooperationsbereitschaft“ wegen ihres Verhaltens während der Untersuchung fraglich.

### **E. 5.2.3**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Grundrechtlich verbrieft wird damit das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens. Als „gleiche Behandlung“ statuiert Art. 29 Abs. 1 BV insbesondere das Recht auf Waffengleichheit, welches bereits dann als verletzt gilt, wenn eine Partei bevorteilt wird; die Gegenpartei muss dadurch nicht unbedingt einen Nachteil erleiden (vgl. BERNHARD WALDMANN, BSK BV, 2015, Art. 29 N. 8 ff.; BGE 139 I 121, R. gg. Basler Versicherung AG, E. 4.2.1 m.H.).

### **E. 5.2.4**

Am 3. Juli 2014 ersuchte das Sekretariat die WEKO mit Blick auf deren Plenarsitzung vom 14. Juli 2014 schriftlich, ein Mitglied ihres Präsidiums gestützt auf Art. 19 Abs. 1 KG zu ermächtigen, gemäss Art. 30 Abs. 1 KG über den Sekretariatsantrag gegen die Selbstanzeigerin zu entscheiden (act. 271). Zur Begründung führte das Sekretariat Folgendes aus (Zitat): Neben der Beschleunigung des Verfahrens dient dieses Vorgehen im vorliegenden Fall der Rechtssicherheit, indem eine Vorabverfügung der [Selbstanzeigerin] erlaubt, ohne weitere zusätzliche Kosten aus dem Verfahren auszuscheiden und so innert kürzester Frist ihre Rechtslage zu klären sowie negative Reputationseffekte abzuwenden oder zu begrenzen. Diesem Vorgehen könnte darüber hinaus auch insofern eine besondere Bedeutung zukommen, als es für fehlbare Unternehmen den Anreiz erhöhen kann, eine Selbstanzeige

B-7756/2015 Seite 21 einzureichen und mittels einer einvernehmlichen Regelung einen raschen Verfahrensabschluss herbeizuführen. In ihrer Plenarsitzung vom 14. Juli 2014

hiess die WEKO dieses Ansinnen gut und delegierte den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung des Sekretariats mit der Selbstanzeigerin an ein Mitglied ihres Präsidiums. Aus der zitierten Begründung des Sekretariatsantrags vom 3. Juli 2014 lässt sich herauslesen, dass das Sekretariat eine Weiterführung der Untersuchung mit negativen Reputationseffekten verbindet und eine Vorabverfügung als Anreiz sieht, um solche Effekte abzuwenden oder zu begrenzen. Da das Sekretariat nach seiner oben zitierten Begründung Rechtssicherheit anstrebte, kann der Eindruck entstehen, es wäre nach Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit der Selbstanzeigerin ausserstande gewesen, eine abweichende juristische Beurteilung gegenüber den anderen Parteien vorzunehmen, zumal es um ein- und dieselbe mutmassliche Abrede ging. Mit anderen Worten kann sich die Frage aufdrängen, ob es nicht seinem Konzept der frühzeitigen, separaten Verfahrenserledigung gegenüber der Selbstanzeigerin zuwidergelaufen wäre, wenn es in der fortgesetzten Untersuchung beispielsweise hätte feststellen müssen, dass sie eine führende oder anstiftende Rolle innegehabt habe. Dann nämlich hätte sich etwa die Befreiung der Selbstanzeigerin von einer Sanktion nachträglich eventuell als unrechtmässig erweisen können (vgl. dazu unten E. 8.4.3 f.). Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass sich die Äusserung des Sekretariats betreffend Rechtssicherheit ausschliesslich auf das Verhältnis zur Selbstanzeigerin bezog, mit welcher als einziger Verfahrenspartei eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde. Dadurch entstand aber keine Bindungswirkung der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Entscheidung gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten (vgl. Urteile des BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, E. 2.5.3 und des BVGer B-5107/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Ausserdem blieb es der Wettbewerbskommission als Entscheidungsinstanz unbenommen, das Sekretariat mit ergänzenden Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen oder eine Anhörung der Beschwerdeführerin abzuhalten (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG), wovon sie Letzteres denn auch tat. Einvernehmliche Regelungen bot das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen an. Am 17. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäfts-

B-7756/2015 Seite 22 leiter der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 erklärte die Beschwerdeführerin gegenüber dem Sekretariat, sie sei unter Umständen gerne bereit, eine einvernehmliche Regelung zu prüfen. Für die Beurteilung und den Abschluss einer solchen bestehe jedoch sicherlich bis zur Gewährung uneingeschränkter Akteneinsicht keine Grundlage. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Diese lehnte die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2013 gegenüber dem Sekretariat ab. Sie erklärte dabei jedoch, sie sei gerne bereit, eine den tatsächlichen Gegebenheiten angepasste einvernehmliche Regelung zu einem späteren Zeitpunkt zu prüfen. Mit Brief an die Vorinstanz vom 17. Januar 2014 in einem Parallelverfahren hielt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sodann fest, seine Mandantin (jenes Verfahrens) prüfe die Möglichkeit einer akzeptablen einvernehmlichen Regelung. Zu diesem Zweck werde sie sich mit den anderen Verfahrensparteien austauschen, um das weitere Vorgehen abzuklären. Gerne halte sie das Sekretariat über diese Entwicklung informiert. Mit Schreiben vom 11. Februar 2014 setzte das Sekretariat der Beschwerdeführerin Frist bis 3. März 2014 für eine endgültige Stellungnahme zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. In seiner Stellungnahme vom 17. März 2014 hielt der

Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf ein Schreiben seines Rechtsvertre- ters vom 28. Februar 2014 an das Sekretariat fest, dieser habe den Stand der Gespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten zutreffend wiederge- geben. Die Beschwerdeführerin sichere der Wettbewerbskommission auch weiterhin ihre Kooperation zu. Sie habe es lediglich abgelehnt, eine einver- nehmliche Regelung abzuschliessen, wie sie das Sekretariat bereits vor der ersten Einvernahme erstellt und dann mit Brief vom 8. Oktober 2013 unverändert ein zweites Mal vorgeschlagen habe. Im erwähnten Schreiben vom 28. Februar 2014 hatte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hinsichtlich des weiteren Gangs des Verfahrens erklärt, es liege an der Wettbewerbsbehörde, dieses nach Massgabe der einschlägigen Vorschrif- ten fortzusetzen. Nichtsdestotrotz werde die Beschwerdeführerin das Sek- retariat über allfällige parallel verlaufende Bemühungen ihrerseits um eine einvernehmliche Regelung informieren. Laut einer Telefonnotiz des Sekre- tariates vom 9. September 2014 über ein Gespräch mit dem Rechtsvertre- ter der Beschwerdeführerin erwartete die Wettbewerbsbehörde bis spätes-

B-7756/2015 Seite 23 tens 20. September 2014 eine Rückmeldung seitens der Beschwerdefüh- rerin bezüglich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung. Eine solche kam jedoch nicht zustande, nachdem die geforderte Rückmeldung ausgeblieben war. Einzig die Selbstanzeigerin schloss eine einvernehmli- che Regelung mit dem Sekretariat ab. Folglich hätte auch die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung zu treffen (Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Dabei hätte sie vom Sekre- tariatsentwurf abweichende Klauseln vorschlagen können. Immerhin räumte ihr das Sekretariat rund ein Jahr Bedenkzeit ein. Insofern wirkt es nicht überzeugend, wenn die Beschwerdeführerin erklärt, das Sekretariat habe sie unter Druck gesetzt, eine unveränderte Fassung seiner ursprüng- lichen einvernehmlichen Regelung zu unterzeichnen. Kommt eine einvernehmliche Regelung innert nützlicher Frist nicht zu- stande, so unterbreitet das Sekretariat der WEKO einen Antrag, und diese entscheidet mittels Verfügung (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 604). Im Üb- rigen besteht kein Anspruch auf eine einvernehmliche Regelung (Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband sowie Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. gg. Weko, Buchpreisbindung II, E. 6.2). Das Sekretariat trifft keine Pflicht, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen; ebensowenig ist ein Unterneh- men verpflichtet, eine solche einzugehen (Urteil des BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, E. 2.5.1 f.). Inhaltlich kann sich eine einvernehmliche Regelung nicht auf die Rechts- lage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken; ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, Pub- ligroupe, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012; Urteile des BGer 2A.430/2006 vom

### **E. 5.2.5**

Hinsichtlich der Rüge einer überstürzten Information der Öffentlich- keit durch das Sekretariat ist ergänzend auf die nachfolgende E. 5.3 zu verweisen.

### **E. 5.2.6**

Inwiefern die Verfahrensführung Teilgehalte des Grundsatzes von Treu und Glauben, welche über die in anderen Erwägungen abgehandel- ten Aspekte hinausgehen, tangiert, hat die Beschwerdeführerin nicht näher dargelegt. Beim verfassungsmässigen Grundsatz von

Treu und Glauben handelt es sich um eine Generalklausel, die dort greift, wo loyales und vertrauenswürdiges Verhalten zur Debatte steht und keine spezifischen Vorgaben existieren (vgl. ASTRID EPINEY, BSK BV, 2015, Art. 5 N. 75). Auf die Rüge, die Verfahrensführung widerspreche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 BV), braucht demnach nicht eingegangen zu werden. Was schliesslich die im Schriftenwechsel eingebrachten Bemerkungen der WEKO zum Vertrauensprinzip angeht, so dürfte ein Missverständnis vorliegen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, der Grundsatz von Treu und Glauben sei verletzt worden, erstreckt sich allem Anschein nach nicht auf das Vertrauensprinzip, welches unter anderem eine spezifische Vertrauensgrundlage und darauf gestützte Dispositionen voraussetzen würde (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 216 ff.).

### **E. 5.2.7**

Hinsichtlich des Standpunkts der Beschwerdeführerin, die Verfügung über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt, und durch die vorzeitige Entlassung der Selbstanzeigerin aus dem Verfahren habe die Vorinstanz einen falschen, unvollständigen Sachverhalt geschaffen, kann auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 (publiziert als BGE 145 II 259; die gleiche Beschwerdeführerin wie im vorliegenden Verfahren B-7756/2015 betreffend) verwiesen werden. In E. 2.5.3 desselben erwog das Bundesgericht, die Beschwerdeführerin werde durch die einvernehmliche Regelung und deren Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionserlass zu Gunsten der

B-7756/2015 Seite 25 Beschwerdegegnerin (Selbstanzeigerin). Direkt betroffen sei die Beschwerdeführerin, soweit sie selber sanktioniert worden sei. Gegen diese Sanktionsverfügung könne sie sich aber rechtsmittelweise zur Wehr setzen, was sie auch getan habe. Weder in jenem Verfahren, in welchem Sachverhalt und Rechtsanwendung gerichtlich frei überprüft werden könnten, noch darüber hinaus habe die streitige Genehmigungsverfügung irgendeine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin.

### **E. 5.3**

Drittens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte durch öffentliche Vorverurteilung seitens des Sekretariats. Wie nachfolgend dargelegt, erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet.

#### **E. 5.3.1**

Zur Untermauerung ihrer Rüge verweist sie auf folgende, am 23. Mai 2013, einen Tag nach Eröffnung der Untersuchung 22-0439, in der Gratiszeitung „20 Minuten“ zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats der Vorinstanz (Zitat): Bei der Weko rechnet man damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden kann. Voraussichtlich werde die Verfahrensdauer kürzer sein als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate, sagte [...], stellvertretender Direktor der Weko, am Donnerstag auf Anfrage. Mit Blick auf diese Passage legt die Beschwerdeführerin dar, die Vorinstanz habe den Eindruck erweckt, die Sachlage sei so klar, dass bereits am Tag nach Untersuchungseröffnung ein schneller Entscheid abzusehen gewesen wäre. Dadurch seien die betroffenen Unternehmen quasi an den Pranger gestellt worden, noch ehe die Vorinstanz (theoretisch) über stichhaltige und sachliche Argumente habe verfügen können.

Die Kunden der Beschwerdeführerin und der übrigen Verfügungsadresserinnen hätten entsprechend auf die öffentliche Denunzierung reagiert, was sich in teilweise verletzenden Worten, aber vor allem auch durch weniger Aufträge und Meidung von Geschäftsbeziehungen geäußert habe. Den Betroffenen sei deswegen ein erheblicher, nicht wiedergutzumachender Nachteil aus der misslichen Kommunikation der Vorinstanz entstanden.

### **E. 5.3.2**

Inhaltlich negiert die WEKO die zitierte Äusserung ihres stellvertretenden Sekretariatsdirektors nicht. Allerdings sieht sie darin weder eine öffentliche Vorverurteilung, noch eine Verletzung der Unschuldsvermutung. In ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung sei ebensowenig eine Vorverurteilung ersichtlich wie in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln. Diese sei im Übrigen jederzeit frei gewesen, ein

B-7756/2015 Seite 26 Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz zu stellen, was sie aber nicht getan habe.

### **E. 5.3.3**

Äussert sich eine Behörde in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren, muss sie sich generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen; sie darf das Verfahren nicht als bereits entschieden erscheinen lassen (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011, A. GmbH gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.2.4 m.H.). Unter dem Gesichtspunkt möglicher Persönlichkeitsverletzungen hat die Wettbewerbsbehörde insbesondere auf unverhältnismässige oder unnötig herabsetzende Äusserungen gegenüber Presse und Öffentlichkeit zu verzichten (vgl. durch Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Nikon, bestätigtes Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 7, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur in E. 6). Staatliche Organe sind mit Blick auf die Presseberichterstattung zu sachlicher und zurückhaltender Information verpflichtet (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. Weko, E. 3.3.2 m.H. und E. 5.4). Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2 und 133 I 89 E. 3.3; Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12. Februar 2016, X. AG u.a. gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.4).

### **E. 5.3.4**

Am 3. April 2013 reichte die Q.\_\_\_\_\_ AG beim Sekretariat eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die kartellgesetzliche Untersuchung 22-0439. Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG bestimmt, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Aufgrund der Selbstanzeige verfügte die Vorinstanz bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl einschlägiger Akten. Dadurch konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen, in denen keine entsprechende Selbstanzeige eingereicht wird. Vor diesem Hintergrund lässt sich die zitierte Äusserung des hochrangigen Vertreters des Sekretariats nicht als persönlichkeitsverletzend bezeichnen, zumal sie sich nur auf die Verfahrensdauer bezog

(vgl. Ziff. 174 der angefochtenen Verfügung, wonach das Sekretariat aufgrund einer prima-facie-Prüfung der

B-7756/2015 Seite 27 durch die Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel von einer Verfahrensdauer unter den sonst üblichen 12 bis 18 Monaten ausging). Insofern kann der betreffende Sekretariatsvertreter auch nicht etwa als voreingenommen bezeichnet werden.

### **E. 5.3.5**

In diesem Zusammenhang sei noch auf Art. 28 Abs. 1 und 2 KG hingewiesen, wonach das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekanntgibt und dabei den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung nennt. Art. 25 Abs. 4 KG bestimmt, dass die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Beim Gegenstand und den Adressaten der Untersuchung handelt es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse. Im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung muss der Gegenstand das kartellrechtswidrige Verhalten so umschreiben, dass sich Dritte ein Bild von der geplanten Untersuchung machen können, um zu entscheiden, ob sie sich daran beteiligen wollen (BGE 142 II 268, Nikon, E. 5.1). Diese Angaben – Gegenstand und Adressaten der Untersuchung – wurden demnach ohnehin veröffentlicht.

### **E. 5.3.6**

Ein Begehren um Ausstand des betreffenden Sekretariatsmitarbeiters hätte nach Kenntnisnahme vom entsprechenden Anlass unverzüglich eingereicht werden müssen. Wer mit einem solchen Begehren grundlos zuwartet, verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und verwirkt das Recht, sich auf eine allfällige Ausstandspflicht zu berufen (vgl. BGE 134 I 20 E. 4.3.1; Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24. März 2009, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gg. Weko betr. Wiederholung von Verfahrenshandlungen, SIX, E. 2.2.1 und Urteil des BVer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, Gaba, E. 7.2 m.H.). Die Beschwerdeführerin hat kein Ausstandsbegehren gestellt.

### **E. 5.4**

Viertens erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Seitens der Selbstanzeigerin habe sie einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt. Auch die Vorgehensweise bei der diesbezüglichen Terminfestlegung sei unhaltbar.

#### **E. 5.4.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV; zumindest für Teilbereiche wird er auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) abgeleitet. Gemäss Art. 29 VwVG haben sodann die Parteien einen Anspruch auf rechtliches Gehör (zum Ganzen BGE 137 II

B-7756/2015 Seite 28 266, Gemeinde Riniken u.a. gg. Axpo AG und Bundesamt für Energie, Riniken, E. 3.2 m.H., Urteil des BVer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1 m.H. und BERNHARD WALDMANN / JÜRIG BICKEL, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 N. 46 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst einerseits Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung (Art. 30 VwVG), das Recht, erhebliche Beweise beizubringen (Art. 33 VwVG), Beweisanträge zu stellen und

damit gehört zu werden, sowie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder wenigstens zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Art. 12 - 19 VwVG i.V.m. Art. 37, 39 - 41 und 43 - 61 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, BZP, SR 273). Andererseits beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör Informationsansprüche, namentlich das Recht auf Orientierung, Akteneinsicht (Art. 26 - 28 VwVG) und auf hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Auch der Gehörsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Demnach verlangt das rechtliche Gehör im Sinne von Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Schritte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch eigene Beweisanträge; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich deren Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286, S.X. u.a. gg. Stadt Chur u.a., E. 5.1; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 199, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung sowie B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekanntgeben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. A., 2020, N. 1011). Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten

B-7756/2015 Seite 29 schriftlich zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, Elektra Baselland Liestal gg. Watt Suisse u.a., EBL, E. 3.4; BGE 129 II 497, *Entreprises Electriques Fri-bourgeoises* gg. Watt Suisse u.a., EEF, E. 2.2; Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud (Suisse) SA gg. Weko, Dargaud, E. 4 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1; *Entscheid der Reko Wef FB/2006-8* vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; *Botschaft KG* 1995, 605; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 275, 277). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Daher führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist – ebenfalls im Sinn einer ausnahmsweisen Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung abzusehen, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der

Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteile des BVerG B-312/2014 vom 14. August 2014, X. gg. Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, E. 2.3 f. m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (vgl. BGE 133 I 201, X. u.a. gg. Amt für AHV und IV TG u.a., E. 2.2 und 132 V 387 E. 5.1 m.H.; Urteil des BVerG 9C\_419/2007 vom 11. März 2008, A. gg. Winterthur-Columna Sammelstiftung 2. Säule, E. 2.2; Urteile des BVerG B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 201, m.H., B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gg. Weko, Gebro, E. 4.3, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba, E. 4.2 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1).

B-7756/2015 Seite 30

#### **E. 5.4.2**

Zunächst ist die Rüge, seitens der Selbstanzeigerin habe die WEKO einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt, zu prüfen.

##### **E. 5.4.2.1**

Zur Begründung legt die Beschwerdeführerin dar, anlässlich des Hearings vom 7. September 2015 sei beantragt worden, auch die Selbstanzeigerin anzuhören. Auf dieses Begehren sei die Vorinstanz nicht wirklich eingetreten, als sie mit [...] den Leiter Dealer Operations von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import vorgeladen habe; wenn schon, hätte sie [...] von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail vorladen müssen. Als Leiter Dealer Operations sei [...] für Entscheidungen darüber zuständig, welche Händler ins Händlernetz aufgenommen würden oder welchen gekündigt werde. Aus nachvollziehbaren Gründen hätten die (noch) zugelassenen Händler, darunter die Beschwerdeführerin, keine kritischen Fragen oder Fragen, welche der Selbstanzeigerin hätten unangenehm sein können, stellen wollen, da ihre Verträge direkt vom „Wohllwollen“ derselben abhingen. Diesbezüglichen Schutz hätten sie von der Vorinstanz nicht erwarten können, wie die jüngeren Entwicklungen im Händlernetz der Selbstanzeigerin (und anderer Importeure) zeigten. Die Vorinstanz billige die Kündigung zahlreicher Händler, insbesondere auch wichtiger noch verbleibender Konkurrenten, ohne Weiteres. Abgesehen davon sei der Leiter Dealer Operations nicht geeignet gewesen, die im Raum stehenden Fragen nach der Preisführerschaft, den Auswirkungen, der Funktion der Konditionenliste und der Power-Point-Präsentation beantworten zu können. Seine Anhörung habe somit von Anfang an nichts zur Untersuchung beitragen können; sie sei eher eine Farce gewesen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich gewesen sein sollte, eine Person vorzuladen, welche zu den relevanten Punkten hätte Auskunft geben können und welche keine „einschüchternde“ Wirkung auf die Parteien gehabt hätte. Nach einiger Konfusion in den Reihen der Vorinstanz sei [...] schliesslich als Zeuge, nicht als Partei, befragt worden. Das habe bedeutende Konsequenzen für seine Pflichten bei den Aussagen und zeige zudem (einmal mehr), dass die Vorinstanz die Selbstanzeigerin ihres Erachtens endgültig aus dem Verfahren entlassen gehabt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin als Partei angehört werden müssen. Ferner habe die Vorinstanz die Anhörung der Selbstanzeigerin auf falsche Themen, nämlich auf Fragen zum Anteil des Flottengeschäfts sowie zu den Netto- und Sondermodellen, fokussiert. Stattdessen hätte erfragt werden

B-7756/2015 Seite 31 müssen, ob zwischen den Parteien überhaupt eine Absprache vorgelegen habe. Damit sei das rechtliche Gehör in unzureichender Weise gewährt worden.

#### **E. 5.4.2.2**

Die Vorinstanz erwidert, die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien hätten in ihrer Stellungnahme oder während ihrer Anhörungen mehrmals geltend gemacht, dass der Anteil des Flottengeschäfts und der Netto- und Sondermodelle erheblich gewesen sei. Da das Flottengeschäft sowie die Netto- und Sondermodelle zur Vertriebspolitik der [Q. \_\_\_\_\_ AG] Import gehört hätten, habe nur ein Vertreter dieser Abteilung solche Fragen beantworten können. Deshalb habe sie [...], den CEO der Selbst- anzeigerin, vorgeladen. Diese habe ihr mitgeteilt, dass [...] den Anhörungs- termin voraussichtlich nicht wahrnehmen könne und sinnvollerweise [...], der Leiter Dealer Operations, vorzuladen wäre. Weiter erklärt die Vorinstanz, da die Selbstanzeigerin keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei, habe sie sie als Zeugin angehört. Sie habe darauf verzichtet, die Selbstanzeigerin zur Absprache zu befragen, weil in der Selbstanzeige von Beginn weg eine Abrede über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen zugegeben worden sei.

#### **E. 5.4.2.3**

Einen Antrag, näher bezeichnete Personen aus dem Unternehmen der Selbstanzeigerin vorzuladen, stellte die Beschwerdeführerin seinerzeit gegenüber der Vorinstanz nicht. Sie hätte dies aber schon vor der Anhörung der Selbstanzeigerin vom 7. September 2015 tun können. Erst anlässlich des Beschwerdeverfahrens erklärte sie jedoch, „wenn schon, hätte [die WEKO] [...] von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail vorladen müssen“. Folglich handelt es sich um eine verspätet vorgebrachte Rüge, auf welche nicht näher einzugehen ist (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. etwa BGE 143 V 66 E. 4.3). Abgesehen davon war es der Vorinstanz aufgrund ihrer Verfahrensherrschaft anheimgestellt, im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (vgl. dazu BGE 146 III 203 E. 3.3.2, 144 II 427 E. 3.1.3 und 134 I 140 E. 5.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.4.1 m.H.) darüber zu befinden, wen sie anhören wollte. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise nämlich ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (vgl. auch BGE 144 II 194, BMW, E. 4.4.2).

#### **E. 5.4.2.4**

Was die Anhörung der Selbstanzeigerin durch die WEKO betrifft, so stehen drei Varianten zur Diskussion. Tatsächlich einvernommen wurde

B-7756/2015 Seite 32 der Leiter Dealer Operations am 21. September 2015 als Zeuge, weil die Selbstanzeigerin, wie die Vorinstanz erklärte, keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei. Nach Meinung der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin hingegen als Partei angehört werden müssen, denn sie war – in- folge der Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung – noch nicht auf rechtsgültige Weise aus der Untersuchung entlassen worden. Laut den im Anhörungsprotokoll wiedergegebenen Bemerkungen des Rechtsvertreters der Selbstanzeigerin hätte diese jedoch als betroffene Dritte im Sinne von Art. 40 KG befragt werden müssen. Eine Befragung als Partei (mit Aussageverweigerungsrecht) statt einer Einvernahme als Zeugin (mit Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage) hätte nach Darstellung der Beschwerdeführerin „bedeutende Konsequenzen für [die] Pflichten bei den Aussagen“ gehabt. Welche Konsequenzen sie damit genau meinte, hat die Beschwerdeführerin freilich

nicht erläutert. Vor allem aber hat sie nicht aufgezeigt, inwiefern ihr durch die Art der Anhörung der Selbstanzeigerin ein Nachteil erwachsen sein könnte (vgl. Urteil des BGer 2C\_87/2020 vom 8. März 2021, A. AG gg. Weko betr. Vorladung als Zeugin, E. 3.3, wo die Beschwerde nur dann zulässig gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert hätte, dass sie selbst durch die Zeugenbefragung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, insbesondere in Form einer Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes, erleiden könnte). Sodann berührt die (uneingeschränkte) Einvernahme ehemaliger Gesellschaftsorgane im Kartellsanktionsverfahren "nemo tenetur" grundsätzlich nicht (BGE 147 II 144 E. 5.2.3; Urteil des BGer 2C\_87/2020 vom

### **E. 5.4.3**

Schliesslich bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorgehensweise der WEKO bei der Festlegung des Termins für die Anhörung der Selbstanzeigerin sei aus rechtsstaatlicher Sicht unhaltbar, zu analysieren.

#### **E. 5.4.3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, am 7. September 2015 seien die Parteien aufgefordert worden, ihre Verfügbarkeit am angesetzten Termin bis zum 9. September 2015 bekanntzugeben. Ohne die Reaktionen abzuwarten und trotz der Ersuchen der Parteien, den Termin zu verschieben, habe ihn die Vorinstanz am 8. September 2015 bilateral mit der Selbstanzeigerin bestätigt. Auf die Einwände bezüglich des Termins und der vorgeladenen Person sei sie nicht eingegangen.

#### **E. 5.4.3.2**

Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit gehabt, der Anhörung der Selbstanzeigerin beizuwohnen und ihr Fragen zu stellen oder, falls sie oder ihre Rechtsvertreter verhindert gewesen seien, dem Sekretariat Fragen einzureichen, damit sie der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Davon habe die Beschwerdeführerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Zur Organisation des Anhörungstermins werde im Übrigen auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen.

#### **E. 5.4.3.3**

Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung erscheinen Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar. Die betreffenden Rechtsvertreter der Verfügungsadressatinnen hätten sich für die Anhörung der Selbstanzeigerin substituieren lassen können. Überdies kann das Recht auf Mitwirkung bei der Einvernahme im Sinne eines Mindestanfordernisses nach der Praxis auch durch Stellungnahme zum Beweisergebnis ausgeübt werden (WALDMANN / BICKEL, Art. 29 N. 91). Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die WEKO der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gab, vorgängig schriftliche Fragen einzureichen, welche

B-7756/2015 Seite 34 der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin lässt sich daher nicht konstatieren.

### **E. 5.5**

Fünftens wirft die Beschwerdeführerin der WEKO vor, die Unschuldsvermutung, die sich aus Art. 32 Abs. 1 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK ergibt, verletzt zu haben.

### **E. 5.5.1**

Als Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, durch die Äusserung in der Gratiszeitung „20 Minuten“ vom 23. Mai 2013, welche einen Tag nach Untersuchungseröffnung erfolgt sei, habe die Vorinstanz suggeriert, dass „der Fall klar“ sei und sich die Parteien eines Kartellrechtsverstosses schuldig gemacht hätten. Zudem zeige die Verfahrensführung, dass die Vorinstanz von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang, nämlich die Sanktionierung der Parteien, abgezielt habe. Dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden seien, zeuge davon, dass die WEKO voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen sei. Das Verfahren stelle eine Art „Rosinenpicken“ zu Ungunsten der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien dar. Diese Verletzung der Unschuldsvermutung sei besonders heikel, weil im Kartellrecht aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Sanktionen die allgemeinen (Verfahrens-) Grundsätze des Strafrechts gelten.

### **E. 5.5.2**

Die WEKO hält dem entgegen, weder in ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung noch in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln sei eine Vorverurteilung ersichtlich. Ebensowenig bestehe eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Im Übrigen beschränke sich die Beschwerdeführerin ohne Begründung auf die pauschale Aussage, die Vorinstanz habe von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang abgezielt, nämlich die Sanktionierung der Parteien. Schliesslich hätte die Beschwerdeführerin jederzeit ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz einreichen können, was sie aber nicht getan habe.

### **E. 5.5.3**

Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Mit anderen Worten muss jedermann als unschuldig behandelt werden, bis das zuständige Gericht seine strafrechtliche Schuld aufgrund eines fairen Verfahrens in rechtskonformer Weise nachgewiesen und festgestellt hat. Ohne solches Verfahren darf niemand

B-7756/2015 Seite 35 einer strafbaren Handlung bezichtigt werden. Die Unschuldsvermutung erstreckt sich grundsätzlich auch auf Verfahren nach Art. 49a KG, denn Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen haben nach bundesgerichtlicher Diktion strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; BGE 143 II 297, Gaba, E. 9.1). Vor dem förmlichen Abschluss eines gesetzmässig geführten Verfahrens darf die Wettbewerbsbehörde Unternehmen nicht als schuldig behandeln, beispielsweise, indem sie ihren Entscheid vorzeitig der Presse kundtut. Einerseits sollen Angeschuldigte nicht öffentlich vorverurteilt, andererseits die Beweiswürdigung nicht antizipiert werden, sodass die zuständige Instanz den Sachvergang nicht mehr unvoreingenommen prüfen könnte. Die Unschuldsvermutung richtet sich an alle staatlichen Organe oder Behörden, insbesondere an Amtsträger und Gerichtsmitglieder (vgl. BGE 142 II 268, Nikon, nicht publizierte E. 8.1 f. m.H., publiziert im Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016; Urteile des BVer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 6.3, B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 3.3.2, B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014, Nikon, E. 6.2 und B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba, E. 6, je m.H.). Allerdings zählt das

Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Nikon, E. 8.2, in BGE 142 II 268 nicht publizierte Erwägung), weshalb die erwähnten Verfahrensgarantien nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen keine absolute Geltung beanspruchen, sondern in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung mitzubersichtigen sind (BGE 140 II 384, A. AG gg. Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK, Spielbanken, E. 3.3.5 m.H.; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nr. 73053/01 in Sachen Jussila vom 23. November 2006 N. 43; vgl. auch die Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.1, E. 8.1.1 und B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 651). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.5.1; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Marc Amstrutz / Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Vor Art. 49a N. 248 ff.; BSK-StPO ESTHER TOPHINKE, Art. 10 StPO N. 79). Als Beweislastregel besagt die Un-

B-7756/2015 Seite 36 schuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Unzulässig wäre eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 6.3 und B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.5.2 f.). Als Beweismassregel folgt aus der Unschuldsvermutung, dass das Gericht eine Tatsache nur dann als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0).

#### **E. 5.5.4**

Die fragliche Äusserung eines hochrangigen Vertreters des Sekretariats gegenüber einer Gratiszeitung bezog sich lediglich auf die Verfahrensdauer. Sie lässt sich nicht in einem inhaltlichen Sinne dahingehend verstehen, dass die Wettbewerbsbehörde praktisch von Beginn weg ein bestimmtes Untersuchungsergebnis zu Lasten der Beschwerdeführerin angepeilt hätte. Entsprechende Schlüsse erlaubt auch die Verfahrensführung nicht. Immerhin verfügte die Vorinstanz aufgrund der Selbstanzeige bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl von Akten. So konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen, in denen keine (vergleichbare) Selbstanzeige eingereicht wird. Zudem führte sie eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen, durch. Mithin bestätigt sich nicht, dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden wären, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Ebenso wenig entsteht der Eindruck, die WEKO sei voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen.

#### **E. 5.5.5**

Folglich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die Unschuldsvermutung durch ihre Verfahrensführung oder ihre Verlautbarungen gegenüber der Presse im Verhältnis zur Beschwerdeführerin verletzt hätte. Die Beschwerdeführerin hält die ihr zur Last gelegten Verstösse gegen das Kartellgesetz für nicht bewiesen. Sie beanstandet

Beweisführung und Beweiswürdigung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht. Dementsprechend sind zunächst die Beweisregeln für kartellrechtliche Sanktionsverfahren näher darzustellen.

B-7756/2015 Seite 37

## **E. 6**

Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 6 und 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. Sellita Watch Co SA, Weko u.a., E. 3.4.2 ff.; Urteile des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.3, B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.7 und B-1324/2010 vom 2. Juli 2010, Jelmoli Bonus Card AG gg. Weko, E. 5.1.1 f., je m.H.). Dementsprechend erwuchs der Beschwerdeführerin kein relevanter Nachteil aus der Vorgehensweise des Sekretariats hinsichtlich des Abschlusses

B-7756/2015 Seite 24 einvernehmlicher Regelungen, sodass insbesondere auch nicht von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann. Ein Verstoss gegen die Prinzipien der Verfahrensfairness seitens der Vorinstanz im Sinne der Rüge der Beschwerdeführerin lässt sich vor diesem Hintergrund nicht feststellen.

### **E. 6.1**

Verstösse gegen das KG müssen gemäss dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsprinzip grundsätzlich durch die Behörden erforscht werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. sowie Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, Buchpreisbindung I, E. 7.1 m.H.; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 10.2 sowie die Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.1, B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum SA gg. Weko, Altimum, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 185 ff., B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 3.2.4 und B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, Gebro, E. 5).

### **E. 6.2**

Nach dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben die Wettbewerbsbehörden die erhobenen Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; BGE 137 II 266, Riniken, E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 10.4; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.2 m.w.H.). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind wegen des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 BV zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der

sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2 und E. 8.3.1).

### **E. 6.3**

Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, damit ein rechtserheblicher Sachumstand als bewiesen erachtet werden kann.

B-7756/2015 Seite 38

#### **E. 6.3.1**

Nach dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; es genügt, wenn das Gericht oder die Behörde am Vorliegen des rechtserheblichen Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321, X. gg. Versicherung Y., E. 3.2; Urteil des BGR 2A.500/2002 vom 24. März 2003, A. X. u.a. gg. Steuerverwaltung des Kantons BE, E. 3.5; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.1 m.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.3.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 157).

#### **E. 6.3.2**

Als Ausnahme vom Regelbeweis mit dem Beweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt, welcher auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abstellt. Diesem zufolge gilt ein Beweis als erbracht, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Richtigkeit der Sachbehauptung sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich sind (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1). Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und wo insofern "Beweisnot" besteht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.2). Bei Vorliegen multipler Wirkungszusammenhänge ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend, also kein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2 und 144 II 246, Altimum, E. 6.4.4, betreffend Abreden; vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.4, B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 162). "Gewöhnliche" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge liegen beispielsweise vor, wenn festgestellt werden muss, ob bestimmte Personen Preise oder Bestandteile derselben untereinander abgesprochen haben. Demgegenüber gestaltet sich die Beurteilung möglicher Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb na-

B-7756/2015 Seite 39 turgemäss als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen beurteilt werden. Ökonomischen Erkenntnissen haftet allerdings immer eine gewisse Unsicherheit an. Deswegen muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb, wie auch

allfällige Effizienzgründe, nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sind (so – betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen – ausdrücklich das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 10.4; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.5 m.H.).

### **E. 6.3.3**

Dem erforderlichen Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt, nämlich gestützt auf Indizien, Genüge getan werden (vgl. BGE 93 II 345, Deutsche Lufthansa AG gg. Basler Transport-Versicherungs-Gesellschaft (AG), E. 2 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.6 m.H.). Ein Indiz ist eine Tatsache, die auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache schliessen lässt. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache effektiv gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung nach der Lebenserfahrung kraft bewiesener Tatsachen (Indizien) aufdrängt (vgl. Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009, X. gg. StA St. Gallen, E. 2.3 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.6; Entscheid der Reko Wef FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.).

### **E. 6.3.4**

Kann das geforderte Beweismass nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, zu wessen Lasten der beweislose Zustand geht. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz, dass derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache trägt, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210; vgl. Urteil des BGer 2C\_988/2014 vom 1. September 2015, A. gg. Polizei- und Militärdirektion des Kantons BE, E. 3.1; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014, A. gg. Bundesamt für Migration BFM, E. 4.2, BVGE 2008/23 E. 4.2 m.w.H.). Die objektive Beweislastverteilung hinsichtlich der gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5 Abs.1 und 3 KG verhängten Sanktion muss auf differenzierende Weise betrachtet werden. Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4

B-7756/2015 Seite 40 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei vermutungsweise beschränkt oder beseitigt worden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden neben der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast betreffend Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen. Folglich trifft die objektive Beweislast bezüglich einer Beteiligung der Beschwerdeführerin an den fraglichen Preisabsprachen die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.5 m.H.).

### **E. 6.4**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfen die Anforderungen an das Beweismass hinsichtlich belasteter Dritter auch bei einer Selbstanzeige nicht herabgesetzt werden. Dabei ist die Vorinstanz verpflichtet, den Sachverhalt für jede einzelne Verfahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend muss sie den Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last legen. Insbesondere hat sie die jeweilige Beteiligung an der Absprache individuell nachzuweisen (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.5 m.H.).

### **E. 6.5**

Die allgemeinen Beweisregeln gelten auch, wenn eine Selbstanzeige vorliegt (Urteil des BVerfG B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 6.5.4.3) und damit für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Ob es in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren keine, eine oder mehrere Selbstanzeigen gibt, kann keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstandes erforderlich ist. Ebensovienig wirkt sich das Vorhandensein von Selbstanzeigen auf die Frage aus, wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Bei Aussagen sowie Urkunden von Selbstanzeigern und „nicht kooperierenden“ Unternehmen handelt es sich um Parteiauskünfte im Sinne des Art. 12 Bst. b VwVG, welche der freien Beweiswürdigung unterliegen (Urteil des BVerfG B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 6.5.5.4 m.H.).

#### **E. 6.6**

Somit haben die Wettbewerbsbehörden insbesondere den Überzeugungsbeweis dafür zu erbringen, dass bestimmte Händler von Fahrzeugen der VW-Konzernmarken untereinander maximale Rabatte sowie minimale Ablieferungspauschalen vereinbarten, um diese anschliessend über sog. Stammtische im Rahmen des VPVW weiterzuverbreiten und letztlich zu

B-7756/2015 Seite 41 Lasten der Kunden höhere Margen aus ihren Automobilverkäufen zu erzielen. Dementsprechend liegt es auch an der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin mit dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises individuell nachzuweisen, dass sich diese in der vorgeworfenen Form an der fraglichen Absprache beteiligte. 7. Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### **E. 7**

Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte

Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

## **E. 8**

Materiell muss vorerst geprüft werden, ob sich die Beschwerdeführerin an einer Wettbewerbsabrede nach von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligte.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin verneint, eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen zu haben. Zur Begründung legte sie in der Beschwerdeschrift dar, die Parteien hätten wiederholt vorgebracht, dass der Gegenstand der vermeintlichen Abrede, namentlich die Konditionenliste, nie als eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame Festsetzung des Verkaufspreises oder einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote zu verstehen gewesen sei. Die Vorinstanz halte fest (z.B. in Ziff. 151 der Sanktionsverfügung), dass die internen Konditionenlisten nur den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betreffen. Weitere Zusatzkonditionen seien separat auszuweisen. Dies zeige klar, dass es um einen Verkaufsvorgang gegangen sei,

B-7756/2015 Seite 42 welcher allenfalls strukturiert zu gestalten gewesen sei, um mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen. Es sei den Händlern mithin freigeblieben, weitere „Zusatzkonditionen“ zu gewähren. Die Annahme setze zudem voraus, dass die Konditionenlisten überhaupt eingesetzt worden wären. Dies sei indes nicht der Fall. Die Vorinstanz habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, geschweige denn aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin die Konditionenlisten eingesetzt habe. Der relevante Parameter sei folglich eine reine Kalkulationshilfe. Dies gehe auch aus dem Zusammenhang mit den Händlerumfragen bzw. der Präsentation hervor. Offensichtlich habe unter den Händlern eine gewisse Unzufriedenheit bestanden, gerade auch was die Administration anbelange. Vor diesem Hintergrund habe der VPVW Massnahmen wie die Konditionenliste(n) beschlossen, um den Händlern eine Erleichterung bei der Offertdarstellung zu bieten. Es erfordere keine allzu grossen Kenntnisse des Marktes, um zu wissen, dass Erststofferten gegenüber dem Konsumenten in der Praxis irrelevant seien. Hätte die Vorinstanz auch nur minimale Untersuchungshandlungen vorgenommen, wäre auch ihr erschliessbar geworden, dass es bei der Erstofferte einzig um den Versuch einer Systematisierung im Sinne einer Kalkulationshilfe gegangen sei. Folglich habe der Austausch unter den Parteien keinen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand gehabt, weshalb er nicht zu einer Sanktionierung führen können. Dass die Vorinstanz es versäumt habe, nebst den Informationen des Kronzeugen eine einzige Kalkulationshilfe der Beschwerdeführerin zu finden und zu den Akten zu legen, dürfe nicht den Parteien angelastet werden. Die Wahrheit sei zudem viel einfacher: Mögliche Kalkulationshilfen habe die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt eingesetzt. Von einem Zusammenwirken könne nicht gesprochen werden. Ein solches würde eine abgestimmte Verhaltensweise beinhalten. Diese sei von der Preisführerschaft abzugrenzen. Unverständlich sei, warum die Vorinstanz die Problematik der Preisführerschaft nicht einmal ansatzweise abzuklären versucht habe, zumal neben den Parteien auch die Selbstanzeigerin auf die Preisführerschaft der [Q.\_\_\_\_\_ AG]

aufmerksam gemacht habe. Erklärbar sei dieses Untätigbleiben der Vorinstanz nur mit dem bereits vorgefassten Ergebnis der Untersuchung. Eine angebliche Vereinheitlichung der Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen sei von den Parteien stets bestritten und von der Vorinstanz

B-7756/2015 Seite 43 nicht ansatzweise belegt worden. Die Beschwerdeführerin habe sich zu keinem Zeitpunkt an einer Abrede über einen Wettbewerbsparameter beteiligt. Aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sei zudem eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG von vornherein ausgeschlossen. Der Gegenstand der angeblichen Abrede sei schliesslich auch gar nicht geeignet, eine Wettbewerbsabrede zu bezwecken oder zu bewirken. Eine Kalkulationshilfe und Offertdarstellung (einer Erstofferte) könne diesen Zweck gar nicht erfüllen. Ergänzend erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, die Konditionenliste habe die Händler mit Bezug auf die Gewährung von Rabatten nicht eingeschränkt. Die Händler hätten immer die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren. In der Konditionenliste seien entsprechende Rabatte explizit aufgeführt worden: Kundenrabatte, Flottenrabatte, Sportlerrabatte, Vorführungswagenrabatte sowie weitere Zusatzkonditionen. Sie seien jederzeit frei gewesen, die Konditionenliste anzuwenden. Für Ausscherer habe es zu keinem Zeitpunkt Sanktionsmassnahmen seitens der Kronzeugin gegeben. Das habe auch die Vorinstanz nicht bestritten und sich diesbezüglich im Rahmen ihrer Ausführungen lediglich auf sehr allgemein gehaltene Passagen in E-Mails gestützt. Es lägen denn auch keine E-Mails vor, die etwaige Sanktionsmassnahmen gegen Ausscherer erwähnen würden. Auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin gebe es objektive Hinweise, so z.B. ihren hohen Marktanteil, die Strukturen und Abhängigkeiten im Markt für den Verkauf der von der [Q. \_\_\_\_\_ AG] importierten Fahrzeugmarken, die Vorteile aus der vertikalen Integration der Selbstanzeigerin sowie die wesentliche Übereinstimmung der Konditionenliste mit der von der Selbstanzeigerin unilateral erstellten Liste. Dementsprechend sei es wenig überraschend, dass die Konditionenliste erstmals von Herrn [...] von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail, dem Preisführer, mit E-Mail vom 22. Januar 2013 an die Parteien versandt worden sei. Eine gemeinsame Abstimmung habe es nicht gegeben. Die Konditionenliste sei allein das Ergebnis der führenden Stellung der Selbstanzeigerin im Markt. Diese Stellung spiegle sich auch in der Vorabklärung 22-0449, in der sich die WEKO mit den willkürlichen und diskriminierenden Massnahmen der [Q. \_\_\_\_\_ AG] gegen ihre Handelspartner auseinandersetze, denn die [Q. \_\_\_\_\_ AG] versuche, die eigenen Retailbetriebe besserzustellen und deren Position auf dem Retailmarkt zu stärken.

B-7756/2015 Seite 44

## **E. 8.2**

Auf ihre Sanktionsverfügung und ihre Bekanntmachung vom 1. Januar 2006 betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen verweisend, erwiderte die WEKO, vorliegend gehe es um eine vereinbarte Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen, also Beträge und Prozentsätze für die Offertstellung, die im Rahmen der Verkaufsverhandlungen mit den Endkunden hätten verwendet werden müssen. Es handle sich somit nicht um Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder zur Bestimmung der Preise oder um einen Austausch über die Kostenrechnung. Die vereinbarte Konditionenliste könne also nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden. Aus der E-Mail-Korrespondenz und der Präsentation gehe zudem eindeutig hervor, dass

Gegenstand des Projekts "Repo 2013" nicht die Offertdarstellung, sondern die Vereinbarung und die Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens (Reduzierung der Preisnachlässe um 2 %) gewesen seien. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der [Q. \_\_\_\_\_ AG] gelte es, wie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, Folgendes klarzustellen: Zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Preisführerschaft liege vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgten. Vorliegend hätten die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen nicht einfach entschieden, die Preise einer Konkurrentin zu befolgen, sondern eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart und Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durchgeführt. Die Tatsache, dass die [Q. \_\_\_\_\_ AG] möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Dass die [Q. \_\_\_\_\_ AG] gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten, wie im vorliegenden Fall zwischen den zugelassenen Händlern der [Q. \_\_\_\_\_ AG], nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die vorliegende Wettbewerbsabrede abzuschliessen, da ihnen

B-7756/2015 Seite 45 durch das koordinierte Wettbewerbsverhalten ein Vorteil (Gewinn) habe zu kommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien „Mehreinnahmen von ca. 75'000.– pro 100 Einheiten“ vorgesehen gewesen. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] habe sogar von „einer Chance von ca. 24 Mio.“ gesprochen. Duplizierend erklärte die WEKO, die Beschwerdeführerin bringe vor, dass die Händler jederzeit frei gewesen seien, Rabatte zu gewähren und die Konditionenliste anzuwenden und dass entsprechende Rabatte in der Konditionenliste explizit aufgeführt worden seien. Diese Aussagen stünden im Widerspruch zur Behauptung der Beschwerdeführerin, die vereinbarte Konditionenliste habe einzig der Systematisierung der Offertdarstellung gedient und nur als Kalkulationshilfe verwendet werden sollen. Zweifellos könne eine Liste, in der Rabatte ausdrücklich aufgeführt seien, nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden. Weiter halte die Beschwerdeführerin fest, dass es für Ausscherer zu keinem Zeitpunkt Sanktionsmassnahmen seitens der Kronzeugin gegeben habe. Sie vergesse jedoch einerseits, dass die Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen Gegenstand einer horizontalen Preisabrede gewesen und nicht durch die [Q. \_\_\_\_\_ AG] auf der Importstufe initiiert worden sei sowie andererseits, dass das "Projekt Repo 2013" einen Kontrollmechanismus für mögliche Verfehlungen vorgesehen habe. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG könnten schliesslich auch Vereinbarungen, welche für den Fall ihrer Nichteinhaltung keine Sanktionsmassnahmen vorsähen, Wettbewerbsabreden darstellen.

### **E. 8.3**

Art. 4 Abs. 1 KG definiert Wettbewerbsabreden als „rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung

bezwecken oder bewirken“.

### **E. 8.3.1**

Eine Vereinbarung manifestiert sich in einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen. Ob solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220), welche eine – ausdrückliche oder stillschweigende – übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung verlangen. Dabei entscheidet der wirkliche Wille der Parteien, nicht aber eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise

B-7756/2015 Seite 46 (Art. 18 Abs. 1 OR). Rein unilaterale (beabsichtigte) Wettbewerbsbeschränkungen gelten nicht als Abreden. Allerdings kann eine einseitige Erklärung, verbunden mit entsprechender Durchsetzungsmacht, in eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG münden, wenn der Adressat den Willen des Erklärenden zu erkennen vermag und sich ihm explizite oder konkludenterweise unterzieht. Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG gehen über den obligationenrechtlichen, auf Austausch oder Gesellschaft beruhenden Vertrag hinaus, da sie sich auch auf rechtlich nicht erzwingbare Verhältnisse erstrecken (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3 und 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1 sowie Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG gg. WEKO, Türbeschläge, E. 4.1, je m.H.; SIMON BANGERTER / BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N. 19 ff.; MARC AMSTUTZ / BLAISE CARRON / MANI REINERT, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N. 1 ff., 21 ff. m.H.).

### **E. 8.3.2**

Für die zweite Tatbestandsvariante des Art. 4 Abs. 1 KG bedarf es einer Abstimmung, eines darauf gestützten Verhaltens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen umfassen zwar keinen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen, doch erfordern sie eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme. Dazu fällt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Sodann muss die Abstimmung umgesetzt worden sein. Dieser Abstimmungserfolg zeigt sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten. Auch innerbetriebliche Massnahmen können eine Umsetzung belegen. Zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss eine Kausalbeziehung vorliegen; ob allenfalls weitere Ursachen bestehen, ist unbeachtlich. Mit der Aufnahme abgestimmter Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede verdeutlichte der Gesetzgeber, dass sich die beteiligten Unternehmen nicht ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben müssen. Der Begriff der Abrede soll lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfassen, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lassen.

B-7756/2015 Seite 47 Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, wie erwähnt, kausal auf einem Mindestmass an Koordination. Letzteres unterscheidet sie vom erlaubten Parallelverhalten, einer legitimen Anpassung an das Handeln anderer Marktteilnehmer (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4 und

129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.3; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschlüge, E. 4.1 und B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 5.3.7, je m.H.; BANGERTER / ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 22 und 53 ff.; AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 35). Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen; diese Fälle stellen keine Wettbewerbsabreden dar, da das Element der Abstimmung fehlt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, N. 368 f.; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF / OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 5 N. 65, wonach der Tatbestand einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bei Preisführerschaft nicht erfüllt ist; ROLF H. WEBER / STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, 2013, N. 2.117). Preisführerschaft, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, kann sich ergeben, wenn ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die anderen gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die schwächeren Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, ihm mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn er könnte seine Preise jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen (vgl. ZÄCH, N. 369; BANGERTER / ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N. 67 m.H.; AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 119; KRAUSKOPF / SCHALLER, Art. 5 KG N. 65).

### **E. 8.3.3**

Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich schon dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG nach um alternative Voraussetzungen. Von Bezwecken geht die Rechtsprechung aus, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 9.3.1 m.H.).

B-7756/2015 Seite 48 Mit der Variante des Bewirkens bestimmt Art. 4 Abs. 1 KG, dass es für Abreden oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen keine besondere subjektive Absicht der Beteiligten braucht. Ebensowenig muss aus dem Inhalt einer Abrede auf einen objektiven Zweck derselben geschlossen werden können. Entscheidend ist vielmehr, in welchem Ausmass der wirksame Wettbewerb durch eine Abrede oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eingeschränkt wird. Es genügt, wenn eine Wirkung am Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der Beteiligten zurückzuführen ist, nachgewiesen werden kann. Die Verhaltenskoordination muss also kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein; diese darf nicht durch äussere Umstände hervorgerufen worden sein (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.6).

### **E. 8.4**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hatte die Selbstanzeigerin nicht nur Preisführerschaft, sondern auch weitergehend eine führende oder anstiftende Rolle inne. Da jedenfalls Preisführerschaft einer Abrede möglicherweise entgegenstehen könnte, ist die Frage nach einer führenden Stellung der Selbstanzeigerin in diesem Sinne zuerst zu behandeln.

#### **E. 8.4.1**

Die Beschwerdeführerin argumentiert, der hohe Marktanteil der Selbstanzeigerin sei ein Indiz für deren führende Rolle. Gemäss Vorinstanz betrage der Marktanteil der Selbstanzeigerin [...] bis [...] %. Aufgrund dessen verfüge diese nicht nur über eine grosse Macht und ein flächendeckendes Vertriebsnetz, sondern auch über Grössen- und Verbundvorteile, welche die von der Selbstanzeigerin unabhängigen zugelassenen Händler der VW-Marken nicht nutzen könnten. Die Selbstanzeigerin sei vertikal integriert, während die Beschwerdeführerin und die übrigen Verfügungsadressatinnen Konkurrentinnen von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail seien. Diese gehöre zur [Q.\_\_\_\_\_ AG], ebenso wie die [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import, welche alle zugelassenen Händler beliebere, sowohl unabhängige wie die Verfügungsadressatinnen als auch [Q.- \_\_\_\_\_ AG]-Retail-Betriebe. Folglich sei die [Q.\_\_\_\_\_ AG] zugleich Konkurrentin und Lieferantin, was eine Abhängigkeit der zugelassenen Händler von ihrer grössten Konkurrentin bedeute. Durch die vertikale Integration der Selbstanzeigerin verfügten ihre eigenen Retailbetriebe hinsichtlich Entwicklung der Modellpalette, Einführung von Sondermodellen etc. über privilegierte Bezugskonditionen und einen grossen Informationsvorsprung gegenüber den unabhängigen zugelassenen Händlern. Dies erlaube es der Selbstanzeigerin, im Intra-brand-Wettbewerb eine führende Rolle zu übernehmen.

B-7756/2015 Seite 49 Aus E-Mail-Passagen werde denn auch ersichtlich, dass [Q.\_\_\_\_\_ AG] die treibende Kraft gewesen sei. Er habe eine koordinierende Rolle gehabt und zudem die Empfänger seiner E-Mails wiederholt angestiftet, indem er Schreiben aufgesetzt, Listen verschickt und sie über seine internen Kommunikationsvorkehrungen informiert habe, was die Empfänger gewissermassen motiviert und unter Druck gesetzt habe, dasselbe zu tun. Die Relevanz der Rolle der Selbstanzeigerin manifestiere sich auch darin, dass die endgültige Konditionenliste überwiegend der unilateral erstellten Liste von [Q.\_\_\_\_\_ AG] entsprochen habe. Der Gesetzgeber habe keine Bestimmung erlassen wollen, die es markt-mächtigen Unternehmen erlaube, kleine Konkurrenten zu (hier bestrittenem) kartellrechtswidrigem Verhalten zu veranlassen, um sie wenig später unter Beanspruchung der Kronzeugenregelung für sich selbst mit Hilfe der WEKO aus dem Markt zu drängen und die eigene Marktposition auszubauen.

#### **E. 8.4.2**

Nach Auffassung der Vorinstanz lässt sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien nicht schliessen, dass [...] bzw. die [Q.\_\_\_\_\_ AG] eine anstiftende oder führende Rolle beim inkriminierten Wettbewerbsverstoss gespielt hätte. Im Gegenteil sei, wie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, ein grosser Teil des Projekts „Repo 2013“ von [...] (Geschäftsführer der R.\_\_\_\_\_ AG) vorbereitet und organisiert worden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfüllt seien, treffe daher nicht zu. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ihren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die ihnen vorgeworfene Wettbewerbsabrede zu vereinbaren, da ihnen dadurch ein Vorteil haben können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.– pro 100 Einheiten vorgesehen gewesen. [R.\_\_\_\_\_ AG] habe sogar von „einer Chance von ca. 24 Mio.“ gesprochen. Der Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 und damit auch Art. 5 Abs. 3

KG sehe keineswegs vor, dass Abreden nicht möglich seien, wenn ein beteiligtes B-7756/2015 Seite 50 Unternehmen über Marktmacht verfüge. Eine Machtstellung eines Abrede- partners könne möglicherweise zur Folge haben, dass ein Unternehmen gegen seine eigenen Interessen dazu gedrängt werde, eine Abrede einzugehen. Dies würde aber nicht bedeuten, dass keine Abrede vorliege; allenfalls wäre es bei der Sanktionierung zu berücksichtigen. Im Rahmen einer Umstrukturierung des Vertriebsnetzes habe die Selbstanzeigerin in den vorangegangenen fünf Jahren verschiedene Händler- und Serviceverträge gekündigt. Die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen werde in der Vorabklärung "22-0449: [Q. \_\_\_\_\_ AG] Vertriebsnetz" geprüft. Der Gegenstand dieser Vorabklärung sei jedoch ein anderer als derjenige der Untersuchung "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013".

### **E. 8.4.3**

Vorab ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin habe eine anstiftende oder führende Rolle innegehabt, zu betrachten.

#### **E. 8.4.3.1**

Wenn ein an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligtes Unternehmen an deren Aufdeckung und Beseitigung mitwirkt, kann auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion aber (neben weiteren Voraussetzungen) nur, wenn das Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle bei diesem Verstoss eingenommen hat. Was als anstiftende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG zu verstehen ist, wird in dieser Verordnung nicht definiert. Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) lässt sich entnehmen, dass Anstiftung darin besteht, jemanden zu einer Tat zu bestimmen. Kartellrechtlich bedeutet Anstiftung im Wesentlichen, dass ein (oder mehrere) Unternehmen – im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens – allein oder gemeinsam den Entschluss eines (oder mehrerer) anderer Unternehmen weckt / wecken, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Analog zum Strafrecht kommt als Mittel grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage (CHRISTOPH TAGMANN / BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 49a N. 76).

B-7756/2015 Seite 51

#### **E. 8.4.3.2**

Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG setzt voraus, dass die Selbstanzeigerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war. Sollte sie zu Unrecht als Selbstanzeigerin anerkannt worden sein, wie die Beschwerdeführerin meint, wäre eine Abrede also nicht ausgeschlossen. Fraglich mag nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin allenfalls scheinen, ob die Selbstanzeigerin auf eine Weise dominierend wirkte, dass eine Wettbewerbsabrede jedenfalls zwischen ihr und der Beschwerdeführerin gar nicht entstehen konnte.

#### **E. 8.4.3.3**

Indizien dafür, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zur Teilnahme am angezeigten Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin beruft sich nicht auf eigentlichen Zwang. Ebensowenig lässt sich aber

feststellen, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zum vorgeworfenen Verhalten speziell motiviert hätte. Die Beschwerdeführerin hätte sich auch ohne Weiteres davon distanzieren können, was sie jedoch nicht tat. Wie die nachfolgenden Erwägungen deutlich machen, vereinbarte sie vielmehr eine Wettbewerbsabrede mit der Selbstanzeigerin und anderen Unternehmen. Von einer anstiftenden oder führenden Rolle der Selbstanzeigerin gegenüber der Beschwerdeführerin in dem Sinne, dass zwischen ihnen keine Abrede hätte zustandekommen können, ist daher nicht auszugehen.

#### **E. 8.4.4**

Sodann ist die Frage der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin näher zu beleuchten. Wie erwähnt, könnte eine solche Konstellation einer Abrede möglicherweise entgegenstehen.

##### **E. 8.4.4.1**

Bei ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 gegenüber den Wettbewerbsbehörden legte die Selbstanzeigerin unter anderem Folgendes dar (Zitat): Die Q. \_\_\_\_\_ AG ist autorisierter Importeur für Neufahrzeuge der Volkswagen-Konzernmarken VW PW, VW Nutzfahrzeuge, Audi, SEAT und Skoda in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich [Q. \_\_\_\_\_ AG] IMPORT). Zudem ist sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen autorisierten Händler- und Werkstatt-Betrieben für die erwähnten Fahrzeugmarken sowie die Volkswagen-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL). [...] Aufgrund der Preisführerschaft der Q. \_\_\_\_\_ AG deckt sich die vereinbarte Konditionenliste weitgehend mit der internen Konditionenliste der Q. \_\_\_\_\_ AG für ihre RETAIL-Betriebe. Die aktuelle Fassung dieser internen Konditionenliste hat die Q. \_\_\_\_\_ AG am 15. März 2013 an alle [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt

B-7756/2015 Seite 52 zwar jeweils nur intern. Naturgemäss gelangt die Liste aber bisweilen in die Hände anderer autorisierter Händler, die nicht zu [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL gehören. Dies führt in der Praxis dazu, dass sich das Preisniveau aufgrund des normalen Marktverhaltens der Marktteilnehmer jeweils in einem gewissen Masse angleicht. In ihrem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zur Verteilung der vorstehend erwähnten Konditionenliste an ihre Retailbetriebe hielt die Selbstanzeigerin fest (Zitat): Im Januar haben Sie von uns die neue Konditionenliste 2013 erhalten und bereits gibt es eine neue Version davon. Warum? Wie Sie alle wissen, haben nun die Marken VW-PW, VW-NF und Skoda ihre Preise ebenfalls repositioniert und dies ist für [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL und den Handel generell die einmalige Gelegenheit (wie wir das bei Audi letztes Jahr nach der Repositionierung erfolgreich gemacht haben), durch ein leicht reduziertes Rabattverhalten unsere Profitabilität nachhaltig zu steigern, denn wir haben es trotz massiven Ergebnisverbesserungen in 2012 von [...] CHF in 2011 auf [...] CHF in 2012) noch immer dringend nötig, um das erstrebte Ziel, schwarze Zahlen zu erreichen. Um nicht weiter an Ertragskraft zu verlieren, bitten wir Sie alle dringend, diese neue Liste per sofort anzuwenden und umzusetzen. Sollten Sie in Ihrer Tätigkeit Offerten von Mitbewerbern sehen oder zugespielt erhalten, welche ggü. unserer Liste erhöhte Rabatte enthalten, bitten wir Sie, diese über ihre Geschäftsführer an die Leiter der Region weiterzuleiten. [...] Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem eigenen Verkaufsgebiet festlegen. [...]. Hierzu bleibt festzuhalten, dass kartellrechtlich nicht relevant ist, was die Selbstanzeigerin gegenüber ihren Retailbetrieben anordnete. Konzerninterne Absprachen

fallen nicht in den Anwendungsbereich des KG (vgl. Urteile des BVGer B-3962/2013 vom 30. Oktober 2019, Diffulivre, E. 6.1, B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, SIX, E. 51 und B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 4.1.5, zu Art. 2 Abs. 1bis KG). Das Konzernprivileg erlaubt Massnahmen im Innenverhältnis, jedoch keine Disziplinierung unabhängiger Händler (vgl. zum Konzernprivileg die Urteile des BGer 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021, Dargaud, E. 7.2 f. m.H., sowie des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 7.2.3).

B-7756/2015 Seite 53

#### **E. 8.4.4.2**

Laut Anhörungsprotokoll der Vorinstanz vom 24. August 2015 äusserte sich der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der Selbstanzeigerin wie folgt (Zitat): Ja, die Preisführerschaft ist gegeben, weil es [...] oder [...] [Q. \_\_\_\_\_ AG]- Betriebe in der Schweiz gibt. Wir werden gezwungen, bei [...] - [...] % Anteil Flottenhandel Flottenrabatte zu gewähren, je nach Modell und Marke. Für den Rest gibt es einen grossen Anteil an Sondermodellen; dort sind die Preise als Nettopreise ausgeschrieben, und wir sind gezwungen, diese Preise weiterzuverrechnen. Wenn wir Flotten haben, gibt es ein Blatt [auf Anmerkung beim Verlesen: Gemeint sind die Rahmenverträge.] da steht z.B. drauf [...] mit so viel Rabatt, und dann ist es klar. Und auch bei den übrigen Modellen sind wir zur Einhaltung von Preisen gezwungen. Der Zwang kommt von [Q. \_\_\_\_\_ AG]. Wenn ich eine Flotte habe und nicht offeriere, was der zugut hat, mache ich das Geschäft nicht. 2013 waren [...] % Sondermodelle. Dort steht riesengross rot "Netto", damit der Verkäufer nicht reinrasselt, damit wir diesen Nettopreis offerieren können. Die restlichen [...] % sind ganz normale Kunden. Das bedeutet die Preisführerschaft von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Import (nicht von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail). Wir bekommen 5 - 6 Mal pro Jahr eine Flottenrabatt-Liste, wenn z.B. ein neues Modell kommt. Dann gibt es ein Blatt, das müssen wir durcharbeiten. Und wenn die [Q. \_\_\_\_\_ AG] die Rahmenverträge ändert, dann gibt es ein Rundschreiben und bei Anfragen eines speziellen Kunden müssen wir dort nachschauen. Z.B. heute morgen: Es ging um eine Offerte für die [...], dann hat mir der Kunde gesagt, er habe von [Q. \_\_\_\_\_ AG] eine Konkurrenzofferte mit [...] %, da muss ich natürlich mithalten.

#### **E. 8.4.4.3**

Unter der Überschrift „Vorbringen der Verfahrensparteien“ stellte die WEKO in Ziff. 71 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 zum Thema „Preisführerschaft“ fest, die Untersuchungsadressatinnen machten geltend, die Selbstanzeigerin habe eine führende Rolle bei der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme. Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die Selbstanzeigerin [...] % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und ihre interne Konditionenliste mit der angeblich vereinbarten übereinstimme. Die WEKO würdigte dieses Vorbringen in Ziff. 86 der angefochtenen Verfügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass ein grosser Teil des Projekts „Repo 2013“ von der [R. \_\_\_\_\_ AG] vorbereitet und

B-7756/2015 Seite 54 organisiert worden sei. So habe Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] die Diskussion während der VW PW MVR-Tagung und die Idee des Projekts „Repo 2013“ für die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbreitet. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] habe ausserdem vorgeschlagen, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am Projekt „Repo 2013“ einzuladen. Er habe auch dafür gesorgt, Herrn [...] (Direktor der X. \_\_\_\_\_ AG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend gewesen sei, zu informieren. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] sei ausserdem der Autor der Präsentation, was ihn als wichtigen Urheber des Projekts „Repo 2013“ auszeichne. Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden. Gemäss ihrer Aussage orientierten sich ihre zugelassenen Händler, die sog. freien Vertragspartner, aufgrund der starken Präsenz der Retailbetriebe der Selbstanzeigerin in gewissen Regionen der Schweiz an deren Konditionen oder Angeboten. Wörtlich lautet die entsprechende Aussage des Leiters „Dealer Operations“ der Selbstanzeigerin zur Preisführerschaft (Zitat): In diesem Zusammenhang gemeint ist, dass die [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail als Organisation in gewissen Regionen der Schweiz sehr stark vertreten ist und somit andere freie Vertragspartner sich an den Konditionen oder Angeboten der [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail orientieren. Wenn ein grosser Betrieb wie die [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail am Markt agiert, ist es früher oder später offensichtlich, wo das Rabattverhalten ist, was auch einem kleineren Partner ermöglicht, sich am Verhalten der [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail zu orientieren. Zusammenfassend erwog die WEKO in Ziff. 233 ihrer Sanktionsverfügung, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail orientiert hätten.

B-7756/2015 Seite 55

#### **E. 8.4.4.4**

Die Formulierung, bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden, erscheint unglücklich, denn sie vermag die tatsächlichen Ereignisse in ein falsches Licht zu rücken. Unerwähnt blieb in den vorinstanzlichen Erwägungen nämlich, dass sich die Selbstanzeigerin schon in ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 ausdrücklich als Preisführerin charakterisiert hatte. Auch die oben (E. 8.4.4.1 a.E.) aus dem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zitierte Passage, grundsätzlich würden die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem Verkaufsgebiet festlegen, könnte auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin hindeuten. Solche schloss die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung (vgl. Ziff. 233) denn auch nicht aus, beleuchtete die Problematik allerdings nicht näher, weil jedenfalls eine Abrede vorliege.

#### **E. 8.4.4.5**

Mit E-Mail vom 5. März 2013 an [R.\_\_\_\_\_ AG], [...] (Geschäftsleiter der Y.\_\_\_\_\_ AG), [X.\_\_\_\_\_ AG] und [...] (Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_\_ AG) äusserte sich [Q.\_\_\_\_\_ AG] betreffend „Konditionenliste nach unserem Meeting vom 6. Februar in der Autowelt“ folgendermassen (auszugsweise zitiert): Wenn ich mir nun die Konditionen anschau, dann haben wir bei den Detail- Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir) da der Rabattunterschied – und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden – evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden. Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird. Hätte die Selbstanzeigerin im betreffenden Zeitraum tatsächlich als Preisführerin agiert, so hätte sie keine Veranlassung gehabt, sich bei (kleineren) Konkurrenzunternehmen zu erkundigen, ob sie mit bestimmten (Mindest-) Rabatten einverstanden wären. Vor allen Dingen hätte sie sich der von ihrer eigenen Präferenz abweichenden Meinung dieser Unternehmen kaum angeschlossen, wenn sie allfällige Preisführerschaft effektiv hätte ausspielen können. Vielmehr hätte sie sich dann einfach auf ihre Preissetzungsmacht verlassen, ohne sich mit der Konkurrenz abzusprechen. Umgekehrt wären die übrigen Beteiligten, darunter die Beschwerdeführerin, nicht in der Position gewesen, mit der Selbstanzeigerin über Verkaufskonditionen zu verhandeln, wenn sie sich im Rahmen des inkriminierten Sachverhalts mit Preisführerschaft konfrontiert gesehen hätten. Gerade die oben zitierte Äusserung zeichnet daher das Bild gleichgestellter Verhandlungspartner.

B-7756/2015 Seite 56 Unter diesen Umständen bedarf es im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Abklärungen zur Frage eventueller Preisführerschaft der Selbstanzeigerin.

#### **E. 8.4.4.6**

Mit Blick auf vertikale Verhältnisse bleibt zu beachten, dass Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen werden; massgebend ist allein, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen (Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Siegenia-Aubi AG, WEKO, E. 3.2).

#### **E. 8.4.4.7**

Mitte Juni 2014, kurz nach ihrer Entlassung aus der Untersuchung, kündigte die Selbstanzeigerin Händler- und Serviceverträge, namentlich gegenüber der Beschwerdeführerin. Laut eigener Darstellung war die Beschwerdeführerin bis dahin als zugelassene Markengarage von der Selbstanzeigerin abhängig gewesen und hatte ihre Geschäftsbeziehungen sowie Investitionspläne auf eine Zukunft mit [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import als Geschäftspartnerin ausgerichtet. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Selbstanzeigerin Händler- bzw. Serviceverträge auch gegenüber anderen Partnern kündigte, und sie liess die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen in der Vorabklärung „22-0449: [Q.\_\_\_\_\_ AG] Vertriebsnetz“ prüfen. Diesbezüglich wurde in [...] Folgendes ausgeführt (Zitat): In einer Vorabklärung untersuchte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch die Q.\_\_\_\_\_ AG bestehen. Verschiedene Händler und Werkstätten der Marken des Volkswagen-Konzerns hatten Anzeige erstattet, weil die [Q.\_\_\_\_\_ AG] versuche, durch willkürliche und diskriminierende Massnahmen gegenüber ihren Handelspartnern ihre [Q.\_\_\_\_\_ AG]

Retail-Betriebe besserzustellen und deren Position auf dem Detailhandelsmarkt zu stärken. Mit Schlussbericht vom 1. Mai 2018 folgerte das Sekretariat, es bestünden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 KG, die zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG führen könnten. Bezüglich der Märkte für den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sei davon auszugehen, dass die [Q.\_\_\_\_\_ AG] nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

B-7756/2015 Seite 57 Zwecks Beseitigung der fraglichen Umstände regte das Sekretariat gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG verschiedene Massnahmen hinsichtlich Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen betreffend den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sowie bezüglich Kundendaten, Berichterstattung und Informationssystem an und hielt fest, die Wettbewerbsbehörden verzichteten aus Gründen der Verhältnismässigkeit vorläufig auf die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG, sofern die [Q.\_\_\_\_\_ AG] die Massnahmen umsetze (vgl. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 22-0449, [...] Vertriebsnetz, wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und 7 KG). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren B-7834/2015 sind die Erkenntnisse dieser Vorabklärung nicht entscheidend, zumal das inkriminierte Verhalten früher stattfand und im Lichte auch der nachfolgenden Erwägungen als eigenständige Aktion bestimmter Händler unter Beteiligung von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail hinsichtlich des Verkaufs neuer Fahrzeuge erscheint.

#### **E. 8.5**

In Ziff. 228 der angefochtenen Verfügung wurde eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG konstatiert (Zitat): Durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (A. 3.3) haben die Parteien und die [Q.\_\_\_\_\_ AG] eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart. Um die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch eine möglichst grosse Zahl autorisierter Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz sicherzustellen, haben die Parteien und die [Q.\_\_\_\_\_ AG] zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A. 3.4). Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz betreffend das „Projekt Repo 2013“, des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

#### **E. 8.6**

Hintergrund der strittigen Wettbewerbsabrede ist, dass die [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import per 1. März 2013 die Listenpreise für VW-Personenwagen, VW-Nutzfahrzeuge und Skoda um durchschnittlich 13 %, per 1. April 2013 diejenigen für Seat um durchschnittlich 14,5 % reduzierte. Mit dieser sog. Preisrepositionierung („Repo“) sollten namentlich die zuvor eingeräumten Währungsrabatte ersetzt werden. Im Hinblick darauf unterhielten sich

B-7756/2015 Seite 58 [Q.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG] an einer Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen vom 10. und 11. Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler.

### E. 8.6.1

Am 22. Januar 2013 (16.18 h) informierte [R.\_\_\_\_\_ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [Y.\_\_\_\_\_ AG], wie folgt (E-Mail auszugsweise zitiert): Wir haben ja anlässlich der letzten MVR Tagung in [...] das Thema besprochen, in welcher Form wir uns auf die Repo von VW PW bzw. auch von Seat und Skoda vorbereiten möchten. Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2% reduzieren möchten. [...] Zudem sprechen wir von einer „Chance“ von ca. 24 Mio. Ebenfalls am 22. Januar 2013 (23.50 h) sandte [Q.\_\_\_\_\_ AG] [R.\_\_\_\_\_ AG] Verkaufskonditionen von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail vom 19. Januar 2013 (mit Kopie an [Y.\_\_\_\_\_ AG]), wobei er begleitend bemerkte (Zitat aus E-Mail): Sorry für die Verzögerung, aber ich schulde Dir noch unsere Konditionenliste, die wir letzte Woche besprochen haben. Bis zur Repo werden wir weiter die Liste aus 2012 anwenden. In dieser Liste ist bei Audi jeweils bei den Detailkunden ein Range von 0% - [...] % bzw. bis [...] % ausgewiesen gewesen (haben wir letztes Jahr nach Repo Audi so kommuniziert). Dies hatten wir deshalb gemacht, weil es sich insbesondere in Zürich nicht mit 0% machen liess. Die Ablieferungspauschalen haben wir aber um CHF [...] angehoben, so dass wir bei den Audis jetzt bei CHF [...] liegen. Wir werden auf 2. HJ 2013, spätestens 2014 nochmals um CHF [...] anheben. Bei der Repo-Geschichte machen wir sowieso mit und wir haben unseren Kontrollmechanismus schon definiert und ggü. unseren Geschäftsführern wird morgen kommuniziert, dass diese Liste verbindlich eingehalten wird, die Einhaltung bonusrelevant sein wird und bei nicht-Anwendung entsprechende Konsequenzen gezogen werden. Am 23. Januar 2013 (10.03 h) schrieb [Q.\_\_\_\_\_ AG] per E-Mail an [Y.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [R.\_\_\_\_\_ AG]), was folgt (Zitat): [...] Wir haben ja unsere Liste vorerst genauso belassen wie 2012. Was wir aber unbedingt tun müssen, ist dass wir zusammensitzen und eine gemeinsame Liste erstellen, die wir dann wiederum in den regionalen Meetings besprechen können.

B-7756/2015 Seite 59 Wie [...] schon gesagt hat, ist die Herausforderung die konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens und vor allem die KONTROLLE dazu und hier müssen wir uns was überlegen (und auch darüber nachdenken, was wir tun, wenn wir „Verfehlungen“ feststellen). Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [...] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen. Gleichtags (17.14 h) antwortete [Y.\_\_\_\_\_ AG] [Q.\_\_\_\_\_ AG] per E-Mail (mit Kopie an [R.\_\_\_\_\_ AG]) wie folgt (Zitat): Hallo [...], Hallo [...] Meine Liste habe ich jetzt genau auf die von Retail abgestimmt, es ist ein wenig übersichtlicher weil alles auf einer A4 Seite Platz hat und noch gerade lesbar ist. Der grösste Teil ist auch unverändert von 2012, was ich angepasst habe sind die Audi Detail Nachlässe, gerne würde ich das so meinen Kollegen irgendwie kommunizieren. [...] muss auch noch sagen ob er damit leben kann. Es kann ja jeder seine Liste nehmen, wichtig für alle ist dass die privaten Händler in unseren Einzugsgebieten das auch zu wissen bekommen, denn gerade bei Audi schwirren immer noch die alten Nachlässe von [...] und [...] % umher. Auch sollten wir mit einer gültigen Liste auf Anfang Februar an die Front können. Ich nehme es auf mich wieder meine privaten Partner Kollegen damit zu bestücken. Ich habe im Anhang noch einige positive und negative Beispiele von Neuwagen Offerten zum Schulen der Verkäufer um mehr Transparenz in die Wagenhandelsangeboten zu bekommen. [...] ist das so wie du dir das vorgestellt hast? Sind das die Beispiele die wir an einem Stammtisch diskutieren können? In einem E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Q.\_\_\_\_\_ AG]) führte [R.\_\_\_\_\_ AG] unter anderem Folgendes aus (Zitat): Hoi [...]

und [...] [...] Ich denke, dass es nicht so wichtig ist was bei den einzelnen Beträgen geschrieben wird sondern das erste Ziel wäre, dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis. Obschon dies dann schwer in der Praxis ist gegen zu beweisen und zu kontrollieren. Aber mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintausches müssen wir leben können. [...]

B-7756/2015 Seite 60 Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungs- pauschale. Wir und [...] haben ja seit April 2012 eine Abl.p. von [...] bzw. bei kleineren Modellen eine von [...]. [...] hat ja nun nachgezogen auf ca. [...]. Besten Dank [...]! Es ist aber so, dass es immer noch grosse Unterschiede gibt. Auch dies müssen wir ansprechen. Die Erfahrung hat z.B. bei uns gezeigt, dass es beim Kunden nur Diskussionen gibt, wenn eine Konkurrenzofferte vorliegt mit z.T. noch [...]. Sonst haben wir absolut keine Probleme sogar diese [...] auch bei einem Golf verrechnen zu können. [...] Also eine um Fr. 100.– höhere Abl.p. ergibt pro 100NW bekannt- lich + Fr. 10'000.– in der Kasse !! Ich habe noch kurz mit [...] und [...] sprechen können. Wie auch in den Antwortmails bestätigt, sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuzie- hen und sich auch zu engagieren. [...] Am 6. Februar 2013 übermittelte [Q.\_\_\_\_\_ AG] [R.\_\_\_\_\_ AG], [Z.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG] in einem E-Mail unter der Überschrift „Konditionenlisten Audi und restliche Marken nach Repo“ zwei vom 6. Feb- ruar 2013 datierende Tabellen mit dem Logo von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail, welche Ablieferungspauschalen sowie prozentuale Rabatte für die ver- schiedenen Modelle ausweisen und die Titel „Verkaufskonditionen Endkun- den Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung) – generell zu überprüfen je nach Umfang / Höhe der Repo, ersetzt die Liste vom 18. Februar 2012, gültig ab Juni 2013, Anpassung Repo VW, Skoda, Seat“ bzw. „Verkaufs- konditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung), er- setzt die Liste vom 19. Januar 2012, gültig ab 18. Februar 2013 (Anpas- sung Audi)“ tragen. Ebenfalls am 6. Februar 2013 trafen sich [Q.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] zu einer Besprechung in [...]. Am 4. März 2013 sandte [Q.\_\_\_\_\_ AG] zwei Tabellen per E-Mail an [R.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG]. Begleitend hielt er fest (Zitat): Beiliegend wie heute morgen vereinbart die am 6. Feb. vereinbarte Konditio- nenliste für die Stammtische bzw. Rabattverhalten nach Repo. [eingefügtes Dokument mit den Verkaufskonditionen für VW, Skoda und Seat per 1. März 2013] Zum Vergleich noch die Tabelle von [...], die er auf der Basis der obigen Liste dann für sich selbst erstellt hat. [Tabelle]

B-7756/2015 Seite 61 Eine Frage gibt es allerdings noch, denn in der neuen Konditionenliste sind wir auch bei Seat von einer Repo ausgegangen, die es jetzt ja (noch) nicht gibt: Frage: Sollten wir trotzdem die reduzierten Nachlässe bei Seat verwenden oder möchtet ihr die alten Sätze, die zwischen 1-2 % höher waren in der Liste? Bitte mir Bescheid geben – ich würde dann die Liste nochmals für Seat anpas- sen. In einem E-Mail vom 5. März 2013 (10.35 h; Betreff: „Konditionentabelle nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]“) an [R.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] schrieb [Q.\_\_\_\_\_ AG] unter anderem Folgendes (auszugsweise zitiert): [...] Wenn ich mir nun die Konditionen anschau, dann haben wir bei den Detail- Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da der Rabattunterschied – und die Polos, Golf Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden –

evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden. Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird. Gleichtags (18.14 h) erklärte [R.\_\_\_\_\_ AG] gegenüber [Q.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Z.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG]) per E-Mail (Zitat): Guten Abend miteinander Auch ich würde es begrüßen, wenn wir an diesen [...] % festhalten könnten. Denn auch andere Modelle bei anderen Marken sind betroffen und somit kä- men dann auch diese Verkäufer auf die Idee, die Konditionen zu heben. Es ist uns sicher allen bewusst, dass die Ausgangslage der Einpreisung nicht bei allen Modellen optimal ist, aber auch bei Audi hatte es Modelle, welche teurer wurden. Der Vorteil ist sicher, dass der Import mächtig Werbung macht mit dem Wort „Volkspreisen“ und zudem werden wir gegenüber der Audi Repo alle Händler informieren können. Wichtig ist sicher, dass wir uns engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten. Ich denke, schon nach 3 Monaten müssen wir darüber sprechen. Korrigieren können wir immer noch. [...] Um 19.11 Uhr desselben Tages antwortete [Q.\_\_\_\_\_ AG] [R.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Z.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG]) per E-Mail wie folgt (Zitat): Ok. Wollte Euch halt nochmals fragen. Wir werden es auch so umsetzen. Danke für Euren Feedback.

B-7756/2015 Seite 62 Drei Minuten später hielt [Z.\_\_\_\_\_ AG] in einem E-Mail an [Q.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [R.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG]) fest (Zitat): Guten Abend zusammen Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen. Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten. Am 6. März 2013 (07.21 h) teilte [Y.\_\_\_\_\_ AG] [Z.\_\_\_\_\_ AG] und [Q.\_\_\_\_\_ AG] per E-Mail (mit Kopie [R.\_\_\_\_\_ AG] und [X.\_\_\_\_\_ AG]) Folgendes mit (Zitat): Guten Morgen zusammen Ich finde es einen guten Schritt, aber wie [...] sagt es müssen sich alle an die Spielregeln halten. Insbesondere wird es das Wichtigste sein, dass wir alle, Retail die Grossen wie die Kleinen ins Boot holen, dass sie es den Verkäufern eintrichern dies zu glauben und umzusetzen. Die Kontrollen in naher Zukunft sind wichtig. Ich hatte gestern einige Telefone mit Kollegen und die möchten wissen wie es jetzt weitergeht, ich werde ihnen meine Listen anonym zusenden. [...] war gestern mit der alten Liste unterwegs bei den Händlern und Service- partnern, und [...] wusste auch noch nichts davon, [...] ich glaube die Repo Liste haben sie noch nicht erhalten. Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO. Gruss [...] Nach ergänzender Korrespondenz betreffend den Umsetzungszeitpunkt erklärte [Z.\_\_\_\_\_ AG] in einem E-Mail vom 6. März 2013 an [R.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Y.\_\_\_\_\_ AG], [Q.\_\_\_\_\_ AG] und [X.\_\_\_\_\_ AG]) Folgendes (Zitat): Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...] Am 26. März 2013 sandte [Z.\_\_\_\_\_ AG] [R.\_\_\_\_\_ AG] ein E-Mail (mit Kopie an [Q.\_\_\_\_\_ AG], [...], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Präsident VPVW]), worin er unter anderem Folgendes festhielt (Zitat): Geschätzte Händlerkollegen Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.

B-7756/2015 Seite 63 Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss „Bedenken“, aber wir wollen es alle versuchen. Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2% weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr „hängen“. [...] Mit E-Mail vom 27. März 2013 unterrichtete [Y.\_\_\_\_\_ AG] [Präsident VPVW] und [Q.\_\_\_\_\_ AG] sowie, in Kopie, die übrigen Involvierten wie folgt (Zitat): Hallo zusammen Mein Feedback

zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knack- nüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen. Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde. Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwar- ten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen. Im weiteren habe ich auf grossen Wunsch der meisten versprochen die Prä- sentation zu mailen. Im Wissen dass es Vertriebspartner und Servicepartner dabei hatte, habe ich die fünf [...] Formulare ausgeblendet. Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013. Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Tritt- brettfahrer ins Boot holen können und das langfristig. In meinem Gebiet hat es drin und angrenzend einige spezielle Mitbewerber [...] auch die Problematik [...] hat mir [...] geschildert. Ich glaube, dass wir vom Vorstand noch mit den Feedbacks von allen zusätzliche Strategien entwickeln sollten um die auch noch ins Boot zu holen. Es gab an meiner Ausstellung schon Differenzen mit den Hausierern von [...], die Aktion die sie angeboten haben mit Gratis Winterrädern ist ja nichts neues, hat natürlich dazu geführt, dass ich auch mitziehen musste, wollte ich das Ge- schäft nicht verlieren. Die Kunden hatten eine Offerte von mir und sind doch noch schnell in die [...] gefahren, sie wollten gar keine Offerte, nur schnell schauen, und schon war die Offerte gemacht mit Gratis Winterrädern. Ich hoffe einfach nicht dass die [...] die Winterräder günstiger bekommen als wir [...].

B-7756/2015 Seite 64

### **E. 8.6.2**

Im Rahmen der Anhörung durch die Vorinstanz vom 24. August 2015 kommentierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin sein oben zitier- tes E-Mail vom 6. März 2013 mit folgenden Worten (Protokollzitat): Es ging um die Offertstellung, das grosse Problem eines Verkäufers [...]. [...] Bei einem teuren Auto gab's vielleicht einen Preisnachlass von CHF [...] und das kann dann intransparent sein. Wir müssen der [Q.\_\_\_\_\_ AG] jede ein- zelne Offerte im Detail vorlegen, sonst kriegen wir kein Geld. Es ging um das, d.h. die Erstoffertstellung. [Auf Anmerkung beim Verlesen: Wir müssen der [Q.\_\_\_\_\_ AG] auf Aufforderung eine Stichprobe von Offerten vorlegen.] Ergänzend hielt der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin na- mentlich fest, eine Preisabsprache sei weder bezweckt noch bewirkt wor- den. Bei der angeblichen Wettbewerbsabrede sei es in Tat und Wahrheit um eine transparente Offertdarstellung sowie um eine für den Frontmitar- beiter brauchbare, effiziente Darstellung der Konditionen in einer Liste ge- gangen. Das sei auch Gegenstand der Präsentation von [Y.\_\_\_\_\_ AG] gewesen. Dabei sei es aber nicht darum gegangen, dass man bestimmte Konditionen vorgegeben oder abgesprochen hätte. [Y.\_\_\_\_\_ AG] habe auch, wie er selber gesagt habe, stets seine eigene Konditionenliste ver- wendet und die Konditionen nach individueller Berechnung eingetragen. Die Kommission habe ja auch das Beispiel mit den Nettopreisen gehört; gerade dort sei es wichtig, dass die Mitarbeiter an der Front die Marsch- route kennten und wüssten, welchen Spielraum sie hätten und wie sie eine Konkurrenzofferte unterbieten könnten. Dann

müssten sie auch wissen, dass man beispielsweise einen oder zwei Monate früher bereits einmal of-feriert habe.

### **E. 8.7**

Den oben zitierten E-Mails von [Q.\_\_\_\_\_ AG] vom 22. und 23. Januar 2013 lässt sich entnehmen, dass einerseits über prozentuale Rabatte, andererseits über die Höhe der Ablieferungspauschalen, mithin über die preislichen Konditionen des Neuwagenverkaufs diskutiert wurde. Am 23. Januar 2013 sprach [Q.\_\_\_\_\_ AG] ausdrücklich von der Herausforderung einer konsequenten Umsetzung und Kontrolle des Rabattverhaltens. In seinem Antwortmail vom gleichen Tag bezog sich [Y.\_\_\_\_\_ AG] ebenfalls auf die Preisnachlässe (von Audi). Seine unmittelbar daran anschliessende Aussage, sie sollten "auf Anfang Februar mit einer gültigen Liste an die Front können", deutet im Kontext wiederum darauf hin, dass von einer Konditionenliste die Rede war. Mit anderen Worten drehte sich die Diskussion nicht allein um gestalterische Aspekte der Offerten, sondern insbesondere auch um die Senkung von Rabatten und die Erhöhung von

B-7756/2015 Seite 65 Ablieferungspauschalen. In seinem E-Mail vom 27. März 2013 erwähnte [Y.\_\_\_\_\_ AG] unter Bezugnahme auf den Stammtisch erneut das "Thema Preisnachlässe" und hielt fest, alle seien sich einig gewesen, dass sie endlich mehr Geld verdienen müssten, von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import jedoch keine diesbezügliche Hilfe erwarten könnten. Wäre es lediglich um die Darstellung der Offerten gegangen, hätten keine Konditionenlisten ausgetauscht bzw. weitergegeben werden müssen. Ebensovienig wäre über ziffernmässig bestimmte maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen diskutiert worden. [Y.\_\_\_\_\_ AG] sagte am 23. Januar 2013 selber, dass er seine Konditionenliste genau auf diejenige von [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail abgestimmt habe, was impliziert, dass er seine Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen im Hinblick auf die sog. Preisrepositionierung der [Q.\_\_\_\_\_ AG] Import überprüfte und (teilweise) modifizierte. Bestätigt wird dies durch seine Bemerkung vom 6. März 2013: "Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO." Im selben E-Mail erklärte [Y.\_\_\_\_\_ AG], er werde seine Listen anonym an Kollegen senden. Damit konnte nur eine Harmonisierung der Konditionen zwecks höherer Endkundenpreise angestrebt sein, hielt [Y.\_\_\_\_\_ AG] am 27. März 2013 doch fest, sie hätten das Thema Preisnachlässe diskutiert und seien sich alle einig gewesen, dass sie endlich mehr Geld verdienen müssten. Eine sonstige Motivation, die eigenen Verkaufskonditionen den Konkurrenten offenzulegen, lässt sich nicht erkennen. Solches Verhalten erschiene ohne den Hintergrund des oben zitierten E-Mail-Verkehrs als sehr untypisch, weil die Beschwerdeführerin ihre Position im Wettbewerb verschlechtern würde, wenn sie nicht damit rechnen könnte, durch die Weitergabe eine Harmonisierung der Preise auf höherem Niveau auch zu ihren eigenen Gunsten zu erwirken. Was die Nettopreise betrifft, so mögen diese zwar für einen ansehnlichen Teil der Neuwagenverkäufe gegolten haben. Ungeachtet dessen verblieb jedoch eine beträchtliche Zahl nicht von vornherein festgelegter Endkundenpreise, hinsichtlich derer es sich offenbar lohnte, eine Koordination der Rabattpolitik zu diskutieren und anzusteuern. Soweit anlässlich des Fahrzeugverkaufs Gebrauchtwagen "eingetauscht" wurden, war der (Grund-) Preis des Neuwagens, auf welchen sich die Vereinbarung maximaler Rabatte bezog, nicht tangiert. Vielmehr wurden die

B-7756/2015 Seite 66 sog. Eintauschfahrzeuge an Zahlung gegeben, um ebendiesen, Gegenstand der Absprache bildenden, Preis zu begleichen. Mit anderen Worten kann die naturgemäss individuelle Bewertung eines an Zahlung genommenen Gebrauchtwagens

nicht als Argument dafür dienen, dass der Preis des Neuwagens nicht (in wesentlichem Masse) durch eine Absprache manipuliert worden wäre.

### **E. 8.8**

Eine (reine) Kalkulationshilfe liegt sodann nicht vor. Gemäss Art. 2 der Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (Beschluss der WEKO vom 4. Mai 1998; Fassung vom 30. März 2021) sind Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen (vgl. dazu auch BEAT ZIRLICK / SIMON BANGERTER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 5 N. 403; ANDREA GRABER CARDINAUX / ANDREAS MASCHEMER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 6 N. 117 ff.; JEAN-MARC REYMOND, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 6 KG N. 96 ff.; AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 5 KG N. 442). Die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bezweckte eine Steigerung des Ertrags der Händler zu Lasten der Fahrzeugkäufer, hatte der Lieferant Ersteren doch keine Margenerhöhung zugestanden. Erklärtes Ziel war eine möglichst flächendeckende Umsetzung der harmonisierten Rabatte und Pauschalen. Dies zeigt nicht zuletzt die Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, es werde wichtig sein, dass sich alle an die Spielregeln hielten. Es ging also nicht darum, den Händlern Hilfe bei der Kalkulation zu bieten, sondern vielmehr darum, höhere Erträge zu Lasten der Kunden zu generieren, ohne dabei in wesentlichem Masse von ausscherehenden Händlern beeinträchtigt zu werden. Schliesslich spricht auch die Bezeichnung „Konditionenliste“ dagegen, dass eine blosser Kalkulationshilfe intendiert gewesen wäre. Im Übrigen handelt es sich bei der „Konditionenliste“ um eine Tabelle, welche Rabatte und Ablieferungspauschalen für die einzelnen Fahrzeugtypen ausweist, jedoch insbesondere keine (blosse) Vorlage für die uniforme Gestaltung von Offerten darstellt.

B-7756/2015 Seite 67

### **E. 8.9**

Da Höchst- und Mindestablieferungspauschalen unter Beteiligung der Beschwerdeführerin sowohl für das Einzel- als auch für das Flottengeschäft mit der Selbstanzeigerin vereinbart wurden, entfällt, wie erwähnt, auch das Argument der Preisführerschaft, denn ein Charakteristikum derselben bildet der eigenständige Nachvollzug von Preiserhöhungen (vgl. oben E. 8.4). Zwar mag [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail als grösster Marktteilnehmer im fraglichen Zeitraum einen gewissen Einfluss auf den durchschnittlichen Marktpreis für Neuwagen des VW-Konzerns in der Schweiz gehabt haben. Dies bedeutet aber noch nicht, dass das Unternehmen einen Preiskampf mit anderen Autohändlern unbeschadet überstanden hätte. Im Übrigen kann sich ein Unternehmen, wie die obigen Darlegungen (E. 8.3.1) zeigen, auch einer einseitigen Erklärung unterziehen und auf diese Weise eine Abrede herbeiführen.

### **E. 8.10**

Näherer Betrachtung bedarf noch die Präsentation, welche der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin als Vorstandsmitglied des VPVW am sog. Stammtisch vom 18. März

2013 vor Händlern von Fahrzeugen des VW-Konzerns der Region [...] hielt. Inhalt und Bedeutung dieser Präsentation werden von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz unterschiedlich dargestellt.

#### **E. 8.10.1**

Bei seiner Einvernahme durch das Sekretariat der WEKO am 17. Juni 2013 antwortete [Y. \_\_\_\_\_ AG] auf die Frage, welche Liste als Basis für die Stammtische gezeigt worden sei, Folgendes (Protokollzitat): Die Präsentation von [R. \_\_\_\_\_ AG] war die Basis. Ich habe eine Präsentation von [R. \_\_\_\_\_ AG] erhalten, als Vorlage. Wahrscheinlich war eine Konditionenliste von [R. \_\_\_\_\_ AG] drin, welche ich aber rausgenommen habe und nicht gezeigt habe. Ausserdem erläuterte er noch detaillierter, welche Folien dieser Präsentation er selber gezeigt bzw. abgeändert habe (vgl. Zitat von Ziff. 68 der Sanktionsverfügung nachfolgend in E. 8.10.2). Das Ziel der Präsentation umschrieb [Y. \_\_\_\_\_ AG] wie folgt (Protokollzitat): Die Offertdarstellung zu zeigen, die Sensibilisierung auf die REPO und auf die Aktionen der [Q. \_\_\_\_\_ AG], welche monatlich durchgeführt werden, hinzuweisen.

B-7756/2015 Seite 68 Auf die Frage, an wen die Präsentation verteilt worden sei, erwiderte er (Protokollzitat): Sie wurde nicht verteilt, nur gezeigt. Es kann sein, dass ich meine Präsentation einem anderen Vorstandsmitglied geschickt habe. Das weiss ich aber nicht mehr.

#### **E. 8.10.2**

Die angefochtene Verfügung enthält insbesondere folgende Passagen zur fraglichen Präsentation (Zitate): Ziff. 46: Am 18. März 2013 leitete [Y. \_\_\_\_\_ AG] den Stammtisch für die Region [...]. Die Präsentation wurde per E-Mail an die Teilnehmer verteilt und die vereinbarte Konditionenliste wurde aufgelegt. Ziff. 68: [Y. \_\_\_\_\_ AG] gab an, die Folien 3-6 und 17 nicht gezeigt zu haben. Folie 7 habe er abgeändert gezeigt. Die Folien 10-13, 19-23 und 31 habe er nicht gezeigt, aber erwähnt. Die Folien 24-30 habe er gezeigt, aber teilweise die Zahlen abgeändert. Er wisse jedoch nicht mehr, ob der unterste Satz auf Folie 26 auch in seiner Präsentation aufgeführt war. Folie 32 habe er mit Ausnahme des ersten Bulletpoints gezeigt. [Y. \_\_\_\_\_ AG] erkannte jedoch an, dass die Präsentation für alle die gleiche war [...]. Ziff. 80: Die letzte Version der Präsentation versendete [R. \_\_\_\_\_ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die [Q. \_\_\_\_\_ AG], [Z. \_\_\_\_\_ AG], [X. \_\_\_\_\_ AG] und [Y. \_\_\_\_\_ AG]. Zusammenfassend hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, aufgrund der Aussagen von [Y. \_\_\_\_\_ AG] sei davon auszugehen, dass seine Präsentation während des Stammtisches der Region [...] im Wesentlichen derjenigen von [R. \_\_\_\_\_ AG] entsprochen habe und der Kern des Projekts "Repo 2013" gezeigt oder zumindest erwähnt worden sei.

#### **E. 8.10.3**

Wie sich die Präsentation des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin genau darbot, lässt sich nachträglich kaum rekonstruieren. Gegenüber dem Sekretariat wies er auf Änderungen und Auslassungen hin, welche er anlässlich des Stammtisches im Vergleich zu der ihm als Grundlage dienenden Präsentation vorgenommen habe. Offen bleibt dementsprechend insbesondere, ob seine tatsächlich gehaltene Präsentation eine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand hatte. Hinsichtlich der Aussage

B-7756/2015 Seite 69 in Ziff. 68 der Sanktionsverfügung, er habe anerkannt, dass die Präsentation für alle die gleiche gewesen sei, fragt sich sodann, ob sie sich auf die zugrundeliegende oder auf die effektiv gehaltene Präsentation bezieht. Eine Befragung von Händlern, welche am Stammtisch teilgenommen hatten, erfolgte seinerzeit nicht; wegen der zeitlichen Distanz dürfte sie heute auch keine verlässlichen Erkenntnisse mehr bringen. Angesichts des oben wiedergegebenen E-Mail-Verkehrs ändert sich an der Qualifizierung des inkriminierten Verhaltens als Wettbewerbsabrede aber nichts, wenn die Präsentation keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand hatte.

## **E. 9**

Oktober 2017 E. 3.3). Als solcher fällt aktueller oder potentieller Aussen- oder Innenwettbewerb in Betracht (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 4.1 a.E. m.H., Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017, BMW, E. 4.3.2). Wie die WEKO in Ziff. 289 der angefochtenen Sanktionsverfügung zutreffend schloss, kann „die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs [...] in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs umgestossen werden.“ Die Analyse desselben habe gezeigt, dass in allen untersuchten Segmenten trotz der sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Abredeteilnehmer von einer Vielzahl aktueller und potentieller Wettbewerber auszugehen sei.

### **E. 9.1**

Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG 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. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Zitat): a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Bezüglich der „Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden hoben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprechen, laufe demnach hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob noch wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden sei.

B-7756/2015 Seite 70

### **E. 9.2**

Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkriterium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194, BMW, E. 4.3.1 und 143 II 297, Gaba, E. 5.1 f; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020, Aktiengesellschaft Hallenstadion / Ticketcorner AG gg. Starticket AG / ticketportal AG / Weko, E. 7.3.1). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen. Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es

kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.2). Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind grundsätzlich erheblich, wobei es genügt, dass sie den Wettbewerb beeinträchtigen können (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.6).

### **E. 9.3**

Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen, welche tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

#### **E. 9.3.1**

In der Botschaft KG 1995 (S. 567) wurden Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG folgendermassen umschrieben (Zitat): Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird. Unter Hinweis darauf urteilte das Bundesgericht am 14. August 2002 (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5), zwar legten die Buchhändler die Buchpreise nicht selber in horizontalen Abreden fest; vielmehr hielten sie bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liege indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde; das sei selbst dann der Fall, wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern

B-7756/2015 Seite 71 je durch die einzelnen Verleger bestimmt sei. Die Buchhändler wüssten, dass infolge des Sammelrevers alle anderen angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkauften wie sie. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Stufe Endabnehmer sei das offensichtliche Ziel des Sammelrevers. Im Urteil 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 betreffend Preiserhöhungen erwog das Bundesgericht, eine Vereinbarung werde nicht durch ein „Preis-diktat“ der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFJ gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, Koch, E. 3.2).

#### **E. 9.3.2**

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Vereinbarung von Höchststrabatten und minimalen Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, hätten die internen Konditionenlisten, die in der Praxis nicht eingesetzt worden seien, lediglich den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betroffen, was auch die Vorinstanz festgestellt

habe (z.B. in Ziff. 151 der angefochtenen Verfügung). Jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, und diese würden stets separat ausgewiesen.

### **E. 9.3.3**

Vereinbart wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kontext der Reduktion der Listenpreise, welche die [Q. \_\_\_\_\_ AG] Import per 1. März bzw. 1. April 2013 vorgenommen hatte (vgl. oben E. 8.6). Wie sich aus der Umschreibung des Begriffs „Konditionenliste“ in Ziff. 9 der Sanktionsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prämisse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listenpreises (des Herstellers) festgesetzt wurden. Ein (ausdrücklicher) Vorwurf an die involvierten Händler, etwa im Sinne einer Bruttopreisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise stets den Listenpreis des Herstellers bzw. des Importeurs als sog. Fahrzeuggrundpreis in den Offerten verwendet zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht. Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchststrabatte diene, denn ohne entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der

B-7756/2015 Seite 72 Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Auch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, welche stets separat ausgewiesen würden, deutet darauf hin, dass die Listenpreise des Herstellers bzw. des Importeurs den Ausgangspunkt der Offertstellung bildeten. Bekräftigt wird dies durch die Aussage der Beschwerdeführerin, sie sei seitens [Q. \_\_\_\_\_ AG] zur Einhaltung von Preisen gezwungen. Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin auch nicht, dass schon die in den Offerten ausgewiesenen Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären.

### **E. 9.3.4**

Folgt man der bundesrätlichen Botschaft und der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, liegt eine Subsumtion der festgestellten Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nahe. Auch in der wohl überwiegenden Lehre wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt, so dass er neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben umfasst (vgl. BANGERTER / ZIRLICK, Art. 5 KG N. 380 m.H. und 418; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; ANDREAS HEINEMANN: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDÉ-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; FELIX TUCHSCHMID, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; ROLF H. WEBER / STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.182, 2.191; relativierend hingegen AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 5 KG N. 398 f.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 10.2.3 m.H.). REINERT (Art. 5 KG N. 25) legt dar, selbst Abreden über die Rabattgewährung wirkten sich letztlich auf die Preisfestsetzung aus und fielen damit grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Eine Ausnahme, bei der eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von vorneherein nicht vorliege, bestehe immerhin dort, wo sich die Vereinbarung auf einen

nur sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbare Auswirkung auf den Endpreis habe. Namentlich bei Abreden über Rabatte dürfte dies seiner Meinung nach regelmässig der Fall sein, wenn die Ausgangspreise weiter- hin frei festgesetzt werden könnten.

B-7756/2015 Seite 73 Für eine etwas restriktivere Auslegung plädieren EMCH und GOTTRET (DA- NIEL EMCH / ANNA GOTTRET: Grundsätzliche Erheblichkeit – kritische Wür- digung und mögliche Korrektive, in: sui-generis 2018, S. 374 ff., 379 N. 17). Sie vertreten die Auffassung, es solle nicht mehr alles, was einen entfern- ten Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis habe, als horizontale Preis- festsetzung qualifiziert werden. Nur Abreden über Preiskomponenten, die tatsächlich zu einer einheitlichen Preisfestsetzung führten, gehörten unter den betreffenden Vermutungstatbestand subsumiert. TUCHSCHMID vertritt den Standpunkt, wenn lediglich ein einzelnes Preise- lement abgesprochen werde, bestehe weiterhin Wettbewerb bei allen nicht festgesetzten Preiselementen, und die Unternehmen blieben bezüglich der Festsetzung des Endpreises grundsätzlich frei. Das Potential solcher Ab- reden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sei äusserst gering (S. 850 ff.). Im Unterschied zu Bruttopreisen bildeten andere Preiselemente keineswegs die Berechnungsgrundlage für den Endpreis. Der Ausgangs- preis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattabreden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombination mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preise- lementen erschienen daher für sich allein nicht als besonders schädliche Abreden, vor denen der wirksame Wettbewerb und der einzelne Marktteil- nehmer durch direkte Sanktionen geschützt werden müssten (S. 862). Alle Abreden, die lediglich harmonisierende Wirkung auf die Endpreise hätten oder eine solche Wirkung bezweckten, fielen nicht unter den Tatbestand der horizontalen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Sie seien jedoch in der Regel erheblich und vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung unzu- lässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststel- len und für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verfügung indirekte Sanktionen gemäss Art. 50 KG androhen (S. 863). KOSTKA erklärt (N. 1378), bei mehreren wettbewerbsbeschränkenden Ab- reden spiele es keine Rolle, ob die einzelne Rabattabrede eine erhebliche Einschränkung des Preiswettbewerbs bewirke (z.B. mittels Festlegung ei- nes vergleichsweise geringen zulässigen Rabatts) oder nur eine ver- gleichsweise geringe Beeinflussung des Preiswettbewerbs zeitige (z.B. mittels Festlegung eines maximal zulässigen Rabatts von 80 %), da aus der Gesamtheit der Abreden ohnehin ihr wettbewerbsbeschränkender Zweck hervorgehe und sich aus der kumulativen Wirkung der Gesamtheit der Abreden die preisharmonisierende Wirkung ergebe. In einem solchen

B-7756/2015 Seite 74 Fall sei die Rabattabrede gemeinsam mit den übrigen Abreden in ihrer Ge- samtheit als Preisabrede zu qualifizieren. Harmonisierung bedeutet im vorliegenden Kontext nicht, dass die fragli- chen Preise (nahezu) identisch sein müssten. Harmonisierend können bei- spielsweise auch eine gleichförmige Erhöhung des Preisniveaus oder an- dere koordinierte Preisstrategien zur Erzielung einer Kartellrente wirken, selbst wenn die Preisniveaus der einzelnen Produkte oder Dienstleistun- gen unterschiedlich bleiben sollten (vgl. BANGERTER / ZIRLICK, Art. 5 KG N. 390).

### **E. 9.3.5**

Bei Fahrzeugpreisen von mehreren zehntausend Franken war die Absprache geeignet, die effektiven Verkaufspreise zum Nachteil der Kunden um einige hundert bis einige tausend Franken pro Fahrzeug anzuheben. Beträge dieser Grössenordnung können im vorliegenden Kontext nicht als geringfügig oder gar vernachlässigbar taxiert werden. Vielmehr handelt es sich bei den abgesprochenen Rabatten und Ablieferungspauschalen um wesentliche Elemente des Kaufpreises. Auch die Äusserungen eines involvierten Händlers, man spreche von einer „Chance von ca. 24 Mio.“, und eine um Fr. 100.– höhere Ablieferungspauschale ergebe pro 100 Neuwagen bekanntlich Fr. 10'000.– mehr in der Kasse (vgl. oben E. 8.6.1), lassen darauf schliessen, dass nicht über unbedeutende Preiselemente diskutiert wurde. Hervorzuheben bleibt hier auch nochmals, dass die Preissetzung auf einheitlichen Listenpreisen basierte.

### **E. 9.3.6**

Abgesehen davon würde für eine Verhaltenskoordination bezüglich des Preises nach der Gesetzeskonzeption schon eine Verständigung über einzelne Preiselemente ausreichen (Botschaft KG 1995, 567). Einer Verständigung über sämtliche einzelnen Bestandteile zur Ausgestaltung des Preises oder aller Komponenten zur Ermittlung des Preises durch die Abredeteiligen bedarf es hingegen nicht. Dementsprechend genügt eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines für ein Produkt anzuwendenden Preises für die Qualifizierung als Preisabrede (Botschaft KG 1995, 567). Überdies hat der Gesetzgeber die Behandlung von Preis- und anderen harten Kartellabreden aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität an das EU-Wettbewerbsrecht angekoppelt. Harte Kartellabreden sollen demzufolge zwar nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Dies stellte das Bundesgericht im

B-7756/2015 Seite 75 Sinne einer Parallelität der Rechtslage bereits ausdrücklich fest (BGE 143 II 297, Gaba, E. 6.2.3; BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.1, für das Tatbestandsmerkmal der Verhaltenskoordination). Für die Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbliche Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen (vgl. hierzu HENGST DANIELA, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. A., 2018; Art. 101 Abs. 1 N. 269 ff.; SCHRÖTER HELMUTH/VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2014, Art. 101 Abs. 1 N. 134 ff.; WOLLMANN HANNO/HERZOG ANDREA, in: Bornkamm/Montag/Säker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2015, Art. 101 Abs. 1 N. 178 f., 253 f.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, Europäisches Kartellrecht, 6. A., 2019, Art. 101 Abs. 1 N. 213 ff.). Das EU-Wettbewerbsrecht sieht bei Preisabreden weder im Hinblick auf die Eingehung oder die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine qualitative Differenzierung vor. Als Preisabrede wird sowohl jeder Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen Unternehmen aller Marktstufen erfasst. Dabei werden Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell nicht zugelassen. Dies gilt auch für die Verständigung über Preisempfehlungen. Als Ausnahme von der generellen Unzulässigkeit sind Höchstpreisabreden bei vertikalen Wettbewerbsverhältnissen vorgesehen, soweit sich diese nicht faktisch wie übliche Preisabreden auswirken. Die Zulässigkeit einer

Preisabrede im Einzelfall ergibt sich darüber hinaus nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds. Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden. Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen. Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor. Ferner statuiert Art. 5 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden. Deshalb besteht kein notwendiger Anwendungsbereich für eine zusätzliche Abgrenzung von unwesentlichen Preisabreden. Darüber hinaus sieht das EU-

B-7756/2015 Seite 76 Wettbewerbsrecht weder ein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer Preisabrede noch ein Erheblichkeitskriterium für die Beurteilung von Preisabreden vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten. Angesichts dessen sind als Preisabreden alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbstständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.5, 144 II 246, Altimum, E. 6.4.2 und 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1). Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Daher bezweckt er eine Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.6, 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

### **E. 9.3.7**

Die in den Akten befindlichen Offertbeispiele für Neuwagen sehen neben dem jeweiligen Preisnachlass Ablieferungspauschalen, Treue- und Ausstellungsrabatte sowie Lagerabverkaufsprämien als mögliche Preiselemente vor. Zusammen mit dem Fahrzeuggrundpreis und den Kosten der Mehrausstattung ergeben diese den Gesamtpreis des Neuwagens. Davon wird der Preis eines allfälligen Eintauschfahrzeugs abgezogen, woraus der Restkaufpreis resultiert. Eintauschfahrzeuge wurden folglich an Zahlung genommen, bestimmten den Gesamtpreis des Neuwagens aber nicht mit und waren unterhalb desselben separat aufgeführt. Wohlbemerkt bezieht sich der Vorwurf der Absprache auf die Preise der Neuwagen.

### **E. 9.3.8**

Ausgehend von den Listenpreisen konnte die individuelle Preissetzung beim Neuwagenverkauf nur über die verschiedenen Rabatte, die Ablieferungspauschale und über Prämien, z.B. für Verkäufe ab Lager, stattfinden. Prämien und Rabatte beruhen bisweilen auf koordinierten Aktionen seitens des Herstellers bzw. des Importeurs, an denen zahlreiche Händler mitwirken, sodass diesbezüglich nicht von individuellen oder mit den einzelnen Käufern ausgehandelten Preisreduktionen gesprochen werden kann. Von den wenigen tatsächlich einem individuellen Verhandlungsprozess zugänglichen Preiselementen wurden zwei, nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale, abgesprochen. Dies muss unter den gegebenen Umständen als Preisfestsetzung im Sinne von

B-7756/2015 Seite 77 Art. 5 Abs. 3 Bst a KG qualifiziert werden, zumal es sich um eine kombinierte Abrede handelt, bei welcher niedrige Höchststrabatte vereinbart wurden (vgl. KOSTKA, N. 1378 und 1380, wonach Abreden, die einen geringen maximalen Rabatt festlegen, eine erhebliche Beeinflussung des Preises bzw. eine faktische Beseitigung des Preiswettbewerbs erzielen).

#### **E. 9.4**

Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob im betreffenden Zeitraum entgegen der gesetzlichen Vermutung wirksamer Wettbewerb herrschte (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 4.1 und Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom

#### **E. 9.5**

Wird wirksamer Wettbewerb nachgewiesen, so liegt freilich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich bereits erheblich ist (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 6.5, 143 II 297, Gaba, E. 5.6 und Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, Koch, E. 3.3). Dabei genügt es, wenn die Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann, denn schon mit ihrer Vereinbarung und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird laut Bundesgericht ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, welches im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG hinsichtlich des Funktionierens des normalen Wettbewerbs volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist (BGE 144 II 194, BMW, E. 4.3.1 f. und 143 II 297, Gaba, E. 5.4). Tatsächlicher Auswirkungen oder einer praktischen Anwendung der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmaßnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren.

B-7756/2015 Seite 78

#### **E. 9.6**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Abrede sei nicht umgesetzt worden. Hinsichtlich der Anwendung der streitigen Konditionenliste wird unter Ziff. 55 der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat): Aufgrund der vorliegenden Informationen musste die vereinbarte Konditionenliste allerdings erst am Tag nach dem letzten Stammtisch, dem 27. März 2013, aktiv werden [...]. Am 2. und 3. April 2013 zeigten sich die ersten Reaktionen seitens der [Q.\_\_\_\_\_ AG] und des VPVW-Präsidenten, um die Umsetzung des „Projekt Repo 2013“ durch alle autorisierten Händler der Marken des VW-Konzerns und die Teilnehmer der VPVW-Stammtische zu unterbrechen. Am 3. April 2013 hat die [Q.\_\_\_\_\_ AG] ihre Selbstanzeige eingereicht und am 22. Mai 2013 hat das Sekretariat die Untersuchung gegen die [Q.\_\_\_\_\_ AG] und die Verfahrensparteien eröffnet. Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt. Für eine tatsächliche praktische Umsetzung einer Abrede durch die Beschwerdeführerin finden sich zwar keine Beweise in den Akten. Insbesondere fehlen entsprechende Offerten oder Kaufverträge. Allerdings bildet bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Willensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben

nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschläge, E. 4.1). Insofern sind die Einwände der Beschwerdeführerin betreffend fehlende praktische Umsetzung der strittigen Abrede irrelevant.

## **E. 10**

Zu prüfen bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

### **E. 10.1**

Art. 5 Abs. 2 KG bestimmt dazu Folgendes (Zitat): Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

### **E. 10.2**

Gestützt auf Art. 6 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen

B-7756/2015 Seite 79 einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden gemäss Art. 6 Abs. 1 KG insbesondere die folgenden Abreden in Betracht gezogen (auszugsweise zitiert): b. Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen; [...] e. Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

### **E. 10.3**

Durch die Effizienzanalyse sollen Abreden, die auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von jenen unterschieden werden, welche hauptsächlich dem Erzielen einer Kartellrente dienen. Zur Rechtfertigung einer Abrede müssen die in Art. 5 Abs. 2 KG statuierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn ein einzelner der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Effizienzgründe vorliegt. Das in dieser Bestimmung erwähnte Erfordernis der Notwendigkeit wird vom Bundesgericht im Sinne der Verhältnismässigkeit ausgelegt (zum Ganzen BGE 147 II 72, Pfizer, E. 7.2, 143 II 297, Gaba, E. 7.1 und 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella, E. 9.3.5). Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle, subjektive, betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit (z.B. betriebsinterne Kostenumlagerungen) oder rein pekuniäre Vorteile (z.B. blosser Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung ruinösen Wettbewerbs) der Abredeteilnehmer für eine Rechtfertigung nicht aus (ZIRLICK / BANGERTER, Art. 5 KG N. 258; zum Ganzen auch AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 5 KG N. 246 ff.).

### **E. 10.4**

Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, Altimum, E. 13.5.1 m.H.).

Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 144 II 246, Altimum, E. 13.5.1 und 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4, je m.H.).

### **E. 10.5**

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtfertigung infolge (gesamt-) wirtschaftlicher Effizienz muss die Abrede mit Blick auf das Argument der Be-

B-7756/2015 Seite 80 schwerdeführerin, die Konditionenliste habe einzig bezweckt, den Verkaufsvorgang im Sinne einer Kalkulationshilfe strukturierter zu gestalten und mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen, geprüft werden. Wie oben festgestellt (E. 8.8), liegt keine (reine) Kalkulationshilfe vor, sodass sich die nachfolgenden Erwägungen auf Struktur und Transparenz der Offertgestaltung beschränken. Andere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar.

#### **E. 10.5.1**

Bei ihrer Einvernahme durch das Sekretariat am 17. Juni 2013 hatte die Beschwerdeführerin erklärt, es gebe sehr grosse Betriebe, teilweise mit zehn Verkäufern. Diese müssten wissen, wie man die Offerten korrekt darstelle, weil sonst Geld verlorengelasse. Aus der Offerte resultiere der Vertrag mit dem Kunden, welchen die Beschwerdeführerin bei etwaigen Kontrollen durch die [Q.\_\_\_\_\_ AG] vorlegen müsse. Die Transparenz beziehe sich auf die einzelnen Konditionen. Wenn sich ein Händler nicht an die entsprechende Darstellung halte, könne dies ein anderer, der es beispielsweise aufgrund einer Konkurrenzofferte gemerkt habe, einem Vorstandsmitglied des VPVW melden. Dieses wiederum mache den Händler, welcher etwas falsch dargestellt oder einen falschen Wert für eine Prämie eingesetzt habe, auf den Fehler aufmerksam und schaffe so Transparenz. In der Beschwerdeschrift wurde ausgeführt, die Händler hätten sich über die Komplexität und den hohen administrativen Aufwand im Zusammenhang mit der Offertstellung beklagt. Vor diesem Hintergrund habe der VPVW Massnahmen wie die Konditionenliste(n) beschlossen, um den Händlern eine Erleichterung bei der Offertstellung zu bieten.

#### **E. 10.5.2**

Die Vorinstanz legte in den Ziff. 348 ff. der Sanktionsverfügung dar, zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede könne die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere liessen sich gemäss dieser Bekanntmachung Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgäben oder vorschlugen. A fortiori könne eine Abrede wie die vorliegende, welche die Verwendung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand habe, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

B-7756/2015 Seite 81 Die Erstellung und die Verbreitung einer derartigen Konditionenliste zwischen den Händlern dienten lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es sei deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang mit einer Senkung von Vertriebskosten, mit Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufweise. Für die

vorliegende Abrede seien daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, und die Parteien machten auch keine solchen geltend.

### **E. 10.5.3**

Den Erläuterungen der Beschwerdeführerin lässt sich entnehmen, dass mit der harmonisierten Gestaltung der Offerten betriebliche Zwecke verfolgt wurden. Einerseits sollte sie ein Hilfsmittel für die Verkäufer bilden. Andererseits sollte sie die Umsetzung von Vorgaben der [Q. \_\_\_\_\_ AG] hinsichtlich des Nachweises von Fahrzeugverkäufen gewährleisten. Inwiefern die vereinheitlichte Offertdarstellung aber nicht nur betriebliche Prozesse optimiert hätte, sondern auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks entsprechend der oben wiedergegebenen Praxis gestanden wäre, ist nicht erkennbar. Auch aus Kundensicht können sich transparente, aufgrund ihrer Darstellung leicht vergleichbare Angebote als vorteilhaft erweisen. Allerdings lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb es maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bedürfte, um die Offerten entsprechend zu strukturieren. Hierfür würde eine rein formale Angleichung genügen. Mithin fehlt es für eine Rechtfertigung bereits am Erfordernis der Notwendigkeit der festgestellten Abrede.

### **E. 10.5.4**

Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte in Wirklichkeit den Händlern auf Kosten der Kunden eine höhere Marge verschafft werden. Die Festlegung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen dient zwar den Verkäufern. Sie belastet aber die Käufer, weil zwei Elemente der Preisbildung betragsmässig nach oben gedrückt werden. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht; er wurde auch nicht (auf substantiierte, nachvollziehbare Weise) geltend gemacht. Mit anderen Worten verfolgte die Abrede aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre.

B-7756/2015 Seite 82

### **E. 10.5.5**

Ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG liegt demzufolge nicht vor, weshalb die festgestellte Wettbewerbsabrede als unzulässig qualifiziert werden muss.

## **E. 11**

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag bemisst sich nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Abrede erzielte, in angemessener Weise berücksichtigt werden muss.

### **E. 11.1**

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.4.2, 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2 und 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2). Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im

Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 9.3.1 und B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 8.2, je m.H.; vgl. ROBERT ROTH, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 49a-53 KG N. 37 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei nachweisbarem wettbewerbswidrigem Verhalten in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, weil Unternehmen die Normen des KG sowie die entsprechende Praxis kennen müssen (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.4.2, 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2 und 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2).

#### **E. 11.1.1**

Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat): Vorliegend handeln die [Z.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG] für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion der Geschäftsleitung (Präsident, Direktor oder Geschäftsführer) und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten

B-7756/2015 Seite 83 Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wesentlich und willentlich Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der „Erst-Offerte“ für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gemeinsam vereinbart und die Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durch die regionalen Stammtische des VPVW organisiert und umgesetzt. Der Voratz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

#### **E. 11.1.2**

Die Beschwerdeführerin hat sich zur Frage der Vorwerfbarkeit nicht geäußert.

#### **E. 11.1.3**

Als Geschäftsführer (gemeinsam mit [...]) und Verkaufsleiter der Y.\_\_\_\_\_ AG hatte [...] im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung. Wie die oben in E. 8.6 ff. zitierte und gewürdigte E-Mail-Korrespondenz zeigt, beteiligte er sich in dieser Funktion wesentlich und willentlich an einer Preisabrede betreffend seinerzeit von der Beschwerdeführerin gehandelte Neufahrzeuge. Sein inkriminiertes Verhalten ist daher entsprechend der oben (E. 11.1) wiedergegebenen Gerichtspraxis der Beschwerdeführerin zuzurechnen.

#### **E. 11.2**

Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist die Sanktion anhand des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, unter Berücksichtigung des durch die Abrede erlangten mutmasslichen Gewinns, zu bemessen. Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der KG-Sanktionsverordnung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gilt bei der Festsetzung der Sanktion das Verhältnismässigkeitsprinzip. Art. 3 SVKG definiert den sog. Basisbetrag der Sanktion als einen Wert von bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende

Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht (Art. 4 Satz 1 SVKG). Art. 5 SVKG statuiert erschwerende, Art. 6 SVKG mildernde Umstände, die zu einer Erhöhung bzw. Verminderung des nach den Art. 3 und 4 SVKG festgesetzten Betrages führen. Art. 7 SVKG bestimmt unter Hinweis auf Art. 49a Abs. 1 KG, die Sanktion betrage in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

### **E. 11.2.1**

Zur konkreten Sanktionsberechnung wurde in der angefochtenen Verfügung dargelegt, was folgt (Zitat):

B-7756/2015 Seite 84 In casu drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion kann zum einen dann zur Anwendung kommen, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt ist, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoss festgestellt werden konnte, zum anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen. Solche ausserordentlichen Umstände können z.B. dann gegeben sein, wenn eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielte. Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet wurde. Nämlich wurde die vorliegende Wettbewerbsabrede anfangs Februar 2013 getroffen und mit der Durchführung der Stammtische im März 2013 umgesetzt. Das „Projekt Repo 2013“ wurde aufgrund der Interventionen der [Q.\_\_\_\_\_ AG] und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013 [Dienstag bzw. Mittwoch], also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch, abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013 [Mittwoch], bis am 3. April 2013 [Mittwoch] gedauert (drei Tage). Der Verkauf eines Neufahrzeugs erfolgt normalerweise nicht an einem einzigen Tag, da die entsprechenden Verhandlungen länger dauern können. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass während drei Tagen nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste für die Erst-Offerten verkauft wurden. In Ziff. 55 der Sanktionsverfügung wurde diesbezüglich noch Folgendes ausgeführt (Zitat): Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses findet sich in der Sanktionsverfügung folgende Passage (Zitat): Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktion berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden haben, das unzulässige Verhalten abzubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der [Q.\_\_\_\_\_ AG] IMPORT sowie die Selbstanzeige der [Q.\_\_\_\_\_ AG] sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

B-7756/2015 Seite 85 Mit Blick auf erschwerende Umstände hielt die WEKO in ihrer Sanktions- verfügung fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder meh- rere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchge- führt hätten. Daher rechtfertige sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. Ebenso wenig erkannte die Vorinstanz auf eine Herabsetzung desselben infolge mildernder Umstände. Einerseits hätten alle Parteien eine aktive Rolle im Projekt „Repo 2013“ gespielt. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass sie alle die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer abgegeben hätten. Andererseits habe nur die kurze Dauer des Projekts „Repo 2013“ die Umsetzung allfälliger Vergeltungsmassnahmen verunmöglicht.

### **E. 11.2.2**

Hierzu legt die Beschwerdeführerin dar, für den „Abbruch des Pro- jektes“ stelle die Vorinstanz ohne Gründe auf den Brief der Selbstanzeige- rin [vom 2. April 2013] an das gesamte Vertriebsnetz ab. Warum sie nicht „in dubio“ auf die E-Mail des Verbandspräsidenten [...] vom 26. März 2013 (Dienstag) abstelle, bleibe ihr Geheimnis. Diese E-Mail sei auch an die Be- schwerdeführerin gerichtet und bezüglich Inhalt (Nichtbefolgung bzw. Nicht-Treffen von Wettbewerbsabreden) so verfasst gewesen wie das spä- tere Schreiben. Die Vorinstanz mache schliesslich auch gar nicht geltend, dass sich der VPVW-Vorstand nicht an die E-Mail seines Präsidenten ge- halten hätte. Die angebliche „Umsetzung“ durch die Verfahrensbetroffenen in den Tagen vom 28. März (Donnerstag) bis zum 3. April 2013 (Mittwoch) sei nur schon deshalb fraglich. Selbst wenn für den „Abbruch des Projektes“ das Schreiben der Selbstan- zeigerin massgebend sein sollte, so wäre zu berücksichtigen, dass dieses Schreiben am 3. April 2013 bereits um 07.58 Uhr, also vor Betriebsbeginn, per E-Mail auch an die Verfügungsadressatinnen versandt worden sei. Der 3. April 2013 falle somit für eine mögliche Umsetzung weg. Die Vorinstanz hätte somit nach der eigenen Logik zwei Tage für die Dauer der Umsetzung einrechnen sollen, nämlich den 28. März (Donnerstag) und den 2. April 2013 (Dienstag). Dass an diesen beiden Tagen, namentlich am 28. März 2013, einem Gründonnerstag, überhaupt gearbeitet worden sei bzw. kom- merzielle Aktivitäten im Sinne der Vorhaltungen des Sekretariats getätigt worden seien, sei nicht ersichtlich und von den Verfügungsadressatinnen bestritten worden. Beweise, wie z.B. Rechnungen, Offerten oder derglei- chen von diesen Tagen, fehlten gänzlich.

B-7756/2015 Seite 86 Unter Hinweis auf den Grundsatz „nulla poena sine lege“ erklärt die Be- schwerdeführerin überdies, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kar- tellrecht nicht strafbar.

### **E. 11.2.3**

Bei der Sanktionsbemessung handelt es sich um eine Ermessens- sache (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.5.2). Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponen- ten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungs- gründe ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, SIX, E. 1556 m.H.; vgl. TAGMANN / ZIRLICK, Art. 49a N. 41). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, wahrt die von der WEKO gegenüber der Beschwerdeführerin verhängte Pau- schalsanktion diesen Spielraum, wengleich sich die Sanktionsberech- nung nicht in allen Einzelheiten nachvollziehen lässt

(vgl. dazu unten E. 11.2.4 und 11.2.8).

#### **E. 11.2.4**

Mit Blick auf die Argumentation der Beschwerdeführerin ist vorab darzulegen, dass sich am Ergebnis, wonach die Sanktionshöhe den Ermessensspielraum der Vorinstanz respektiert, selbst bei einer detaillierten Berechnung der Sanktion unter Berücksichtigung der einzelnen Tage, an welchen die Abrede umgesetzt werden konnte, nichts ändern würde.

##### **E. 11.2.4.1**

Das E-Mail des Verbandspräsidenten vom Dienstag, 26. März 2013, auf welches sich die Beschwerdeführerin beruft, ging an deren Geschäftsleiter sowie weitere Vorstandsmitglieder des VPVW. Es wurde um 10.31 Uhr versandt und trägt den Betreff "Stammtische". Wörtlich heisst es darin insbesondere: [...] Ich bitte in meiner Funktion als Verbandspräsident folglich alle Vorstandsmitglieder, im Rahmen der Stammtische hinsichtlich der Rabatte keine Absprachen zu tätigen und keinen diesbezüglichen Druck aufzubauen. Am 27. März 2013 schrieb [Y. \_\_\_\_\_ AG] in einem E-Mail an [Präsident VPVW] und [Q. \_\_\_\_\_ AG] sowie, in Kopie, an die übrigen Beteiligten unter anderem Folgendes (Zitat): Hallo zusammen Mein Feedback zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knacknüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen.

B-7756/2015 Seite 87 Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde. Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen. [...] Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013. Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Trittbrettfahrer ins Boot holen können und das langfristig. [...] Diese am Tag nach dem Aufruf des Verbandspräsidenten seitens der Beschwerdeführerin abgegebenen Äusserungen erwecken nicht den Eindruck, sie hätte sich schon vor dem 3. April 2013 vom verpönten Verhalten distanziert. Auch sonst fehlen entsprechende Hinweise.

##### **E. 11.2.4.2**

Zu Gunsten der Beschwerdeführerin kann hingegen berücksichtigt werden, dass das erwähnte Abmahnungsschreiben der Selbstanzeigerin vom Dienstag, 2. April 2013, als Anhang zu einem E-Mail mit dem Betreff "VPVW Stammtische - Dringende Mitteilung" bereits an diesem Tag um 19.39 Uhr durch [...] (Leiter Dealer Operations und Vizedirektor der Selbstanzeigerin) an den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin geschickt wurde. Deshalb ist von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Umsetzung der Abrede ab dem 3. April 2013, d.h. einschliesslich desselben, auszugehen.

##### **E. 11.2.4.3**

Andererseits lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz den Samstag, 30. März 2013, hinsichtlich einer Umsetzung der Abrede ausser Acht liess. Die Sanktionsverfügung enthält dazu keine Erwägungen. Weil es sich bei diesem Samstag aber nicht um einen Feiertag handelte, ist er ebenfalls einzurechnen. Folglich konnte die Wettbewerbsabrede von Donnerstag, 28. März 2013, bis und mit Dienstag, 2. April 2013, praktiziert werden. Beim 29. März 2013 handelte es sich um einen Karfreitag, beim 1. April 2013 um einen Ostermontag; mithin waren beides Feiertage. Für eine tatsächliche Umsetzung der Abrede kommen daher drei Tage, nämlich der 28. und der 30. März B-7756/2015 Seite 88 sowie der 2. April 2013, in Frage. Auch die Sanktionsverfügung geht, wie oben (E. 11.2.1) dargelegt, von drei Tagen aus.

#### **E. 11.2.5**

Hinsichtlich des Standpunktes der Beschwerdeführerin, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien nicht strafbar, ist zunächst auf die gesetzliche Definition der Abrede zurückzukommen. Bezweckt wird eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nach der Rechtsprechung, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 9.3.1 m.H.). Bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bildet ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Willensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschläge, E. 4.1). Auch eine Abrede, die (noch) ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, gefährdet nämlich das Funktionieren desselben (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.6). Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden demnach die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei beschränkt oder beseitigt worden (vgl. oben E. 6.3.4). Da die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Abrede partizipierte, gefährdete sie das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs. Im Übrigen hat sie keinerlei Beweise dafür vorgelegt, dass die Abrede nicht angewendet worden wäre. Demzufolge erübrigen sich Erwägungen zur Frage, ob ein Nichtpraktizieren der Abrede eine Sanktionierung verhindern würde.

#### **E. 11.2.6**

In der angefochtenen Verfügung legte die Vorinstanz dar, die Sanktionierung müsse mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten, verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz auf den relevanten Märkten orientierten Basisbetrag ausrichte. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssten jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten widerspiegeln. Vorliegend kämen weder erschwerende noch mildernde Umstände in Betracht. Die Obergrenze des Basisbetrags liege für die [X. \_\_\_\_\_ AG] gemäss Art. 3 SVKG bei 10 % des Umsatzes, den das Unternehmen in den drei Geschäftsjahren vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt habe. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerbsverstoss nur drei Tage gedauert habe, sei dieser Betrag durch 365 geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert worden, woraus die

Sanktion resultiere (Sanktionsverfügung, Ziff. 391). Unklar bleibt, wie die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion von Fr. [...] genau berechnete. Zur konkreten Sanktionsbemessung hat sich die Beschwerdeführerin nicht geäußert.

#### **E. 11.2.7**

Sollte die Vorinstanz einerseits den Basisbetrag durch 365 geteilt, also mit Wochentagen gerechnet, andererseits aber beim Bestimmen des Multiplikators 3 für den Zeitraum der Umsetzung der Abrede von effektiven Arbeitstagen ausgegangen sein, wäre dies inkonsistent. Da das Ergebnis freilich im Rahmen des der WEKO zustehenden Ermessens liegt, braucht nicht weiter auf diesen Punkt eingegangen zu werden. Erschwerende oder mildernde Umstände im Sinne der Art. 5 und 6 SVKG erkannte die Vorinstanz zu Recht keine. Die Beschwerdeführerin machte schliesslich auch nicht geltend, eine Busse in der Höhe von Fr. [...] wäre für sie untragbar.

#### **E. 12**

Weiter vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, die im Dispositiv der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen seien unzulässig bzw. unverhältnismässig.

#### **E. 12.1**

In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat):

#### **E. 12.2**

Die Beschwerdeführerin argumentiert, es könnten ihr keine Massnahmen auferlegt werden, weil kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen worden sei. Wenn man aber einen Wettbewerbsverstoss unterstelle, wären die Massnahmen unverhältnismässig, denn: – Art und Intensität des konkreten, bestrittenen Kartellrechtsverstosses seien zu gering, um Massnahmen zu rechtfertigen. – Die Massnahmen seien weder geeignet noch notwendig. Falls man unterstelle, dass das ihr vorgeworfene „Verhalten“ überhaupt begonnen worden sei, wäre es wieder eingestellt worden, und Pauschalmassnahmen, die bereits durch das Gesetz erfasst seien, seien weder geeignet noch notwendig, um einen Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.

#### **E. 12.3**

Darauf erwidert die WEKO, sie sei der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen könne, wenn die anvisierten Verhaltensweisen im Verfügungszeitpunkt noch ausgeübt würden. Vielmehr müsse es genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt worden seien, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt hätten und ihre Wiederholung zu befürchten sei. Die WEKO könne daher auch präventiv Massnahmen anordnen, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt habe. Allein die Tatsache, dass die angeordneten Massnahmen ihrem Sinn und Zweck nach bereits im Kartellgesetz verankert seien, nehme ihnen die Eigenschaft zur Beseitigung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht. Vielmehr bestätige dies, dass es sich um geeignete Massnahmen und nicht um „allgemeine Pauschalmassnahmen“ handle. Andernfalls könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden, und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen würden. Die WEKO könne nicht ausschliessen, dass das Projekt „Repo 2013“ und die vereinbarte Konditionenliste in Zukunft angewandt oder dass inner- oder ausserhalb des VPVW preisrelevante Informationen ausgetauscht würden.

#### **E. 12.4**

Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahr 1994 zurück und ist seit dem 6. Oktober 1995 in Kraft. Der Gesetzgeber entschied sich für eine offene Formulierung, aus der sich weder ein Hinweis auf den Inhalt noch auf einen numerus clausus möglicher Massnahmen ergibt (siehe auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N. 25). Demnach haben die Behörden bei der Wahl der zu treffenden Massnahme einen weiten Entscheidungsspielraum (vgl. Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud, E. 19 m.H.; bezüglich Massnahme bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2). Die im konkreten Fall angeordneten Massnahmen müssen jedoch – wie jedes Vorgehen staatlicher Organe – den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: BEAT ZIRLICK / CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 30 N. 59 ff.; KENJI IZUMI / SIMONE KRIMMER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 30 N. 25; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 12; BILGER, S. 360). Im Kartellrecht steht als öffentliches Interesse der Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) im Vordergrund (vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 50 N. 10). Massnahmen nach Art. 30 KG dienen daher insbesondere dazu, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, Flughafen Zürich, E. 3.2 und 4.2.2; vgl. auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019, Les Editions Flammarion SA gg. Weko, E. 20; insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7).

#### **E. 12.5**

Die Erforderlichkeit von Massnahmen muss klar begründet sein. Weshalb die in Dispositiv-Ziff. 1 ihrer Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen erforderlich sein sollen, hat die WEKO aber nicht begründet. Gemäss Sanktionsverfügung konnte die strittige Abrede nur während kurzer Zeit, zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013, angewendet werden (vgl. oben E. 11.2.1). Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.4.4), kommen für eine tatsächliche Umsetzung der 28. und der 29. März sowie der 2. April 2013 in Frage. Nach der Beweislage wurde

B-7756/2015 Seite 92 das kartellrechtswidrige Verhalten im Zuge der Selbstanzeige aufgegeben. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass die Abrede über den 2. April 2013 hinaus praktiziert worden wäre. Ebensowenig ist eine Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

#### **E. 13**

In Ziff. 1 ihrer Rechtsbegehren hat die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 auch die Einstellung des Verfahrens beantragt.

Entsprechend den vorangehenden Erwägungen ist dieser Antrag als unbegründet abzuweisen.

#### **E. 14**

Die Beschwerdeführerin erklärt, die WEKO werfe den Verfügungsadressatinnen vor, das Verfahren im Sinne einer gemeinsamen Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs verzögert zu haben, was sie ihnen bei der Berechnung der Verfahrenskosten mindestens indirekt zum Nachteil ausgelegt habe.

##### **E. 14.1**

In Ziff. 168 ff. der Sanktionsverfügung hielt die Vorinstanz fest, die Parteien hätten oftmals mehrere Fristverlängerungen beantragt oder unbegründete Verfahrensanträge gestellt, welche das Verfahren de facto verzögert hätten. Der Inhalt der jeweiligen Antworten, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung, zum provisorischen Beweisergebnis oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats, deute ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin. Ferner habe das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen, sich zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zu äussern. Sie hätten aber alle Anregungen des Sekretariats abgelehnt, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen. Somit hätten die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung zu einer Verlängerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

##### **E. 14.2**

Art. 53a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 - 31 KG Gebühren erheben und sich diese nach dem Zeitaufwand bemessen. Im Einzelnen richtet sich die Auflegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren nach der Verordnung

B-7756/2015 Seite 93 über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2), welche der Bundesrat gestützt auf Art. 53a Abs. 3 KG erliess. Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich solche nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 GebV-KG). Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie solidarisch für die Gebühr (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004, AllgGebV, SR 172.041.1; vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018, Umbricht AG u.a. gg. Weko, E. 13.1.1). Hinter der Gebührenpflicht steht der Wille des Gesetzgebers, das für Beschwerdeverfahren geltende Unterliegerprinzip auch auf das erstinstanzliche Verfahren anzuwenden (BGE 128 II 247, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. BKW FMB Energie AG u. Reko Wef, BKW, E. 4.1 und 6.1).

##### **E. 14.3**

Mit Verfahrenskosten kann namentlich belastet werden, wer den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt und den Wettbewerbsbehörden dadurch Anlass gibt, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG zu treffen. Einer Kostenüberwälzung steht selbst dann nichts entgegen, wenn der Verursacher das beanstandete Verhalten beendet, so dass das Verfahren eingestellt werden kann. Sinngemäss unterliegt der Betreffende dabei, was eine Kostenaufgabe grundsätzlich erlaubt (BGE 128 II 247, BKW, E. 6.1). Allerdings wurde Art. 2 GebV-KG zu weit gefasst, und Art. 3 Abs. 2 GebV-KG zählt die Konstellationen der Gebührenfreiheit nicht abschliessend auf. So ermöglicht nicht jegliches Veranlassen einer Untersuchung die Auferlegung von Verfahrenskosten. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise, weil vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 KG es gestatten, kann der Auslöser nicht als unterliegend und damit kostenpflichtig betrachtet werden. Dann decken sich Unterlieger- und Verursacherprinzip nicht, weshalb letzteres zurücktritt. Unerlässlich für eine Überwälzung des Verfahrensaufwandes auf den Verursacher ist, dass das Unterlieger- und das Verursacherprinzip im konkreten Fall zum selben Schluss führen (BGE 128 II 247, BKW, E. 6.2; vgl. Urteil des BGer 2C\_869/2020 vom 27. Oktober 2021, SAS AB et al. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 7.2 m.H. auf das Urteil des BGer 2C\_973/2019 vom 27. Januar 2019, Einzelunternehmen A.

B-7756/2015 Seite 94 gg. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Schweizerische Akkreditierungsstelle SAS, betr. Verwaltungsgebühr, E. 2.3.2).

#### **E. 14.4**

Durch Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede hat die Beschwerdeführerin das erstinstanzliche Verfahren mitverursacht. Umstände, welche nach Gebührenfreiheit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GebV-KG oder nach einer Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten rufen würden, bestehen nicht. Wie oben dargelegt (E. 5.2.4), hatte das Sekretariat der Beschwerdeführerin rund ein Jahr Bedenkzeit hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eingeräumt. Die Beschwerdeführerin aber schob eine definitive Stellungnahme oder entsprechende eigene Vorschläge immer wieder hinaus. Angesichts dessen muss gefolgert werden, dass das Verfahren (auch) seitens der Beschwerdeführerin unnötigerweise in die Länge gezogen wurde. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin weder eine konkrete, bezifferbare Kostenreduktion beantragt, noch eine dahingehende substantiierte Begründung vorgebracht. Ebensowenig lassen sich entsprechende Faktoren ausmachen. Daher ist die angefochtene Verfügung bezüglich der Beschwerdeführerin im Kostenpunkt zu bestätigen.

#### **E. 15.1**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Sanktion unterliegt, hinsichtlich der Massnahmen aber obsiegt, sind die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.– (einschliesslich der Kosten für die Zwischenverfügung vom 24. März 2016) um Fr. 1'000.– auf Fr. 5'000.– zu ermässigen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 6'000.– sind ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'000.– zurückzuerstatten.

## **E. 15.2**

Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine reduzierte Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des

B-7756/2015 Seite 95 Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2), welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest. Entsprechend dem Urteil B-5293/2014 des BVGer vom 13. April 2016 ist zu berücksichtigen, dass ein Teil des Aufwandes für das vorliegende Verfahren von der Beschwerdeführerin und einer weiteren Untersuchungsadressatin, welche die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 ebenfalls angefochten hat, offensichtlich gemeinsam bestritten wurde, zumal beide durch den selben Anwalt vertreten sind. Vor diesem Hintergrund erscheint eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen. (Dispositiv nächste Seite)

B-7756/2015 Seite 96

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