

BVGer B-7834/2015 vom 19. Oktober 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7834_2015_d20151019

FR: TAF B-7834/2015 du 19 octobre 2015

IT: TAF B-7834/2015 del 19 ottobre 2015

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015
(Untersuchung 22-0439)

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.).

B-7834/2015 Seite 10

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

E. 1.3

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

B-7834/2015 Seite 94

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 (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,

B-7834/2015 Seite 11 nachfolgend „Botschaft KG 1995“). Folglich ist die Z. _____ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

E. 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 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 Q. _____ AG als Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Notwendigerweise hätten sich die unabhängigen Händler an den Preisen des Retailbereichs der Q. _____ AG orientieren müssen. Dementsprechend hätte die Q. _____ AG 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-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, die Beschwerdeführerin betreffend, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019, insbesondere E. 2.5.3; vgl. BGE 145 II 259 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).

B-7834/2015 Seite 12 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 Voreingemessenheit sowie eine Vorverurteilung in der Öffentlichkeit geltend.

E. 5.1

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

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.

B-7834/2015 Seite 13 Ohne weitere Prüfung und ohne Nachweis erachte es die Vorinstanz als „zweifellos“ 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. Zu keinem Zeitpunkt habe sich

die Beschwerdeführerin an einer Abrede über einen Wettbewerbsparameter beteiligt. Aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sei eine Wettbewerbsabrede von vornherein ausgeschlossen. Eine Kalkulationshilfe und die Darstellung der Erstofferte könnten diesen Zweck auch gar nicht erfüllen. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin an den Stammtischen eine eigene Präsentation gezeigt, die von derjenigen vom 11. Februar 2013, welche die WEKO ihr vorhalte, abweiche. Die Präsentation der Beschwerdeführerin habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand gehabt. 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. 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 Protokollaussagen 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 Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns

B-7834/2015 Seite 14 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 Protokollaussage der Selbstanzeigerin beruhten, seien immer durch andere Beweismittel gestützt. 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.

B-7834/2015 Seite 15 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. 12ⁿN. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119 f.). 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

B-7834/2015 Seite 16 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 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 Parteistandpunkte 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

B-7834/2015 Seite 17 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 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 Selbstanzeigerin (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 rechtliche 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 Sekretariat 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.

B-7834/2015 Seite 18 Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mail-Verkehr. Selber reichte die Beschwerdeführerin allerdings keine ergänzenden E-Mails ein, welche die rechtliche Würdigung des inkriminierten 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 angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine formelle Rechtsverletzung der Vorinstanz im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes bestehen keine, zumal die WEKO nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast und das zu erfüllende Beweismass anerkannt hat. Ihr kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil der Beschwerdeführerin 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 materiellen 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 Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 1.1.2, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 3.2.5, sowie 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 anderen 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

B-7834/2015 Seite 19 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 entlastenden 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,

B-7834/2015 Seite 20 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 Verfügung über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt. Durch die vorzeitige Entlassung der Q._____ AG 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 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 Vernehmung dargelegt, sei die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte „bereitwillige Kooperationsbereitschaft“ wegen ihres Verhaltens während der Untersuchung fraglich.

B-7834/2015 Seite 21

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 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

B-7834/2015 Seite 22 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_525/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.3 und des BVer B-5113/2016 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 20. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. 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. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 an die Vorinstanz lehnte die Beschwerdeführerin die ihr unterbreitete einvernehmliche Regelung ab. In einem Brief an die Vorinstanz vom 17. Januar 2014 hielt sie jedoch fest, sie 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 ihrer Stellungnahme

vom 28. Februar 2014 hielt die Beschwerdeführerin gegenüber dem Sekretariat fest, sie habe die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung zu keinem Zeitpunkt abgelehnt. Allein die einvernehmliche Regelung in der Form, wie sie die Wettbewerbsbehörde bereits

B-7834/2015 Seite 23 vor den ersten Parteianhörungen verfasst und in der Folge erneut sowie unverändert im Herbst 2013 zugestellt habe, werde abgelehnt. Es liege an der Wettbewerbsbehörde, das Verfahren weiterzuführen. Nichtsdestotrotz werde die Beschwerdeführerin die Wettbewerbsbehörde weiterhin über allfällige parallel verlaufende Bemühungen ihrerseits für eine einvernehmliche Regelung informieren. In einer Stellungnahme vom 22. August 2014 zu Verfahrensunterlagen der Beschwerdeführerin erklärte die Vorinstanz, sie erinnere gerne an die Möglichkeit, einen Gegenvorschlag zu dem vom Sekretariat am 8. Oktober 2013 zugestellten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung einzureichen, falls die Beschwerdeführerin ein aktuelles und konkretes Interesse am Abschluss einer solchen habe. Das Sekretariat sei nach wie vor bereit, über eine einvernehmliche Regelung zu verhandeln, sofern die Beschwerdeführerin ihre Bereitschaft dazu mitteile. Mangels eines solchen Vorschlags in den folgenden drei Wochen gehe das Sekretariat davon aus, dass die Beschwerdeführerin an einer einvernehmlichen Regelung nicht interessiert sei. Laut einer Telefonnotiz vom 9. September 2014 erwartete das Sekretariat bis spätestens 20. September 2014 eine Rückmeldung seitens der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung. Eine solche kam jedoch nicht zustande, nachdem die geforderte Rückmeldung ausgeblieben war. Einzig die Selbstanzeigerin schloss eine einvernehmliche 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 Sekretariatsentwurf 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 ursprünglichen einvernehmlichen Regelung zu unterzeichnen. Kommt eine einvernehmliche Regelung innert nützlicher Frist nicht zustande, so unterbreitet das Sekretariat der WEKO einen Antrag, und diese entscheidet mittels Verfügung (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 604). Es 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 Unternehmen B-7834/2015 Seite 24 verpflichtet, eine solche einzugehen (Urteil des BGer 2C_525/2018 vom

E. 5.2.5

Hinsichtlich der Rüge einer überstürzten Information der Öffentlichkeit 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 abgehandelten 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.

B-7834/2015 Seite 25 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_525/2018 vom 8. Mai 2019 (die gleiche Beschwerdeführerin wie im vorliegenden Verfahren B-7834/2015 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 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

Die Beschwerdeführerin erklärt, die Vorinstanz würde kaum eine Untersuchung eröffnen und gleich im Anschluss daran die Öffentlichkeit informieren, man gehe von einem kurzen Verfahren aus, wenn sie damit gerechnet hätte, dass kein Kartellrechtsverstoss festzustellen sei. 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):

B-7834/2015 Seite 26 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 Verfügungsadressatinnen 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 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

B-7834/2015 Seite 27 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 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

B-7834/2015 Seite 28 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 BVGer 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 WEKO habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie habe keine tatsächlich vertretungsbefugte Person der Beschwerdeführerin angehört. 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 266, Gemeinde Riniken u.a. gg. Axpo AG und Bundesamt für Energie, Riniken, E. 3.2 m.H., Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1 m.H. und

BERNHARD WALDMANN / JÜRIG BICKEL, in: Waldmann / Weisenberger, 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

B-7834/2015 Seite 29 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 verfahrensliehende 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 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).

B-7834/2015 Seite 30 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 In-

stanz. 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 BVGer 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 BGer 9C_419/2007 vom 11. März 2008, A. gg. Winterthur-Columna Sammelstiftung 2. Säule, E. 2.2; Urteile des BVGer 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).

E. 5.4.2

Zunächst ist auf die Rüge der Anhörung eines nicht (allein) Vertretungsberechtigten einzugehen.

E. 5.4.2.1

Zur Begründung legte die Beschwerdeführerin dar, am 24. August und am 7. September 2015 habe die Vorinstanz mit den Verfügungsadressatinnen je ein Hearing durchgeführt, sich aber trotz entsprechenden Antrags geweigert, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person der Beschwerdeführerin anzuhören. Der von der Vorinstanz geladene Geschäftsleiter sei nicht allein vertretungsbefugt gewesen und habe somit nicht für die Beschwerdeführerin aussagen können.

E. 5.4.2.2

In ihrer Vernehmlassung entgegnete die WEKO, als Geschäftsführer der Z._____ AG sei [...] die einzige Person dieses Unternehmens

B-7834/2015 Seite 31 gewesen, welche in der betroffenen E-Mail-Korrespondenz erschienen sei; er habe den Stammtisch für die Regionen [...] und [...] am 26. März 2013 allein geleitet. Die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats auch keine anderen Personen erwähnt, welche an dem ihr vorgeworfenen Verhalten beteiligt gewesen wären. Zudem sei ihr Geschäftsleiter bereits im Rahmen der Parteieinvernahme durch das Sekretariat als Vertreter der Beschwerdeführerin vernommen worden. Diese habe weder damals noch in ihrer Beschwerde entsprechende Einwände geltend gemacht. Schliesslich habe sie während der gesamten Untersuchung nie andere Personen bestimmt, welche in ihrem Namen hätten aussagen können. Das erst in der Beschwerde geltend gemachte Vorbringen, der Geschäftsleiter sei nicht allein vertretungsberechtigt und habe somit nicht für die Beschwerdeführerin aussagen können, sei daher widersprüchlich und verletze den Grundsatz von Treu und Glauben. Im Übrigen sei das System der Kollektivunterschrift ein Mittel, um Missbrauch von Vertretungsbefugnis zu verhindern. Dies gelte aber nicht für die Bestimmung des Unternehmensvertreters, welcher durch die Wettbewerbsbehörde einvernommen oder angehört werde.

E. 5.4.2.3

Hinsichtlich der Rüge, die WEKO habe sich trotz Antrags gewei- gert, am 24. August und am 7. September 2015 eine tatsächlich vertre- tungsbefugte Person anzuhören, muss zunächst auf das Schreiben des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 7. August 2015 verwiesen werden. Darin informierte dieser die WEKO, an der Anhö- rung vom 24. August 2015 würden voraussichtlich er selbst sowie zwei oder drei weitere Rechtsvertreter teilnehmen, an derjenigen vom 7. Sep- tember 2015 wiederum er selbst sowie der Geschäftsleiter der Beschwer- deführerin und ein oder zwei weitere Rechtsvertreter. Bezugnehmend auf dieses Schreiben liess die Vorinstanz den beschwerdeführerischen Anwalt mit E-Mail vom 12. August 2015 wissen, zur Teilnahme an der Anhörung der Beschwerdeführerin seien nur deren Geschäftsleiter und gegebenen- falls bevollmächtigte Rechtsvertreter zugelassen [„nur“ im Original unter- strichen, „bevollmächtigte Rechtsvertreter“ in Fettschrift]. In einem E-Mail vom 17. August 2015 an die Vorinstanz erwiderte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, mit Befremden habe er das Schreiben der WEKO so- wie die Festlegung der anzuhörenden Personen zur Kenntnis genommen; er mache darauf aufmerksam, dass die von ihm eingereichte Anwaltsvoll- macht, wie üblich im Schweizer Recht, die Möglichkeit beinhalte, sich sub- stituieren zu lassen, weshalb es keiner weiteren Vollmachten bedürfe. Ei- nen Antrag, statt oder neben dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin

B-7834/2015 Seite 32 sei eine andere Person anzuhören, stellte er dabei jedoch nicht. Ebenso- wenig thematisierte er die Frage der (kollektiven) Vertretungsbefugnis mit Blick auf die Organe seiner Klientin. Erst bei der Anhörung des Geschäfts- leiters der Beschwerdeführerin durch die WEKO am 7. September 2015 tat er dies. Im Protokoll gleichen Datums findet sich dazu folgende Passage (Zitat): Zudem möchte er zu Händen des Protokolls festhalten, dass den Organen der Z._____ AG entgegen seinem Antrag verwehrt worden sei, an diesem Hea- ring teilzunehmen. Er verweist auf eine E-Mail des Sekretariats, dass man nur Herrn [Geschäftsleiter der Z._____ AG] anhören wolle, obwohl dieser nicht allein vertretungsberechtigt sei. Einerseits lässt sich den Akten also nicht entnehmen, dass die Beschwer- deführerin schon vor der Anhörung ihres Geschäftsleiters vom 7. Septem- ber 2015 geltend gemacht hätte, dieser sei nicht "allein vertretungsberech- tigt" und / oder dass sie um Anhörung sonstiger Personen, namentlich von Organvertretern, ersucht hätte. Andererseits hat sie die fehlende Alleinver- tretungsbefugnis ihres Geschäftsleiters auch nicht erst in ihrer Beschwerde zur Sprache gebracht. Allerdings trifft es zu, dass die Beschwerdeführerin, wie die WEKO bemerkte, nie die Anhörung einer bestimmten anderen Per- son beantragt hat. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die WEKO habe sich geweigert, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person anzuhören. Ausserdem hätte die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Begehren um Anhörung namentlich bezeichneter Personen in einem frühe- ren Verfahrensstadium, jedenfalls vor der Anhörung vom 7. September 2015, stellen können. Wenn sie sich nun in ihrer Beschwerde auf eine an- gebliche Weigerung der Vorinstanz, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person anzuhören, beruft, so setzt sie sich damit in Widerspruch zum Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, an den auch Private im Verkehr mit Behörden gebunden sind (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. etwa BGE 143 V 66 E. 4.3). Abgesehen davon ist festzuhalten, dass die ausschliessliche Anhörung des nicht "allein vertretungsberechtigten" Geschäftsleiters entgegen der Mei- nung der Beschwerdeführerin als zulässig erscheint. Deren Einwand be- zieht sich nämlich auf die kollektive Zeichnungsberechtigung von Mitarbei- tern eines Unternehmens im

kaufmännischen Verkehr (vgl. Art. 32 ff., 458 ff., insbesondere 460 Abs. 2, des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220). Wäre Einzelvertretungsbefugnis erforderlich, könnte in vielen Fällen kaum jemand oder jedenfalls keine geeignete Person befragt werden. Ausserdem dient die privatrechtliche Regelung der kaufmännischen

B-7834/2015 Seite 33 Vertretung einem Sicherheitsbedürfnis des Unternehmens im Geschäftsverkehr, nicht aber dazu, den Kreis aussagebefugter Unternehmensvertreter im Kartellverwaltungsverfahren zu bestimmen. Ob Kollektiv- oder Einzelzeichnungsberechtigung vorliegt, ist hingegen für eine Befragung, wie sie hier zur Debatte steht, irrelevant. Im Übrigen haben die Wettbewerbsbehörden gestützt auf Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 40 KG eine weite Befugnis, natürliche Personen einzuvernehmen.

E. 5.4.3

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

E. 5.4.3.1

Die Beschwerdeführerin legt zur Begründung 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 „Wohllollen“ 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 sei, 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 der

B-7834/2015 Seite 34 Leiter Dealer Operations 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. Aufgrund der Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 sei die Selbstanzeigerin im September 2015 nicht rechtswirksam vorab aus dem Verfahren entlassen worden und daher immer noch Partei gewesen. Daraus ergäben sich die entsprechenden Konsequenzen für die Aussagepflichten auf Seiten der Selbstanzeigerin. 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 müssen, ob zwischen den Parteien überhaupt eine Absprache vorgelegen habe. Damit sei das rechtliche Gehör in unzureichender Weise gewährt worden.

E. 5.4.3.2

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 gehörten, habe nur ein Vertreter dieser Abteilung solche Fragen beantworten können. Deshalb habe die Vorinstanz [...], den CEO der Selbstanzeigerin, vorgeladen. Diese habe ihr mitgeteilt, dass er den Anhörungstermin voraussichtlich nicht wahrnehmen könne und sinnvollerweise [...], der Leiter Dealer Operations, vorzuladen wäre. Da die Selbstanzeigerin keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei, sei sie von der Vorinstanz als Zeugin angehört worden. Die Vorinstanz 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. 5.4.3.3

Mit Blick auf die für den 21. September 2015 vorgesehene Anhörung der Selbstanzeigerin erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in einer Eingabe an die WEKO vom 17. September 2015, Herrn [...; Leiter Dealer Operations] fehle als Vertreter von [Q._____ AG] Import jegliche Kenntnis namentlich des untersuchten Gegenstandes sowie des Retailmarktes. Als Auskunftsperson sei er ungeeignet, weshalb Sinn und

B-7834/2015 Seite 35 Zweck der Anhörung in Frage gestellt würden. Unverständlich sei auch, warum die WEKO mit dem Leiter Dealer Operations just jene Person vorlade, welche darüber entscheide, wer als Vertriebspartner der Selbstanzeigerin auch weiterhin über Händler- und Werkstattverträge verfüge. Zur erwähnten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. September 2015 äusserte sich die Vorinstanz nicht. Implizite wies sie die darin enthaltenen Bemerkungen durch die Einvernahme des Leiters Dealer Operations der Selbstanzeigerin am 21. September 2015 jedoch zurück, ohne besondere Anordnungen im Sinne des zitierten Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin getroffen zu haben. Freilich erscheinen deren schriftliche Ausführungen vom 17. September 2015 vage. Einen Antrag, näher bezeichnete Personen aus dem Unternehmen der Selbstanzeigerin vorzuladen, stellte sie nicht, obwohl sie den Leiter Dealer Operations als ungeeignete Auskunftsperson charakterisiert hatte. Ihr Rechtsbegehren beschränkte sich vielmehr darauf, begleitende Schutzmassnahmen im Kontext der Anhörung der Selbstanzeigerin zu verlangen. Erst anlässlich des Beschwerdeverfahrens erklärte sie, „wenn schon, hätte [die WEKO] [...] von [Q._____ AG] Retail vorladen müssen“. Wiederum handelt es sich folglich um eine verspätet vorgebrachte Rüge, auf welche nicht näher einzugehen ist (Art. 5 Abs. 3 BV). 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. 5.4.3.4

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

B-7834/2015 Seite 36 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. 5.4.4

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. 5.4.4.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, am 7. September 2015 seien die Parteien aufgefordert worden, ihre Verfügbarkeit am angesetzten Termin vom 21. September 2015 bis zum 9. September 2015 bekanntzugeben. Ohne die Reaktionen abzuwarten und trotz der Ersuchen der Parteien, den Termin zu verschieben, habe ihn die WEKO am 8. September 2015 bilateral mit der Selbstanzeigerin bestätigt. Auf die Einwände bezüglich des Termins und der vorgeladenen Person sei sie nicht eingegangen.

E. 5.4.4.2

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. 5.4.4.3

Zur Festsetzung des Termins für die Anhörung der Selbstanzeigerin führte die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung (Ziff. 183 ff.) Folgendes aus (Zitat): Anlässlich ihrer Anhörung am 7. September 2015 beantragte die Z._____ AG die Anhörung der Q._____ AG durch die WEKO. [...] Die WEKO beauftragte das Sekretariat, die Anhörung der Q._____ AG anlässlich der nächsten Plenarsitzung am 21. September 2015 zu organisieren. Mit E-Mail vom gleichen Tag informierte das Sekretariat die Parteien und Q._____ AG darüber und forderte sie auf, bis am 9. September 2015 mitzuteilen, ob sie an der Anhörung der Q._____ AG teilnehmen werden. Nach Rücksprache mit der Q._____ AG bestätigte das Sekretariat den Anhörungstermin für den 21. September 2015 um 14 Uhr und teilte dies den Parteien am 8. September 2015 per E-Mail mit. Der Rechtsvertreter der Z._____ AG teilte am 8. September 2015 per E-Mail dem Sekretariat mit, dass es ihm „aufgrund der Kurzfristigkeit der anberaumten Anhörung [...] fast unmöglich [mache] daran teilzunehmen“, da er am Montagnachmittag sechs Stunden Vorlesungen an der ZHAW in Winterthur habe und in sieben Arbeitstagen einen Ersatz zu finden ihm kaum möglich sei. [...] Mit Schreiben vom 10. September 2015 (am gleichen Tag vorab per E-Mail gesendet) lud das Sekretariat die Parteien zur Anhörung der Q._____ AG

B-7834/2015 Seite 38 am 21. September 2015 um 14:30 Uhr ein. Das Sekretariat wies die Parteien zudem darauf hin, dass sie die Möglichkeit hätten, anlässlich der Anhörung der Q._____ AG Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, bis am 18. September ihre Fragen an die Q._____ AG, welche dann vom Präsidenten anlässlich der Anhörung gestellt werden könnten, einzureichen. [...] Eine mündliche Anhörung der Selbstanzeigerin hätte die Beschwerdeführerin früher fordern können, nicht erst bei ihrer eigenen Anhörung vom 7. September 2015. Insofern trägt sie zumindest eine gewisse Mitverantwortung für die dargestellte Terminkollision. Deshalb bleibt es ihr unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verwehrt, sich erfolgreich auf eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs zu berufen. Abgesehen davon konnte sich der Anwalt der Beschwerdeführerin – wie in der zitierten Passage der Sanktionsverfügung festgehalten – substituieren lassen. Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung erscheinen Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar. Schliesslich 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). Sodann ist daran zu erinnern, dass die WEKO der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gab, vorgängig schriftliche Fragen einzureichen, welche 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

B-7834/2015 Seite 39 Parteien dar. Diese Verletzung der Unschuldsvermutung sei besonders heikel, weil im Kartellrecht aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Sanktionen die allgemeinen (Verfahrens-) Grundsätze des Strafrechts gäl-

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. Ebenso wenig 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 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 BVGer 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.).

B-7834/2015 Seite 40 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

mitzuberücksichtigen 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 Amstutz / 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 Unschuldsvermutung, 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

B-7834/2015 Seite 41 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. 6. 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. 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).

B-7834/2015 Seite 42 6.2 Nach dem auch im Kartellverwaltungsverfahren 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). 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. 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 BGer 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). 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

B-7834/2015 Seite 43 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, Publigruppe, 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 naturgemäss 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.). 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

B-7834/2015 Seite 44 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.). 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 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 Be-

weisführungslast 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.).

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.).

6.5 Die allgemeinen Beweisregeln gelten auch, wenn eine Selbstanzeige vorliegt (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 6.5.4.3) und damit für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Ob

B-7834/2015 Seite 45 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. Ebensowenig 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 BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 6.5.5.4 m.H.).

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 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 Erststoffe 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.

B-7834/2015 Seite 46

E. 6

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.

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 Kartellverwaltungsverfahren 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.

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 BGer 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 naturgemäss 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 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 BVGer 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 BVGer 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 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.

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 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, welcher allenfalls strukturiert zu gestalten gewesen sei, um mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen. Es sei den Händlern mithin freigestellt gewesen, 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. Der Austausch unter den Parteien habe folglich nicht zu einer Sanktionierung führen können, denn er habe keinen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand gehabt. Dass es die Vorinstanz versäumt habe, nebst den Informationen des Kronzeugen eine Kalkulationshilfe der Beschwerdeführerin

B-7834/2015 Seite 47 zu finden und zu den Akten zu geben, 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 ihre Preisführerschaft aufmerksam gemacht habe. Erklärbar sei dieses Untätigbleiben der Vorinstanz nur mit dem vorgefassten Ergebnis der Untersuchung. Als zentrales Indiz bezeichne die Vorinstanz neben der Konditionenliste die Präsentation, welche am 11. Februar 2013 erstellt und versandt worden sein solle (Ziff. 34 der Sanktionsverfügung). Die Beschwerdeführerin habe dargelegt, dass sie die von der Vorinstanz erwähnte Präsentation nie selbst verwendet habe. Insbesondere habe sie weder die entsprechende Präsentation noch die Konditionenliste an Stammtischen abgegeben. Dass die Beschwerdeführerin die besagte Konditionenliste und die Präsentation nie verwendet habe, übersehe die Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin habe an den Stammtischen eine eigene Präsentation gezeigt. Diese weiche von der Präsentation (gemäss Vorinstanz) vom 11. Februar 2013 ab und habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand. Eine angebliche Vereinheitlichung der Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen sei von den Parteien stets bestritten und von der Vorinstanz nicht ansatzweise belegt worden (Ziff. 234-238 der Sanktionsverfügung). 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 Wettbewerbsabrede sei schliesslich auch gar nicht geeignet gewesen, eine solche zu bezwecken oder zu bewirken. Eine Kalkulationshilfe und die Darstellung einer Erstofferte könnten diesen Zweck gar nicht erfüllen. Ergänzend erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, die Konditionenliste habe die Händler in Bezug auf die Gewährung von Rabatten nicht eingeschränkt. Die Händler hätten immer die Möglichkeit, Rabatte zu ge-

B-7834/2015 Seite 48 wahren. In der Konditionenliste seien entsprechende Rabatte explizit aufgeführt worden: Kundenrabatte, Mengenrabatte, Ausstellungsrabatte, Rabatte für Lagerfahrzeuge 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 ihr

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. 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 Selbstanzeigerin gegen ihre Handelspartner auseinandersetze, wobei diese versuche, die eigenen Retailbetriebe besserzustellen und deren Position auf dem Retailmarkt zu stärken.

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, es gehe um eine vereinbarte Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen, also um Beiträge und Prozentsätze für die Offertstellung, die im Rahmen der Verkaufsverhandlungen mit den Endkunden hätten verwendet werden müssen. Somit handle es sich nicht um Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder um eine Bestimmung der Preise oder einen Austausch über die Kostenrechnung. Die vereinbarte Konditionenliste könne also nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden. Es liege daher eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 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

B-7834/2015 Seite 49 Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens (die Reduzierung der Preisnachlässe um 2 %) gewesen sei. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der Selbstanzeigerin gelte es, wie bereits in der angefochtenen Verfügung dargelegt, Folgendes klarzustellen: Zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen für das Bezwecken oder das 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 abgehalten. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne jedoch 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 Q._____ AG die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt hätten und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q._____ AG] Retail orientiert hätten. Die Tatsache, 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._____] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die

vorliegende Wettbewerbsabrede abzuschliessen, da ihnen durch das koordinierte Wettbewerbsverhalten ein Vorteil (Gewinn) habe zukommen 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 hielt die WEKO fest, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin seien ihre Händler- und Serviceverträge mit der Q. _____ AG gemäss ihren eigenen Aussagen bereits Ende Juni 2014 gekündigt worden. Das Verfahren gegenüber der Q. _____ AG sei jedoch

B-7834/2015 Seite 50 erst mit der Verfügung vom 8. August 2014 abgeschlossen worden, also mehr als einen Monat nach den oben erwähnten Kündigungen. Zudem erkläre die Beschwerdeführerin den Zusammenhang zwischen diesen Vertragskündigungen und dem untersuchten Sachverhalt, welcher Gegenstand der angefochtenen Verfügung sei, nicht. Die Tatsache, dass die Q. _____ AG ihr Vertragsverhältnis mit der Beschwerdeführerin mehr als ein Jahr nach dem Abbruch des Projekts "Repo 2013" beendet habe, vermöge deren Teilnahme an der in der angefochtenen Verfügung festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabrede nicht in Frage zu stellen oder zu rechtfertigen. Aus den Beweismitteln gehe klar hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe sowie minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erststofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart, zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation „Projekt Repo 2013“ gehalten hätten. Die Vorabklärung „22-0449: [Q. _____ AG] Vertriebsnetz“ und die Untersuchung „22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013“ seien voneinander unabhängig. Eine Beurteilung des in der Untersuchung „22-0439 VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013“ sanktionierten Verhaltens der Beschwerdeführerin und der anderen beteiligten Unternehmen sei auch nicht Gegenstand der Vorabklärung „22-0449: [Q. _____ AG] Vertriebsnetz“. Im Rahmen dieser Vorabklärung untersuche das Sekretariat der WEKO das Vertriebsnetz und das Verhalten von [Q. _____ AG] Import gegenüber deren Handels- und Servicepartnern. Thema der Untersuchung „22-0439. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013“ sei hingegen die Vereinbarung einer Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zwischen zugelassenen Händlern der Q. _____ AG, an welcher sich die Beschwerdeführerin beteiligt habe.

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

B-7834/2015 Seite 51 (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 (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, Türbeschlüsse, 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

B-7834/2015 Seite 52 der Verhaltenskoordination erfassen, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lassen. 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, Türbeschlüsse, 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

B-7834/2015 Seite 53 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.). 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, damit ein Unternehmen den Status einer Selbstanzeigerin erlangen könne, dürfe es keine anstiftende oder führende Rolle innehaben. Als Managing Director von [Q. _____ AG] Retail habe [...] aber eine solche Rolle eingenommen. Aus mehreren E-Mails werde ersichtlich, dass er die treibende Kraft gewesen sei. Er habe koordiniert und zudem die Empfänger seiner E-Mails wiederholt angestiftet, indem er Schreiben aufgesetzt, Listen verschickt und über seine internen Kommunikationsvorkehrungen informiert habe, was die Empfänger gewissermassen motiviert und unter Druck gesetzt habe, dasselbe zu tun. Von ihm sei der Erstversand einer Konditionenliste per E-Mail ausgegangen, d.h. das tatsächliche Konkretisieren und

Ansetzen zum Startschuss. Die Relevanz der Rolle der Q._____ AG zeige sich auch daran, dass die endgültige Konditionenliste überwiegend ihrer unilateral erstellten Liste entsprochen habe. Weiter sei zu berücksichtigen, dass sich die „unabhängigen“ Händler notwendigerweise an den Preisen von [Q._____ AG] Retail orientieren müssten, da sie von der [Q._____ AG] Import, welche bekanntlich zu ein- und demselben Konzern angehöre, abhängig seien, dass die Q._____ AG mithin Preisführerin sei. Dieser Umstand habe die Wirkung

B-7834/2015 Seite 54 der Bemühungen von [Managing Director] auf die anderen Verfahrensbe- teiligten verstärkt. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass der „Grosse“ kleine Unternehmen aufgrund seiner Marktmacht zu möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen veranlasse und anschliessend über das Bonusprogramm straflos ausgehe. Die ratio legis sei es bestimmt nicht gewesen, dass der Konzern [...], zum dem die Kronzeugin gehöre, in der Folge die Vertragsbeziehungen zu den anderen noch unabhängigen Un- ternehmen – wie der Beschwerdeführerin – kündige und damit seine ei- gene Marktmacht stärke.

E. 8.4.2

Nach Auffassung der Vorinstanz lässt sich aus der E-Mail-Korrespon- denz zwischen den Parteien nicht schliessen, dass [Managing Director] bzw. die Selbstanzeigerin eine anstiftende oder führende Rolle beim inkri- minierten 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 Vo- raussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfüllt seien, treffe daher nicht zu. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin gleichzeitig in den Bereichen Im- port und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ih- ren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die an- deren beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q._____ AG] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die ihnen vorgeworfene Wett- bewerbsabrede zu vereinbaren, da ihnen dadurch ein Vorteil habe zukom- men können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien Mehrein- nahmen von ca. Fr. 75'000.– pro 100 Einheiten vorgesehen gewesen. Herr [R._____ AG] habe sogar von „einer Chance von ca. 24 Mio.“ gespro- chen. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht die Einzige sei, der die Q._____ AG den Händler- bzw. den Servicevertrag gekün- digt habe. Die ersten Resultate der entsprechenden Vorabklärung zeigten, dass die in den letzten Jahren von der Q._____ AG ausgesprochenen Kündigungen zu einer geplanten Umstrukturierung ihres Netzes von Han- delspartnern gehörten und von dem in der Untersuchung „22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013“ beanstandeten Verhalten unabhängig

B-7834/2015 Seite 55 seien. Die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen werde im Rah- men der Vorabklärung „22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz“ geprüft.

E. 8.4.3

Vorab ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Selbstanzeige- rin 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).

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,

B-7834/2015 Seite 56 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._____ 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 [ihre] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt 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.

B-7834/2015 Seite 57 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).

E. 8.4.4.2

Laut Anhörungsprotokoll der Vorinstanz vom 7. September 2015 erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, KMU-Garagen hätten von Anfang an keine Chance, im Grossflottenbereich tätig zu sein. Diesen lukrativen Markt habe sich [Q._____ AG] selbst vorbehalten. Für Unternehmen wie die Beschwerdeführerin bleibe das sog. Kleinflottengeschäft übrig. Zur Erstellung entsprechender Offerten habe die Beschwerdeführerin Preislisten von [Q._____ AG]. Entweder orientiere sie sich daran und erhalte eine Rückvergütung für den Vertragsschluss oder sie offeriere tiefer und verliere die Rückvergütung des Importeurs, der einen Anteil von [...] % am Retailmarkt

habe.

B-7834/2015 Seite 58 Weiter argumentiert die Beschwerdeführerin, aufgrund des hohen Markt- anteils verfüge die Selbstanzeigerin nicht nur über eine grosse Macht und ein flächendeckendes Vertriebsnetz, sondern auch über Grössen- und Ver- bundvorteile, welche die von ihr unabhängigen zugelassenen Händler der VW-Marken nicht nutzen könnten. Die Struktur und die Abhängigkeiten im Markt für den Verkauf der von der Selbstanzeigerin importierten Fahrzeug- marken deuteten ebenfalls auf Preisführerschaft hin. Die Selbstanzeigerin sei vertikal integriert. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Verfügungs- adressatinnen seien Konkurrentinnen von [Q. _____ AG] Retail. Diese gehöre zur Selbstanzeigerin, ebenso wie die [Q. _____ AG] Import, wel- che alle zugelassenen Händler (sowohl unabhängige, wie die Verfügungs- adressatinnen, als auch [Q. _____ AG]-Retail-Betriebe) beliefe. Folg- lich sei die Selbstanzeigerin zugleich Konkurrentin und Lieferantin, was eine Abhängigkeit der zugelassenen Händler von ihrer grössten Konkur- rentin bedeute. Durch die vertikale Integration der Selbstanzeigerin verfüg- ten deren eigene Retailbetriebe hinsichtlich der Entwicklung der Modellpa- lette, der Einführung von Sondermodellen etc. über privilegierte Bezugs- konditionen und einen grossen Informationsvorsprung gegenüber den un- abhängigen zugelassenen Händlern. Dies erlaube es der Selbstanzeigerin, im Intra-brand-Wettbewerb eine führende Rolle zu übernehmen.

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 gel- tend, 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 Ver- fügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglic- erweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhal- ten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt be- stünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass ein gros- ser Teil des Projekts „Repo 2013“ von der [R. _____ AG] vorbereitet und organisiert worden sei. So habe Herr [R. _____ AG] die Diskussion wäh- rend der VW PW MVR-Tagung und die Idee des Projekts „Repo 2013“ für

B-7834/2015 Seite 59 die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu en- gagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemein- same Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbrei- tet. 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 Ur- heber des Projekts „Repo 2013“ auszeichne. Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Un- ternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbe-

schränkung (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-7834/2015 Seite 60

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], [...] (Geschäftsführer der Y._____ AG), [X._____ AG] und [...] (Geschäftsführer der Z._____ AG) äusserte sich [Q._____ AG] betreffend „Konditionenliste nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]“ folgendermassen (auszugsweise zitiert): Wenn ich mir nun die Konditionen anschau, dann haben wir bei den Detailkunden 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-7834/2015 Seite 61 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 [...] 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-7834/2015 Seite 62 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, [Q._____ AG] 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 [Selbstanzeigerin] 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 [Selbstanzeigerin] 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-7834/2015 Seite 63 [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 informierte [R._____ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [X._____ 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. Am 23. Januar 2013 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. Wie [R._____ AG] 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 [R. _____ AG] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen. 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. [...] Aber mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintauches müssen wir leben können.

B-7834/2015 Seite 64 [...] Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. [...] Also eine um Fr. 100.– höhere Abl.p. ergibt pro 100NW bekanntlich + Fr. 10'000.– in der Kasse !! Ich habe noch kurz mit [X. _____ AG] und [Z. _____ AG] sprechen können. Wie auch in den Antwortmails bestätigt, sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuziehen 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. Februar 2013 datierende Tabellen mit dem Logo von [Q. _____ AG] Retail, welche Ablieferungspauschalen sowie prozentuale Rabatte für die verschiedenen Modelle ausweisen und die Titel „Verkaufskonditionen Endkunden 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. „Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung), ersetzt die Liste vom 19. Januar 2012, gültig ab 18. Februar 2013 (Anpassung 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 Konditionenliste für die Stammtische bzg. 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] 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 [...] % höher waren in der Liste? Bitte mir Bescheid geben – ich würde dann die Liste nochmals für Seat anpassen.

B-7834/2015 Seite 65 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. Gleichentags (18.14 h) erklärte [R._____ AG] gegenüber [Q._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und Y._____ AG) per E-Mail, was folgt (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. 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):

B-7834/2015 Seite 66 Guten Abend zusammen Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen. Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten. 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], [...] und [X._____ AG]), worin er unter ande- rem Folgendes festhielt (Zitat): Geschätzte Händlerkollegen Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt. 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“. [...]

E. 8.6.2

Im Rahmen der Anhörung durch Vorinstanz vom 7. September 2015 sagte [Z._____ AG] unter Bezugnahme auf die von ihm erwähnten „Spielregeln“ sowie die in den oben zitierten E-Mails genannten Prozent- zahlen aus, seinem Verständnis nach hätten sie über Kalkulationshilfen und über nichts anderes gesprochen. Gleichzeitig gab er zu bedenken, es sei um Erststofferten gegangen, gestützt auf welche über den Preis verhan- delt werde, wobei auch die Bewertung eines Eintauschfahrzeugs zu be- rücksichtigen sei. Jeder Betrieb entscheide selbst, wieviel er bezahlen wolle. Er hätte auch 1 oder 5 % schreiben können; die Kalkulationshilfe mache jeder selber. Im Flottengeschäft, das [...] % ausmache, sei die diskutier- te Offertdarstellung erforderlich, um eine Rückvergütung von [Q._____ AG] zu erhalten. Gegenüber Privatkunden diene sie der Trans- parenz.

B-7834/2015 Seite 67 Zu seiner Äusserung „Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen“, erklärte [Z._____ AG], er verstehe sie nicht im Sinne von Maximalrabatten. Sie hätten die IT-Systeme von [Q._____ AG]. Sie müssten das hinterlegen, und es ändere sich immer wieder. Bei [...] Garagen und [...] Fahrzeugen, welche in der Schweiz verkauft würden, sei es unmöglich, Maximalrabatte zu vereinbaren, sonst könne man angesichts der Konkurrenz keine Fahrzeuge mehr verkaufen. Ergänzend hielt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin fest, das Grossflottengeschäft habe sich die [Q._____ AG] selbst vorbehalten. Was für Unternehmen wie die Beschwerdeführerin übrig bleibe, sei das Kleinflottengeschäft. Für dieses habe die Beschwerdeführerin Preislisten von [Q._____ AG]. Er spreche dabei von einem Marktanteil zwischen [...] und [...] %. Der Verkäufer habe zwei Möglichkeiten: Entweder halte er sich an die [Q._____ AG]-Preislisten und bekomme eine Rückvergütung für den Vertragsschluss oder er biete einen tieferen Preis und verliere die Rückvergütung seines Importeurs, der gleichzeitig einen Anteil von [...] % am Retailmarkt habe. Bei seiner Einvernahme durch das Sekretariat vom 2. Juli 2013 hatte [Z._____ AG] erklärt, der VPVW spreche mit dem Importeur [Q._____ AG] über Administratives und das Händlernetz, nicht aber über die Rabattpolitik. Diese müsse jeder individuell für sich festlegen, weil man anders im Markt gar nicht bestehen könne.

E. 8.7

Die Äusserung von [Z._____ AG] vom 5. März 2013, „sie“ würden „dies auch so umsetzen“, erstreckt sich auf das in der vorangegangenen E-Mail-Korrespondenz Besprochene. Einerseits bezieht sie sich auf eine Herabsetzung der Rabatte um 2 %, was sich auch in seiner Bemerkung vom 26. März 2013, „wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss“, widerspiegelt. Andererseits zielt sie auf die Ablieferungspauschalen, bilden diese doch ebenfalls Bestandteil der Diskussion und der der Beschwerdeführerin übermittelten Konditionenliste, welche gemäss E-Mail von [Q._____ AG] vom 4. März 2013 am 6. Februar 2013 vereinbart worden war. In einem E-Mail vom 6. März 2013 hielt [Z._____ AG] denn auch fest, die Liste werde nach dem letzten Stammtisch „aktiv“. Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage, er hätte auch 1 oder 5 % schreiben können, wenig glaubwürdig, denn dann wären in der Konditionenliste nicht spezifische Zahlen, sondern Bandbreiten festgelegt worden. Ohne maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen hätte allerdings kaum

B-7834/2015 Seite 68 gewährleistet werden können, dass „der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss“. Wenn jeder die Rabattpolitik für sich selber festlegen muss, wie [Z._____ AG] anlässlich seiner Einvernahme erklärte: Weshalb sollten sich dann auch die kleineren Betriebe an „die Spielregeln“ halten und Verkäufer 2 % weniger Marge geben müssen, wie er in seinen E-Mails darlegte? Unter Berücksichtigung des Verlaufs der zitierten E-Mail-Korrespondenz bezieht sich das Wort „Spielregeln“ auf Rabatte sowie Ablieferungspauschalen und damit letztlich auf die Preisgestaltung. Im Kontext der dargestellten Korrespondenz lassen sich die Ausführungen von [Z._____ AG] nur dahingehend verstehen, dass sich die Beschwerdeführerin mit den übrigen Beteiligten auf zahlenmässig bestimmte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen, wie sie in der betreffenden Liste festgesetzt worden waren, einigte. Wäre es um eine blosse Vereinheitlichung der Offertdarstellung gegangen, hätten keine ziffernmässig (für jeden einzelnen Fahrzeugtyp) genau bestimmten maximalen Rabatte und minimalen Ablieferungspauschalen festgesetzt werden müssen. Die oben wiedergegebene Diskussion erweckt nicht den Eindruck, dass die Beschwerdeführerin der Konditionenliste nicht aus

freien Stücken zuge- stimmt hätte. Jedenfalls versuchte sie nicht, die Anderen von einer Harmo- nisierung der Rabatte und Ablieferungspauschalen abzubringen oder sich von diesem Vorhaben zu distanzieren. Vielmehr betonte [Z._____ AG] selber die Bedeutung der Einhaltung der „Spielregeln“ auch durch die klei- neren Betriebe. Obwohl die Beschwerdeführerin an der Diskussion über Rabattsenkungen und minimale Ablieferungspauschalen nicht ganz von Beginn weg beteiligt war, gab sie in der Folge doch deutlich zu verstehen, dass sie mit den Konditionen gemäss Liste einverstanden war und diese umzusetzen beabsichtigte. Wenn es ferner, wie [Z._____ AG] aussagte, „bei [...] Garagen und [...] Fahrzeugen, welche in der Schweiz verkauft“ wurden, unmöglich erschie- nen wäre, Maximalrabatte zu vereinbaren, hätte er kaum erklärt, die Liste werde aktiv, nachdem der letzte Stammtisch durch sei, und es werde wich- tig sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhielten. Folglich traf [...] seitens der Beschwerdeführerin mit den an der oben wie- dergegebenen Korrespondenz Beteiligten eine Vereinbarung, sich an be-

B-7834/2015 Seite 69 stimmte, pro Fahrzeugtyp festgelegte maximale Rabatte und minimale Ab- lieferungspauschalen halten zu wollen. Diese Rabatte und Ablieferungs- pauschalen sollten die Margen der Händler durch Erhöhung der tatsächli- chen Verkaufspreise für Neufahrzeuge vergrössern. Sie dienten also der Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters, denn sie waren dazu be- stimmt, die Gestaltung der Neuwagenpreise durch eine Vielzahl von Händ- lern zu vereinheitlichen. Mithin wurde eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt. Dass die Rabatte und Ablieferungspauschalen „nur“ für Erstofferten verein- bart waren und bisweilen noch ein individuell zu bewertendes Eintausch- fahrzeug an Zahlung genommen worden sein dürfte, vermag am Zweck der (horizontalen) Abrede nichts zu ändern. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände bleibt das Bestreben der Beteiligten festzustellen, ge- meinsam die Preise anzuheben und so den Wettbewerb zu beschränken. Erklärtes Ziel der Vereinbarung war schliesslich die Steigerung der Margen der Händler, und diese sollte durch harmonisierte tiefere Rabatte sowie hö- here Ablieferungspauschalen, also auf Kosten der Kunden, herbeigeführt werden. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die folgenden Äusse- rungen von [Z._____ AG] (E-Mail vom 26. März 2013, auszugsweise zi- tiert): Geschätzte Händlerkollegen Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt. 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“. Ich muss nachträglich bei 3 Betrieben separat ein Gespräch führen, da diese nicht anwesend waren. [...] PS. Präsentation: Schade, dass es Betriebe gibt, die es nicht [verstehen] um was es wirklich geht. Es geht um unsere eigene Zukunft und nicht die des Importeurs!

E. 8.8

Eine (reine) Kalkulationshilfe liegt sodann nicht vor. Gemäss Art. 2 der Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kar- tellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalku- lationshilfen (Beschluss der WEKO vom 4. Mai 1998; Fassung vom 30. März 2021) sind Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form

B-7834/2015 Seite 70 abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwen- dern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienst-

leistungen 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 CARDI- NAUX / 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 auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhielten. 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.

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.

B-7834/2015 Seite 71 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 an den beiden sog. Stammtischen vom 26. 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

Die angefochtene Verfügung enthält insbesondere folgende Passagen zur fraglichen Präsentation (Zitate): Ziff. 46: Am 26. März 2013 leitete Herr [...] ([Z._____ AG]) den Stammtisch für die Regionen [...] und [...]. Für diesen Stammtisch plante Herr [...], die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben. Ziff. 68: Herr [...] ([Z._____ AG]) sagte aus, dass ihm eine Präsentation

verschickt wurde, er aber die vorgehaltene Präsentation nicht kenne. Er habe eine Präsentation beim Stammtisch gehalten, aber er habe dafür seine eigene Präsentation angefertigt. Er habe die Folie 24 und die Folien 30, 32 und 33 nicht gezeigt. Zudem habe er die Anmerkungen zu den „Offert-Beispielen“, insbesondere diejenige in Folie 29, „generell nicht gezeigt“. Ziff. 80: Die letzte Version der Präsentation versendete Herr [R._____ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die Herren [Q._____ AG], [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]. Ziff. 84: Gemäss eigener Aussage präsentierte Herr [Z._____ AG] nur die Gründe des Projekts, die Konditionen und „Offert Beispiele“, ohne die Grundsätze für die Umsetzung und die Auswirkungen (Folien 10 und 16-18 der Präsentation) zu erklären. In diesem Fall wäre seine Präsentation unvollständig und für die Teilnehmer des Stammtisches schwer verständlich gewesen. Erstaunlicherweise schien es für Herrn [Z._____ AG] jedoch wichtig zu sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln (diejenigen auf Folie 17 der Präsentation) einhalten würden. Es ist somit kein Grund ersichtlich, weshalb Herr [Z._____ AG] vom Inhalt der Präsentation hätte abweichen sollen. Ohne Folien 10 und 16-18 der Präsentation wären Bedeutung und Ziele des „Projekt Repo 2013“ nur schwer fassbar gewesen. Aus diesen Gründen ist die Aussage

B-7834/2015 Seite 72 von Herrn [Z._____ AG], nach welcher er die Folien 10 und 16-18 nicht in seiner Präsentation gehabt bzw. nicht gezeigt hat, nicht glaubwürdig. Darüber hinaus bleibt, selbst wenn diese Aussage der Wahrheit entspräche, die Tatsache, dass Herr [Z._____ AG] plante, die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben. Den zuletzt zitierten Satz stützt die Vorinstanz auf folgende Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin (Zitat aus E-Mail vom 6. März 2013, 08.21 Uhr): 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. [...] gibt den Termin des letzten Stammtisches bzw. den nächsten Starttag durch. Wir können nicht jetzt einfach beginnen, sonst müsste ich Listen versenden, erklären etc. Dieses E-Mail war an [R._____ AG] adressiert und ging in Kopie an weitere Händler. Es bezieht sich auf ein E-Mail, welches Ersterer gleichentags um 07.54 versandt hatte; darin ist von der „neuen“ [Anführungs- und Schlusszeichen wie im Original] Konditionenliste die Rede.

E. 8.10.2

Darauf entgegnet die Beschwerdeführerin, sie habe weder die besagte Konditionenliste noch die Präsentation verwendet. An den Stammtischen habe sie eine eigene Präsentation gezeigt, welche von derjenigen vom 11. Februar 2013, auf die sich die Vorinstanz stütze, abweiche. Ihre Präsentation habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand gehabt. Schon bei der Parteieinvernahme vom 20. Juni 2013 habe sie zu Protokoll gegeben, dass sie die ihr vorgelegte Präsentation nicht kenne, weil sie selber eine erstellt und überdies zahlreiche eigene Folien gar nicht erst gezeigt habe. Die Vorinstanz habe ihre Behauptungen mit keinem einzigen Beweis belegt, mithin den Sachverhalt nicht richtig erstellt. Bei der Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, ein Kartellrechtsverstoss beruhe auf Mutmassungen und Spekulationen der untersuchenden Behörde. In Ziff. 78 des Verfügungsentwurfs heisse es, es sei nicht ersichtlich, warum Herr [Z._____ AG] vom Inhalt der Präsentation hätte abweichen sollen. Dies sei eine reine Mutmassung. Eine simple

Befragung der Personen, die damals teilgenommen hätten, hätte einer solchen Mutmassung den Boden entzogen. Anlässlich der Parteieinvernahme vom 20. Juni 2013 hatte [Z. _____ AG] den Zweck der Stammtische wie folgt beschrieben (Protokollzitat):

B-7834/2015 Seite 73 Die Idee der Stammtische ist der Informationsaustausch mit den Mitgliedern, um Informationen vom Importeur bezüglich Modellen und technischen Sachen als auch Prämien an die Mitglieder zu kommunizieren. Als Ziel der Präsentation hatte er dabei angegeben (Zitat): Ziel war ein Informationsaustausch darüber, was der Händlerverband mit dem Importeur bespricht und die visuelle Darstellung [der Offerten].

E. 8.10.3

Die Bemerkung in Ziff. 84 der Sanktionsverfügung, es sei kein Grund ersichtlich, warum Herr [Z. _____ AG] vom Inhalt der ihm vorgehaltenen Präsentation hätte abweichen sollen, hat in der Tat den Charakter einer Vermutung. Sie stützt sich nicht auf Befragungen von Teilnehmern der betreffenden Stammtische und steht der Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin entgegen. Letztlich bleibt damit offen, wie sich dessen Präsentation genau darbot. Eine Befragung von Händlern, welche am Stammtisch teilnahmen, dürfte angesichts der seither verstrichenen Zeit auch kaum verlässliche Erkenntnisse mehr bringen. Wenn die Händler an diesen Stammtischen aber Bedenken äusserten, wie [Z. _____ AG] in seinem oben zitierten E-Mail vom 26. März 2013 festhielt, drängt sich doch die Frage auf, ob es bei der Präsentation lediglich um die visuelle Darstellung der Offerten ging, zumal er gleichzeitig erklärte, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben müsse, bleibe auch bei ihm etwas mehr „hängen“. Diese Frage kann freilich offengelassen werden. Angesichts des oben wiedergegebenen E-Mail-Verkehrs ändert sich an der Qualifizierung des inkriminierten Verhaltens als Wettbewerbsabrede nämlich 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):

B-7834/2015 Seite 74 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.

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

B-7834/2015 Seite 75 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 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 Be- teiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössis- ches 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 Abliefe- rungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, betrafen die Rabatte und Ablieferungs- pauschalen „nur“ Erstofferten, wovon auch die Vorinstanz ausging. Zu be- denken sei ferner, dass bei Autoverkäufen oftmals Eintauschfahrzeuge, welche einer individuellen Bewertung bedürften, an Zahlung genommen würden.

E. 9.3.3

Vereinbart wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kon- text der Reduktion der Listenpreise, welche die [Q._____ AG] Import per

B-7834/2015 Seite 76 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 Sankti- onsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prä- misse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listen- preises (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 verwen- det zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht. Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchststrabatte diente, denn ohne entsprechen- den Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe we- nig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Auch die Be- merkung der Beschwerdeführerin, die Händler hätten individuelle Rabatte und andere Vergünstigungen gewähren können, deutet darauf hin, dass die Listenpreise des Herstellers bzw. des Importeurs den Ausgangspunkt der Offertstellung bildeten. Bekräftigt wird dies durch die Aussage der Be- schwerdeführerin, für das Flottengeschäft, welches [...] % ausmache, gebe es Preislisten der [Q._____ AG]; wenn man sich daran halte, gewähre der Importeur eine Rückvergütung auf den Vertragsschluss. In diesem Zu- sammenhang bleibt ferner darauf hinzuweisen, dass die Händlermargen laut den Aussagen Beteiligter durch den Hersteller bzw. den Importeur vor- gegeben waren (vgl. zum Einfluss der Handelsmargen KOSTKA, N. 1381). Die Beschwerdeführerin selber beruft sich auf Spielräume der Händler bei anderen Elementen ihrer Gegenleistung als bei den (von der Vorinstanz als abgesprochen gewerteten) Rabatten und Ablieferungspauschalen, nicht aber darauf, dass schon die in den Offerten ausgewiesenen Fahr- zeuggrundpreise 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 überwiegen- den 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 Kom- ponenten 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

B-7834/2015 Seite 77 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, Wettbe- werbsrecht, 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 Rabattgewäh- rung 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. 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

B-7834/2015 Seite 78 spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preise- lemente 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 unzulässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststellen 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 Abreden spiele es keine Rolle, ob die einzelne Rabattabrede eine erhebliche Einschränkung des Preiswettbewerbs bewirke (z.B. mittels Festlegung eines vergleichsweise geringen zulässigen Rabatts) oder nur eine vergleichsweise 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 Fall sei die Rabattabrede gemeinsam mit den übrigen Abreden in ihrer Gesamtheit als Preisabrede zu qualifizieren. Harmonisierung bedeutet im vorliegenden Kontext nicht, dass die fraglichen Preise (nahezu) identisch sein müssten. Harmonisierend können beispielsweise auch eine gleichförmige Erhöhung des Preisniveaus oder andere koordinierte Preisstrategien zur Erzielung einer Kartellrente wirken, selbst wenn die Preisniveaus der einzelnen Produkte oder Dienstleistungen 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

B-7834/2015 Seite 79 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 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 B-7834/2015 Seite 80 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-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 Beschwerdeführerin erklärt, im Verkauf spielten nebst Rabatten und Konditionen weitere Wettbewerbsparameter wie z.B. Service, Standort, Reputation und Auswahl eine Rolle. Immer hätten die Händler die Möglichkeit gehabt, diverse Rabatte zu gewähren. In der Konditionenliste seien dementsprechend Kunden-, Mengen-, Ausstellungsrabatte, Rabatte für Lagerfahrzeuge sowie weitere Zusatzkonditionen explizit aufgeführt. Mit Bezug auf den Endpreis hätten bereits minimale empirische Untersuchungen durch die Vorinstanz zeigen können, dass sich individuelle Rabatte, Eintauschfahrzeuge und andere preisrelevante Punkte massgeblich auf den Markt auswirkten. Standort, Reputation und Auswahl stellen keine Aspekte des Preises dar, weshalb sie bei der Frage, ob Preise gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden, unberücksichtigt bleiben. Serviceleistungen können unter Umständen als preisrelevant aufgefasst werden, soweit sie gleichsam als Teil des Kaufgegenstandes angeboten wurden. 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-7834/2015 Seite 82 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 BVer 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-7834/2015 Seite 83

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 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. 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 BVer 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-7834/2015 Seite 84 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. blosse 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 AM-STUTZ / 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 bleibt die Abrede mit Blick auf das Argument der Be-

B-7834/2015 Seite 85 schwerdeführerin, es sei um Transparenz in der Offertdarstellung, besonders gegenüber Privatkunden, gegangen, zu beurteilen. Andere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar. Wie oben festgestellt (E. 8.8), liegt namentlich keine (reine) Kalkulationshilfe vor.

E. 10.5.1

In den Ziff. 348 ff. der Sanktionsverfügung legte die Vorinstanz 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. 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. 10.5.2

Gewiss können sich transparente, aufgrund ihrer Darstellung leicht vergleichbare Angebote aus Kundensicht 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. Mit hin fehlt es für eine Rechtfertigung bereits am Erfordernis der Notwendigkeit der festgestellten Abrede.

E. 10.5.3

Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte 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

B-7834/2015 Seite 86 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.

E. 10.6

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).

B-7834/2015 Seite 87

E. 11.1.1

Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat): Vorliegend handeln die Herren [...] ([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 zeichnungsbe-rechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wissentlich 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 Vorsatz 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 Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin 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 wissentlich 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.

B-7834/2015 Seite 88 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): 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

B-7834/2015 Seite 89 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. Mit Blick auf erschwerende Umstände hielt die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt 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 Projektes“ stelle die Vorinstanz ohne Gründe auf den Brief der Selbstanzeigerin [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 Beschwerdeführerin gerichtet und bezüglich Inhalt (Nichtbefolgung bzw. Nicht-Treffen von Wettbewerbsabreden) so verfasst gewesen wie das spätere Schreiben. Die Vorinstanz mache schliesslich auch gar nicht geltend, dass sich der VPVW-Vorstand nicht an die E-Mail seines Präsidenten gehalten 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 Selbstanzeigerin 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

B-7834/2015 Seite 90 2013, einem Gründonnerstag, überhaupt gearbeitet worden sei bzw. kommerzielle 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 dergleichen von diesen Tagen, fehlten gänzlich. Unter Hinweis auf den Grundsatz „nulla poena sine lege“ erklärt die Beschwerdeführerin überdies, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kartellrecht nicht strafbar.

E. 11.2.3

Bei der Sanktionsbemessung handelt es sich um eine Ermessenssache (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.5.2). Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs-

und Milderungsgründe 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 Pauschalsanktion diesen Spielraum, wengleich sich die Sanktionsberechnung 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.

B-7834/2015 Seite 91 Am Abend des gleichen Tages schrieb der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin ein E-Mail (verschickt um 18.48 Uhr) an Vorstandsmitglieder des VPVW und hielt darin Folgendes fest (Zitat): Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt. 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". [...] Diese mehr als acht Stunden 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.

E. 11.2.4.4

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 allerdings 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 sowie der 2. April 2013, in Frage. Auch die Sanktionsverfügung geht, wie oben (E. 11.2.1) dargelegt, von drei Tagen aus.

B-7834/2015 Seite 92

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, Türbeschlüge, 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 er-

B-7834/2015 Seite 93 zielt 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. – Die pauschalen Massnahmen fänden im Gesetz keine Stütze. Informationsaustausch zwischen Konkurrenten sei in den meisten Fällen gerechtfertigt und notwendig, daher kartellrechtlich zulässig. Eine Massnahme dürfe nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen. Genau dies täten aber die in Dispositiv-Ziff. 1 der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen. Zudem ergebe sich aus Art. 50 KG, dass eine Anordnung der Behörde genügend bestimmt und im Sinne des Legalitätsprinzips hinreichend klar umschrieben sein müsse. Für ein betroffenes Unternehmen müsse klar ersichtlich sein, welche Pflichten und Unterlassungen es zu befolgen habe.

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

B-7834/2015 Seite 95 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).

B-7834/2015 Seite 96

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 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 Wiederholungsfahrt 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 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 Verzögerungs-

B-7834/2015 Seite 97 rungsstrategie 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 Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren nach der Verordnung 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 Ver-

B-7834/2015 Seite 98 halten 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. 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).

B-7834/2015 Seite 99 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.– zu- rückzuerstatten.

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 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-5290/2014 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-7834/2015 Seite 100

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