

# **BVGer B-7920/2015 vom 19. Oktober 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-7920\\_2015\\_d20151019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7920_2015_d20151019)

FR: TAF B-7920/2015 du 19 octobre 2015

IT: TAF B-7920/2015 del 19 ottobre 2015

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Verfügung 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.).

#### **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. 12.2 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).

B-7920/2015 Seite 97 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). 12.3 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. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.7) 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 Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben. 13. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

#### **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. 1 bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Der Unternehmensbegriff des KG basiert damit auf einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend „Botschaft KG 1995“). Folglich ist die X. \_\_\_\_\_ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

B-7920/2015 Seite 10

## **E. 3**

Art. 3 KG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Solche bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Nicht unter das Gesetz fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, während Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte 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 ausgeschlossen, weil die Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Als Gesamtunternehmen verfüge diese über Marktmacht als Importeurin, aber auch als Retailbetrieb mit ca. [...] des gesamten Absatzvolumens der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz. Die zugelassenen Händler, darunter die Beschwerdeführerin, müssten ihr Rabattverhalten zwingend anpassen, um noch knapp kostendeckend agieren zu können. Habe ein Unternehmen bei einem Wettbewerbsverstoss eine anstiftende oder führende Rolle gespielt, seien auch die Bedingungen für eine Selbstanzeige und den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nicht erfüllt. Ob die Selbstanzeigerin zu Recht von der Bonusregelung profitierte, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Der Beschwerdeführerin fehlt ein dahingehendes schutzwürdiges Interesse (vgl. Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_525/2018 vom

## **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 Grundsatzes der Rechtsgleichheit, des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf ein faires Verfahren. Ferner reklamiert sie eine Verletzung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durch die Vorinstanz.

## **E. 5.1**

Erstens rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt auf unrichtige, unvollständige Weise ermittelt und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

### **E. 5.1.1**

Zur Begründung hielt sie in ihrer Beschwerdeschrift fest, um die Marktverhältnisse zu ermitteln, dürfe sich die Vorinstanz nicht einfach auf die Angaben der Selbstanzeigerin stützen. Hätte sie eine umfangreiche Marktanalyse durchgeführt, hätte sie festgestellt, dass sich die Zahl der Verkaufsmeldungen der Verfahrensparteien innerhalb des Vertriebsnetzes der von der Selbstanzeigerin importierten Fahrzeuge auf etwa [...] % belaufe. Deshalb sei es äusserst fraglich, ob die Parteien überhaupt einen Einfluss auf das Vertriebsnetz der Selbstanzeigerin oder den gesamten schweizerischen Markt von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns hätten haben könnten. Die Vorinstanz hätte auch Entlastungsgründe prüfen und berücksichtigen müssen, namentlich Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sowie deren Aussage, eine allfällige Abrede könne keine Wirkung gezeitigt haben. Sie hätte dabei nach Sachverhaltselementen suchen müssen, welche gegen den Kronzeugenstatus sprächen, zumal eine führende Rolle einer potentiellen Kronzeugin deren Status gänzlich in Frage stelle.

### **E. 5.1.2**

Unter Hinweis auf die angefochtene Verfügung entgegnete die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, 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 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. In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz die Verhältnisse zur Bestimmung des relevanten Marktes im Detail analysiert. Sie habe sämtliche wirtschaftlichen Aspekte, d.h.

die sachliche und die räumliche Marktabgrenzung, das Vorliegen verbleibenden, aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs sowie die Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien, untersucht und beurteilt. Einerseits erfolge die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede anhand der Marktanteile aller an der Abrede beteiligten Unternehmen. Der gemeinsame Anteil derselben am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken betrage [...] %. Diese Einschätzung basiere jedoch auf der konservativen Annahme, dass sich nur die Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin sowie die drei weiteren erwähnten Unternehmen an der Abrede beteiligt hätten. Sofern man zudem berücksichtigen würde, dass anlässlich der sechs durchgeführten Stammtische mutmasslich alle übrigen VPVW-Mitglieder - und möglicherweise weitere zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns - anwesend gewesen seien und von den vereinbarten Massnahmen, insbesondere der einheitlichen Konditionenliste, Kenntnis erhalten hätten, wären die entsprechenden Marktanteile noch höher anzusetzen. Andererseits sei Gegenstand der angefochtenen Verfügung nicht die Frage, ob die sanktionierten Parteien zusammen mit der Selbstanzeigerin einen Einfluss auf das Vertriebsnetz derselben hätten haben können, sondern ob die Vereinbarung einer Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen sowie die Durchführung von Stammtischen zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik als erhebliche und unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sei. Aus dem Gesagten ergebe sich, dass die Vorinstanz alle zum Nachweis eines Wettbewerbsverstosses erforderlichen Beweiserhebungen und Untersuchungshandlungen durchgeführt habe. Folglich habe sie den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

### **E. 5.1.3**

Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, ADSL II, E. 185, bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_985/2015 vom 9. Dezember 2019, publiziert in BGE 146 II 217, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, Gaba, E. 5 und B-2977/2007 vom 7. April 2010, Publigroupe u.a. gg. WEKO, Publigroupe, E. 3). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären, sowohl hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen als auch rechtfertigender Umstände (vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2, BGE 138 V 218 E. 6, BGE 117 V 282 E. 4a, BVGE 2012/21 E. 5.1 sowie Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, Granella, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS unimarket AG gg. Weko, SFS, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 12 N. 16; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 3.119; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014, N. 991 f., 994 f., 1660 f.; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, N. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege

des Bundes, 2013, N. 456, 1133; Krauskopf/Emmenegger, Art. 12<sup>o</sup>N. 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 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 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 [Selbstanzeigerin] 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 17. Juni 2013. Die Wettbewerbskommission hörte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 an. Ferner richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte sowie den Präsidenten des VPVW. Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mail-Verkehr. Die Beschwerdeführerin ihrerseits unterbreitete der Vorinstanz Verträge sowie Tabellen über Fahrzeugverkäufe während des fraglichen Zeitraums. Darin finden sich Preisnachlässe, welche über die laut Darstellung der Vorinstanz vereinbarten Höchststrabatte hinausgehen. Diesbezüglich wird auf die untenstehenden materiellen Erwägungen verwiesen.

#### **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 Grundsatzes der Rechtsgleichheit.

### **E. 5.2.1**

Sie argumentiert, die WEKO habe ihr vorgeworfen, das Verfahren verzögert zu haben, was aber keineswegs der Fall gewesen sei, weder infolge von Fristerstreckungsgesuchen noch durch unbegründete Verfahrensanhänge. Ebensovienig habe sie mit ihrem Verhalten hinsichtlich des allfälligen Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eine (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Verfahrens ausgeübt oder angestrebt. Im Gegenteil habe sie stets mit der Vorinstanz kooperiert und im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht Dokumente sowie Beweise geliefert, um ihre Unschuld darzutun und der Vorinstanz zu helfen, die Marktverhältnisse betreffend den Verkauf von Neuwagen des VW-Konzerns zu ermitteln. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit den anderen Verfahrensparteien in einen Topf geworfen habe, habe sie den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt. Bei der Auferlegung der Verfahrenskosten sei die Beschwerdeführerin ebenfalls ungleich behandelt worden. Obwohl sie das Verfahren keinesfalls verzögert habe, sei ihr der gleiche Kostenanteil wie den anderen Parteien verrechnet worden. Weil sodann die einvernehmliche Regelung mit der Kronzeugin für nichtig erklärt worden sei, hätte das Verfahren 22-0439 dieser gegenüber nicht abgeschlossen werden dürfen. In der Endabrechnung und bei der Aufteilung der Verfahrenskosten hätte das berücksichtigt werden müssen.

### **E. 5.2.2**

Darauf erwidert die Vorinstanz, sie sei wegen des vergleichbaren Vorgehens aller Parteien von einer gewissen Koordinierung bzw. einer gemeinsamen Strategie zur Verfahrensverzögerung ausgegangen. Gemäss bisheriger Praxis der Wettbewerbsbehörden würden die Kosten in der Regel gleichmässig auf die gebührenpflichtigen Parteien verteilt. Diese Praxis stehe insofern mit dem Verursacherprinzip in Einklang, als die an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen das Verfahren und die dadurch entstandenen Kosten verursachten. Nur wenn eine solche Verteilung "pro Kopf" zu völlig unsachgemässen Ergebnissen führen würde, so insbesondere bei offensichtlich unterschiedlichem Aufwand, vor allem infolge einvernehmlicher Regelung, sowie bei offensichtlich unterschiedlicher Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung, denkbar etwa bei vertikalen Abreden, sei eine schematisiert-individuelle Kostenverteilung angezeigt. Weil sich die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien an den fraglichen Wettbewerbsverstössen beteiligt hätten, seien sie gemeinsam und in gleichem Masse als

Verursacher des Verwaltungsverfahrens betrachtet worden. Deshalb seien ihnen die Gebühren zu gleichen Teilen sowie unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt worden. Gründe für eine andere Kostenverteilung bestünden nicht. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht Dokumente und Beweise geliefert habe, könne nicht als Kriterium für eine Kostenreduzierung oder eine individuelle Kostenverteilung zu ihren Gunsten geltend gemacht werden. Ihr Vorwurf, die Wettbewerbsbehörde habe den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt, sei somit unbegründet. Mit Blick auf die einvernehmliche Regelung hält die Vorinstanz fest, erstens habe das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung vom 8. August 2014 einzig aufgrund mangelnder Zuständigkeit und Entscheidungsgewalt des ehemaligen Vizepräsidenten der WEKO für nichtig erklärt, ohne die Gültigkeit der EVR vom 16. April 2014 zu beurteilen. Zweitens seien in der Vorabverfügung vom 8. August 2014 die bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des EVR effektiv verursachten Verfahrenskosten zu einem Fünftel der Selbstanzeigerin auferlegt worden; von diesem Zeitpunkt an bis zum Abschluss des Verfahrens ihr gegenüber seien der Selbstanzeigerin all diejenigen Kosten auferlegt worden, welche mit direktem Bezug zu ihr entstanden seien. Der Beschwerdeführerin und den anderen Parteien seien daher die Verfahrenskosten bis zum Abschluss der EVR sowie diejenigen bis zum Abschluss des gegen sie laufenden Verfahrens zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt worden. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin seien ihr somit die Verfahrenskosten bezüglich der Verfügung vom 8. August 2014 nicht auferlegt worden.

### **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**

In Ziff. 168 ff. der Sanktionsverfügung äusserte sich die Vorinstanz zum Thema Verfahrensverzögerung wie folgt (Zitat): Die Parteien beteuerten zwar stets ihre Bereitschaft zur Kooperation, sie beantragten jedoch während der gesamten Dauer der Untersuchung zu den Gesuchen des Sekretariates, welche keines besonderen Aufwands bedurften, oftmals mehrere Fristverlängerungen oder stellten unbegründete Verfahrensanträge, die de facto das vorliegende Verfahren verzögert haben. Der Inhalt der jeweiligen Antworten der Parteien, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer EVR, zum provisorischen Beweisergebnis oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats in Bezug auf [die Selbstanzeigerin], deutet ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin. Hinzu kommt, dass das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen hat, zum Abschluss einer EVR Stellung zu nehmen. Die Parteien lehnten aber alle Anträge des Sekretariats ab, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen. Somit haben die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats zum Abschluss einer EVR im vorliegenden Fall zu einer Verzögerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

### E. 5.2.5

Am 17. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 11. Juli 2013 räumte das Sekretariat der Beschwerdeführerin Frist bis 26. Juli 2013 ein, um allfällige Geschäftsgeheimnisse im Protokoll der Einvernahme ihres Geschäftsführers vom 17. Juni 2013 zu bezeichnen. Gestützt auf Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in einem Brief vom 24. Juli 2013 eine Erstreckung dieser Frist bis 16. August 2013. Das Sekretariat hiess diesen Antrag mit Schreiben vom 25. Juli 2013 gut. In der Folge tauschten sich die Beschwerdeführerin (Schreiben vom 16. und vom 30. August sowie vom 19. September 2013) und das Sekretariat (Telefonnotiz vom 20. August sowie Schreiben vom 9. und vom 26. September 2013) über allfällige Geschäftsgeheimnisse im Einvernahmeprotokoll aus. 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 und bat sie, bis zum 5. November 2013 dazu Stellung zu beziehen. In einem Schreiben vom 10. Oktober 2013 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin das Sekretariat, ihm die Frist für die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen im Einvernahmeprotokoll bis zum 1. November 2013 zu erstrecken. Als Begründung hielt er fest, bis zum 11. Oktober [2013] werde es ihm wegen ausserordentlich hoher Geschäftslast in anderen Dossiers nicht möglich sein, mit seiner Mandantin hinreichend detailliert Rücksprache zu nehmen. Des Weiteren bitte er zu beachten, dass der Direktor der Beschwerdeführerin vom 11. bis zum 29. Oktober 2013 im Urlaub sein werde. Erst nach dessen Rückkehr werde er, der Rechtsvertreter, über die nötigen Instruktionen verfügen. Mit Brief vom 4. November 2013 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sodann um Erstreckung der bis zum 5. November 2013 laufenden Frist, die ihm das Sekretariat im Schreiben vom 8. Oktober 2013 gesetzt hatte, bis zum 26. November 2013. Zur Begründung brachte er dabei vor, wie bereits in seinem Schreiben vom 10. Oktober [2013] dargelegt, sei der Direktor der Beschwerdeführerin bis am 30. Oktober [2013] im Urlaub gewesen. In der kurzen Zwischenzeit sei es ihm leider nicht möglich gewesen, sich mit seiner Mandantin über den Vorschlag des Sekretariats, den Inhalt der Protokollaussagen und die Verfahrensakten hinreichend auszutauschen. Darauf erwiderte das Sekretariat mit Schreiben vom 5. November 2013, seiner Ansicht nach seien die vorgebrachten Gründe nicht überzeugend. Die eingeräumte Frist sei angemessen, und die Beschwerdeführerin hätte ausreichend Zeit gehabt, zur Möglichkeit des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung Stellung zu nehmen. Eine Fristerstreckung wäre nach dem Gesetzeswortlaut nicht möglich. Ausnahmsweise werde dem Antrag dennoch stattgegeben und die Frist bis zum 26. November 2013 erstreckt. In ihrer Stellungnahme vom 26. November 2013 gegenüber dem Sekretariat erklärte die Beschwerdeführerin, das vorläufige Beweisergebnis weise weder eine Abrede noch eine Beteiligung ihrerseits an einer solchen nach. Insbesondere angesichts der mangelhaften Beweisführung könne eine einvernehmliche Regelung in der vorgelegten Form "und zum jetzigen Zeitpunkt" nicht in Frage kommen. In einem Schreiben vom 11. Februar 2014 erklärte das Sekretariat gegenüber der Beschwerdeführerin, sofern diese bis am 3. März 2014 kein Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bekunde, gehe es davon aus, dass sie an ihrer Stellungnahme [vom 26. November 2013] festhalte. Gegen die Beschwerdeführerin und die verbleibenden Parteien werde dann das ordentliche Verfahren fortgeführt. Mit der Selbstanzeigerin werde das Sekretariat eine einvernehmliche

Regelung aushandeln und das Verfahren abschliessen. Eine einvernehmliche Regelung mit der Beschwerdeführerin kam in der Folge nicht zustande, nachdem eine entsprechende Rückmeldung ihrerseits ausgeblieben war. Im Wissen um die ferienbedingte Abwesenheit des Direktors der Beschwerdeführerin bis Ende Oktober 2013 beantragte deren Rechtsvertreter am 10. Oktober 2013 lediglich eine kurze Erstreckung der Frist bis zum 1. November 2013. Am 4. November 2013 hingegen ersuchte er um eine Fristerstreckung bis zum 26. November 2013, wobei er sich erneut auf die Ferien des Direktors der Beschwerdeführerin berief. Dies erscheint widersprüchlich, und es lässt sich nicht erkennen, inwiefern die Beschwerdeführerin den übrigen Beteiligten zu Unrecht gleichgestellt worden wäre. Auch die Mitwirkung an der Untersuchung kann der Beschwerdeführerin in diesem Kontext keinen Vorteil verschaffen, zumal Art. 40 KG eine entsprechende Pflicht statuiert (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG).

### **E. 5.2.6**

Was den frühzeitigen Abschluss der Untersuchung 22-0439 gegenüber der Selbstanzeigerin betrifft, so bestehen aufgrund der nachvollziehbaren Erläuterungen der Vorinstanz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführerin ungerechtfertigte Kosten, etwa wegen der Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014, angelastet worden wären (vgl. Ziff. 399 ff. der Sanktionsverfügung). Auch insofern wurde die Beschwerdeführerin, namentlich gegenüber der Selbstanzeigerin, nicht ungleich behandelt. Im Übrigen stellte das Bundesverwaltungsgericht zwar die Nichtigkeit der ersten Genehmigungsverfügung der WEKO (vom 8. August 2014) fest (Urteil des BVGer B-5294/2014 vom 13. April 2016). Dabei beurteilte es aber nicht auch die zugrundeliegende einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 zwischen der Selbstanzeigerin und dem Sekretariat. Insbesondere qualifizierte es diese Regelung - anders, als von der Beschwerdeführerin dargestellt - nicht etwa als nichtig.

### **E. 5.3**

Drittens erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und ihr Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

#### **E. 5.3.1**

Mit der Durchführung der Anhörung der Selbstanzeigerin am 21. September 2015, welcher in der Waadt, wo der Vertreter der Beschwerdeführerin im Anwaltsregister eingetragen sei, ein vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag sei, habe die Vorinstanz neben dem Grundsatz der Rechtsgleichheit auch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Zudem sei der Termin vom 21. September 2015 nicht mit genügend Vorlauf bekanntgegeben worden. Vielmehr habe ihn das Sekretariat nach der Anhörung der Verfahrensparteien vom 7. September 2015 per E-Mail angekündigt und am 8. September 2015 auf gleichem Weg festgesetzt, ohne jedoch die Rückmeldungen der Parteien abzuwarten bzw. zu berücksichtigen. Diese Vorgehensweise sei umso überraschender, als das Sekretariat den Parteien Frist bis 9. September 2015 gesetzt gehabt habe, um ihre Verfügbarkeiten zu kommunizieren. Die Selbstanzeigerin sei Belastungszeugin. Zwar habe die Beschwerdeführerin, da sie der Zeugeneinvernahme nicht beiwohnen können, auf schriftlichem Weg ein paar Fragen einreichen können. Sie habe jedoch keine Garantie gehabt, dass diese auch effektiv gestellt würden. Die blosse Möglichkeit, im Hinblick auf die Anhörung schriftliche Fragen einzureichen, für welche sich die Wettbewerbsbehörde vorbehalten habe, nur eine Auswahl zu stellen, genüge nicht, um das rechtliche Gehör der

Beschwerdeführerin zu wahren. Mangels Teilnahme an der Befragung der Kronzeugin habe sie im Übrigen keinerlei direkte oder ergänzende Fragen stellen können.

### **E. 5.3.2**

Die WEKO entgegnet, es sei schwierig gewesen, einen Termin für die Anhörung der Selbstanzeigerin zu finden. Deshalb habe der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte waadtländische Feiertag "Lundi du Jeûne" nicht berücksichtigt werden können. Dieser bilde auch keinen zwingenden Grund für eine Verschiebung. Zudem sei die Anhörung vom 21. September 2015 schon zwei Wochen im Voraus bekanntgegeben worden. Die Vorinstanz habe die Parteien mehrmals auf die Möglichkeit hingewiesen, bei der Anhörung der Selbstanzeigerin Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, ihre Fragen, welche der Präsident der WEKO dann an der Anhörung vom 21. September 2015 stellen würde, bis am 18. September 2015 einzureichen. Von dieser Möglichkeit habe die Beschwerdeführerin Gebrauch gemacht, indem sie der Vorinstanz mit Schreiben vom 18. September 2015 eine Liste von Fragen gesandt habe. Mit gleichem Schreiben habe sie beantragt, diese Fragen in anonymisierter Form zu stellen, um ihre Identität nicht offenzulegen. Bei der Anhörung habe der Präsident der WEKO der Selbstanzeigerin alle Fragen der abwesenden Beschwerdeführerin gestellt. Folglich sei nicht zu befürchten gewesen, dass die WEKO die Fragen der Beschwerdeführerin nicht stellen würde. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, Fragen unmittelbar an die Selbstanzeigerin zu richten, von sich aus eingeschränkt, denn sie habe auf eine Teilnahme an deren Anhörung verzichtet und ihre Fragen in anonymisierter Form stellen lassen. Somit habe die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin weder in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats noch anlässlich ihrer Anhörung vom 7. September 2015 eine Anhörung der Selbstanzeigerin beantragt.

### **E. 5.3.3**

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 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 / Jürg Bickel, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 N. 46 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst einerseits Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung (Art. 30 VwVG), das Recht, erhebliche Beweise beizubringen (Art. 33 VwVG), Beweisanträge zu stellen und damit gehört zu werden, sowie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder wenigstens zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Art. 12 - 19 VwVG i.V.m. Art. 37, 39 - 41 und 43 - 61 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, BZP, SR 273). Andererseits beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör Informationsansprüche, namentlich das Recht auf Orientierung, Akteneinsicht (Art. 26 - 28 VwVG) und auf hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Auch der Gehörsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Demnach verlangt das rechtliche Gehör im Sinne von Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Schritte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf

gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch eigene Beweisanträge; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich deren Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286, S.X. u.a. gg. Stadt Chur u.a., E. 5.1; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 199, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung sowie B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekanntgeben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. A., 2020, N. 1011). Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten 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 Fribourgeoises gg. Watt Suisse u.a., EEF, E. 2.2; Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud (Suisse) SA gg. Weko, Dargaud, E. 4 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1; *Entscheid der Reko Wef FB/2006-8* vom 9. November 2006, veröffentlicht in: *RPW* 2006/4 S. 722 ff.; *Botschaft KG* 1995, 605; Stefan Bilger, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 275, 277). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Daher führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist - ebenfalls im Sinn einer ausnahmsweisen Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung abzusehen, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteil 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. 5.3.4**

In ihrer Eingabe vom 18. September 2015 an das Sekretariat der WEKO betreffend die Anhörung der Selbstanzeigerin vom 21. September 2015 erklärte die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Kündigung von Händler- und Servicepartnerverträgen durch Erstere, sie wolle keinen weiteren möglichen Unannehmlichkeiten ausgesetzt werden bzw. jegliche betriebswirtschaftlichen Schäden vermeiden. Ferner sei sie der Auffassung, die beigelegten Fragen betreffen generelle Marktverhältnisse, welche von allgemeinem Nutzen für das Verfahren seien und deswegen keine Rückschlüsse auf die Parteien erforderten. Vor diesem Hintergrund stelle sie den ausdrücklichen und formellen Antrag, dass die beigelegten Fragen "auf anonymisierte Weise und neutraler Basis" gestellt würden, "d.h. ohne die Identität der Fragestellerin offen zu legen". Gleichzeitig hielt die Beschwerdeführerin fest, auch wenn es nachvollziehbar sei, dass die Terminfindung für eine Anhörung durch die WEKO, in welche mehrere Beteiligte involviert seien, Schwierigkeiten bereiten könne, sollten in Zukunft keine behördlichen bzw. amtlichen Handlungsmassnahmen an kantonöffentlich Feiertagen durchgeführt werden. Die Beschwerdeführerin hat sich demzufolge erst nachträglich auf den Standpunkt gestellt, im Kontext der Anhörung der Selbstanzeigerin durch die Vorinstanz seien ihr rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und die Grundsätze des fairen Verfahrens verletzt worden. Wenn sie zudem schriftliche Fragen an die Selbstanzeigerin einreichte und verlangte, sie seien in anonymisierter Form zu stellen, nun aber argumentiert, ihr Konfrontationsrecht sei missachtet worden, erscheint dies ebenfalls widersprüchlich. Beides verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Abgesehen davon konnte sich der Anwalt der Beschwerdeführerin substituieren lassen. Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung dürften Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar gewesen sein. 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). Im Übrigen hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nicht näher dargelegt, weshalb ihn der kantonale Feiertag daran hinderte, der Einvernahme der Selbstanzeigerin beizuwohnen oder weshalb keine Substitution erfolgte. Sein Anliegen, Verfahrensmassnahmen sollten nicht an kantonalen Feiertagen durchgeführt werden, äusserte er gegenüber der Vorinstanz lediglich für die Zukunft. Auf die Rüge der Beschwerdeführerin, ihr rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und die Prinzipien der Verfahrensfairness seien verletzt worden, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

#### **E. 5.4**

Viertens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen.

##### **E. 5.4.1**

Sie erklärt, durch die bei der Sanktionsberechnung angewandte Methode habe die Vorinstanz ihren Umsatz den anderen Verfahrensparteien bzw. Dritten offengelegt. Der Umsatz der Beschwerdeführerin sei zweifellos ein Geschäftsgeheimnis. Es sei äusserst einfach, ihren Gesamtumsatz für die drei Geschäftsjahre 2011 bis 2013 zu berechnen. Da der Jahresumsatz nicht wesentlich variere, könne er mit hoher Genauigkeit errechnet werden. Dies sei nicht akzeptabel und stelle eine Verletzung von Art. 25 KG dar.

##### **E. 5.4.2**

Darauf entgegnet die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin stelle kein Rechtsbegehren, welches sie mit der angeblichen Verletzung von Art. 25 KG zu begründen vermöchte. Selbst wenn ein Amts- oder Geschäftsgeheimnis verletzt worden wäre, wäre der Antrag um Aufhebung der Sanktionsverfügung nicht gutzuheissen. Bei dieser handle es sich im Übrigen noch gar nicht um eine Veröffentlichung im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG. Ungeachtet dessen lege die Vorinstanz kurz dar, weshalb sie weder Amts- noch Geschäftsgeheimnisse verletzt habe. Sie habe die Sanktionsbeträge anhand der ungefähren Grössenverhältnisse hinsichtlich der jährlichen Umsätze der Parteien auf den relevanten Märkten sowie der Maximalhöhe der Sanktion kalkuliert. Die Sanktionsbeträge der übrigen Parteien habe sie im Verhältnis zur Pauschalsanktion der Beschwerdeführerin festgelegt. Zwecks Transparenz sei die Berechnungsmethode für diese Pauschalsanktion in der Verfügung wiedergegeben worden. Mit einem gewissen Aufwand könne man daher den durchschnittlichen Umsatz der Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 bis 2013 tatsächlich bestimmen. Allerdings handle es sich hierbei um den Durchschnitt dreier, nicht mehr aktueller, Geschäftsjahre. Zudem sei davon auszugehen, dass die Umsätze der Beschwerdeführerin bei Branchenkonkurrenten nicht völlig unbekannt seien. Schliesslich würden sie offenbar auch in der Presse vermeldet. Der durchschnittliche Umsatz der Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 bis 2013 sei deshalb kein Geschäftsgeheimnis im Sinne der Rechtsprechung.

#### **E. 5.4.3**

Die Beschwerdeführerin repliziert, ihr Geheimhaltungswille bestehe vollumfänglich weiter. Sie habe auch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung ihres Umsatzes aus dem Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns, denn die entsprechenden Geschäftszahlen seien direkten Konkurrenten nicht im Detail bekannt. In der Presse sei ein Gesamtumsatz von Fr. [...] publiziert worden, also nicht der spezifische Umsatz aus dem Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Umsatz dieser Marken sei damit keineswegs quantifiziert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden. Wie die Vorinstanz selber einräume, habe sie den Umsatz der Beschwerdeführerin aus dem Verkauf von Neuwagen der VW-Konzernmarken mit der Berechnungsmethode Dritten bzw. Konkurrenten gegenüber offengelegt. Hierbei handle es sich um eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 und 4 KG, was zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen müsse.

#### **E. 5.4.4**

Art. 25 Abs. 1 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren. Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Beide Absätze basieren auf demselben Geheimnisbegriff, wobei der Gegenstand des Amtsgeheimnisses im Sinne von Art. 25 Abs. 1 KG weiter reicht als derjenige des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG (Simon Bangerter, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 25 N. 52). Geschäftsgeheimnisse sind (1) weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr geheimhalten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes (objektives) Geheimhaltungsinteresse hat (vgl. BGE 142 II 268, Nikon, E. 5.2.2.1 m.H.). Gegenstand von Geschäftsgeheimnissen können nur geschäftlich relevante Informationen sein, d.h. solche, die Einkaufs- und Bezugsquellen, die Betriebsorganisation,

die Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen (BGE 142 II 268, Nikon, E. 5.2.3 m.H.). Folgende Tatsachen implizieren in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, die interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (BGE 142 II 268, Nikon, E. 5.2.4; vgl. auch Bangerter, Art. 25 N. 56). Eine Verletzung von Amts- oder Geschäftsgeheimnissen durch Mitglieder der WEKO oder Mitarbeitende des Sekretariats kann strafrechtliche, disziplinarische und haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen; diesbezüglich besteht allerdings keine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 4.1.2 m.H.; Bangerter, Art. 25 N. 30 ff., N. 66; Vincent Martenet, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), *Droit de la concurrence*, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 25 KG N. 27 ff.). Weshalb eine solche Geheimnisverletzung gegebenenfalls aber eine Aufhebung der Sanktionsverfügung bewirken müsste, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat ihre dahingehende Behauptung denn auch nicht substantiiert. Auf ihr Rechtsbegehren um Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen Verletzung der Pflicht zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen.

## **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 weiterzuerbreiten 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. 7.1**

Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin reichte Kaufverträge sowie Tabellen mit ihren zwischen dem 4. März und dem 14. April 2013 erstellten Offerten ein. Letztere enthalten die Namen zahlreicher Interessenten, diejenigen der zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, die Bezeichnungen der betreffenden Fahrzeuge, deren Preise, die offerierten Rabatte sowie allfällige spezielle preisliche Konditionen. Dazu erklärt die Beschwerdeführerin, bei der

sehr geringen Anzahl von Verkaufsverträgen, welche zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 abgeschlossen worden seien, sei der individuelle Spielraum für Nachlässe in sechs Fällen überschritten worden. Es seien Rabattsätze von [...] % gewährt worden. Dies zeige deutlich, dass sich die Beschwerdeführerin und ihr Verkaufspersonal, welches gar nicht um die Konditionenliste des "Projekts Repo 2013" gewusst habe, überhaupt nicht an diese gehalten hätten bzw. hätten halten können. In keiner Weise habe sich die Beschwerdeführerin, ihr CEO oder ein anderer Mitarbeiter an der Ausarbeitung und Entwicklung einer gemeinsamen Konditionenliste beteiligt oder bei der Erstellung einer solchen mitgewirkt. Gleiches gelte für die Präsentation, welche sich mit dem "Projekt Repo 2013" befasst habe. Die Beschwerdeführerin benütze ihre eigenen Konditionenlisten, überarbeite diese regelmässig und passe sie den Marktverhältnissen an. Ihre Verkäufer seien nicht an einen Fix- oder Maximalrabatt gebunden, weder bei Erstofferten noch während der restlichen Verkaufsverhandlungen. Ferner sei eindeutig ersichtlich, dass die Rabattsätze der Konditionenliste der Beschwerdeführerin und jene des "Projekts Repo 2013" nicht vergleichbar seien.

## **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 solche Abrede geschlossen zu haben. Weder sie, noch ihr Geschäftsleiter oder andere ihrer Mitarbeiter

B-7920/2015 Seite 35 hätten sich aktiv an der Vorbereitung des Projekts "Repo 2013" beteiligt. Erst mit der E-Mail vom 22. Januar 2013, welche an die Vorstandsmitglieder des VPVW verschickt worden sei, habe ihr Geschäftsleiter Kenntnis von der Diskussion erhalten. Er habe gar nicht gewusst, was mit dem Ausdruck "Projekt Repo" gemeint gewesen sei. Da diese E-Mail an die Vorstandsmitglieder adressiert gewesen sei, sei er davon ausgegangen, dass es sich um ein Thema des VPVW handle. Er habe weder auf die erwähnte E-Mail geantwortet, noch diesbezüglich Kontakt zu den anderen Adressaten gesucht. Es liege auch kein Beweis dafür vor, dass ein Vertreter der Beschwerdeführerin am Treffen, welches während der VPVW-MVR-Tagung stattgefunden haben sollte, teilgenommen hätte. Ebenso wenig gebe es einen Beweis dafür, dass sich die Beschwerdeführerin oder ihr Geschäftsleiter an der darauffolgenden E-Mail-Diskussion beteiligt hätte. Die Kronzeugin verfüge über einen Marktanteil von weit über [...] % beim Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. In ihrer Bonusmeldung habe sie sich denn auch selber als Preisführerin bezeichnet. Der Verkaufsmarkt von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns sei oligopolistisch strukturiert, und die Kronzeugin besitze als Importeurin dieser Marken bei der Preisfestsetzung einen weit grösseren Spielraum als die anderen Verfahrensparteien. Folglich habe die Besprechung vom 6. Februar 2013, an der notabene weder der Geschäftsleiter noch ein anderer Vertreter der Beschwerdeführerin teilgenommen habe, keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG herbeigeführt. Zu keinem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin ein wettbewerbswidriges Verhalten angestrebt, sondern bestenfalls durch die Aktivitäten ihres Geschäftsleiters als Vorstandsmitglied des VPVW den Anschein einer Kooperation erweckt. Sie habe stets ihre eigenen Konditionenlisten verwendet, um hierdurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten zu erlangen. Ihre eingereichten eigenen Konditionenlisten sowie die Kauf-

verträge, welche an ihren verschiedenen Standorten während der Dauer der angeblichen Abrede geschlossen worden seien, bewiesen, dass die Beschwerdeführerin nicht auf ihre unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet habe. Die Vorinstanz übersehe, dass die Kronzeugin ihre Konditionenliste mit E-Mail vom 22. Januar 2013 durch [...] an [R.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Y.\_\_\_\_\_ AG]) verschickt habe. Wie die Vorinstanz selber feststelle (Ziff. 26 f. der Sanktionsverfügung), entspreche die Konditionenliste des Retail-

B-7920/2015 Seite 36 bereichs der Selbstanzeigerin (Gültigkeit ab 18. Februar 2013) der Konditionenliste des Projekts "Repo 2013". In der Verfügung habe die Vorinstanz dazu festgehalten, [Y.\_\_\_\_\_ AG] habe seine eigene Konditionenliste an die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin mit Gültigkeit ab 18. Februar 2013 angepasst und diese am 8. Februar 2013 per E-Mail an die [Q.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] gesandt. Sie erbringe keinen Beweis dafür, dass [Y.\_\_\_\_\_ AG] die Konditionenliste tatsächlich an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin geschickt habe. Überdies verkenne die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin nicht an der Ausarbeitung der Konditionenliste beteiligt gewesen sei und dass sie mit der Durchführung des Stammtisches der Region [...], an welchem weder die Konditionenliste noch die Rabattsätze gezeigt worden seien, keine Massnahme ergriffen habe, welche objektiv geeignet gewesen wäre, die Höhe der Endverkaufspreise von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns zu beeinflussen. In diesem Sinne habe sie weder bewusst noch gewollt mit den anderen Verfahrensparteien zusammengewirkt, um damit eine Wettbewerbsbeschränkung mindestens zu bezwecken. Die "Stammtische" seien zwischen dem 18. und dem 27. März 2013 abgehalten worden, wobei anzumerken sei, dass (I.) nicht alle zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns Mitglieder des VPVW seien, (II.) gar nicht alle Stammtische abgehalten worden seien und die Teilnehmerzahl der Mitglieder gering gewesen sei, (III.) sich die an den jeweiligen Stammtischen gehaltenen Präsentationen, welche angeblich zur Verbreitung der Wettbewerbsabrede gedient hätten, erheblich voneinander unterschieden hätten, was die Beschwerdeführerin stets betont habe und (IV.) der letzte Stammtisch abgehalten worden sei, nachdem der Präsident des VPVW die Untersuchungsadressaten bereits per E-Mail dazu aufgefordert gehabt habe, die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten, was die Vorinstanz selber erwähne. Der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin habe den Stammtisch der Region [...] in seiner Funktion als Vorstandsmitglied des VPVW durchgeführt. Er habe die Präsentation neben mehreren anderen Verbandsthemen gezeigt, habe diese weder verfasst, noch sei er an ihrer Ausarbeitung beteiligt gewesen, habe die Rabatzzahlen der Konditionenliste abgedeckt und den weiteren Inhalt der Präsentation so vorgetragen, wie er ihn von den ande-

B-7920/2015 Seite 37 ren Vorstandsmitgliedern erhalten habe. Für den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin sei immer klar gewesen, dass er in seiner Funktion als Vorstandsmitglied handle, nicht als Vertreter der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz habe keine Beweise dafür erbracht, dass das Projekt "Repo 2013" wesentliche Preisbestandteile betroffen hätte, welche eine bedeutende Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb hätten haben können. Eine Ablieferungspauschale sei im Verhältnis zum Gesamtpreis eines Neuwagens lediglich ein unbedeutender Bestandteil. Folglich könne die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bei Erstofferten keine bedeutenden Folgen für den wirksamen Wettbewerb auf dem Neuwagenverkaufsmarkt für

Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gehabt haben. Bei der allfälligen Abrede handle es sich um maximale Rabatte bei Erstofferten und nicht um Fixrabatte. Ein maximaler Rabatt lasse einen gewissen Spielraum zu, zumindest bis zur Erreichung des Maximums. Er werde erst dann ein Problem, wenn er zu einem Fixrabatt führe, d.h. wenn alle den maximalen Rabatt (auf den Endverkaufspreis) gewährten. Ob dies der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Sie habe es unterlassen, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln. Angesichts der von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumente (eigene Konditionenlisten und abgeschlossene Verträge) hätte die Vorinstanz ernsthaft an ihrer Teilnahme an der Abrede zweifeln müssen. Hätte sie dies getan, so hätte sie festgestellt, dass die Erstofferten, welche die Beschwerdeführerin während des für die Vorinstanz relevanten Zeitraums (28. März sowie 2. und 3. April 2013) erstellt habe, keineswegs den Rabattsätzen des Projekts "Repo" entsprächen und sich die Beschwerdeführerin nicht an die Vorgaben der Konditionenliste des Projekts "Repo" gehalten habe. Zudem hätte sie anhand der eingereichten Konditionenlisten und der effektiv abgeschlossenen Verträge feststellen müssen, dass die Beschwerdeführerin weder die Rabattsätze noch die Ablieferungspauschalen des Projekts "Repo" benutzt habe, was für jegliche Kategorie verkaufter Neuwagen gelte.

## **E. 8.2**

Auf ihre Sanktionsverfügung verweisend, erwidert die WEKO, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der klei-

B-7920/2015 Seite 38 nen Konkurrenten an den Vorgaben eines Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen hätten jedoch nicht einfach entschieden, die Preise einer Konkurrentin zu befolgen, sondern eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart und Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durchgeführt. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin am Treffen vom 6. Februar 2013 nicht teilgenommen habe, sei für die Beurteilung nicht entscheidend. Eine Anwesenheit der Beschwerdeführerin an diesem Treffen habe die Vorinstanz auch nie behauptet. Es gelte jedoch zu beachten, dass die anderen Parteien die Beschwerdeführerin über den Inhalt des Treffens vom 6. Februar 2013 informiert hätten und aus der Beweislage klar hervorgehe, dass sie am Projekt "Repo 2013" von Anfang an beteiligt gewesen sei und an seiner Umsetzung aktiv mitgewirkt habe. [...] habe die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin nicht aus eigener Initiative, sondern als Antwort auf den Vorschlag von [R.\_\_\_\_\_ AG] betreffend die Umsetzung des Projekts "Repo 2013" verschickt. [Y.\_\_\_\_\_ AG] habe seine eigene Konditionenliste nicht an die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin, die [...] mit E-Mail vom 22. Januar 2013 den Herren [R.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG] geschickt habe, angepasst, sondern an die Konditionenliste, die am 6. Februar 2013 mit den anderen Parteien vereinbart worden sei. Die Preisnachlässe und die Ablieferungspauschalen der vereinbarten Konditionenliste entsprächen daher in ihrer definitiven Fassung nicht den Konditionen der internen Konditionenliste, die [...; Q.\_\_\_\_\_ AG] mit E-Mail vom 22. Januar 2013 versandt habe. Nach dem europäischen Wettbewerbsrecht sei ein Unternehmen auch dann als Teilnehmer einer Vereinbarung zu qualifizieren, wenn es an Zusammenkünften, bei denen wettbewerbswidrige Absprachen getroffen worden seien, teilgenommen habe, ohne

sich eindeutig zu widersetzen. Die Wiederholung der Teilnahme sei dabei kein Tatbestandsmerkmal einer Vereinbarung. Es genüge eine einmalige Teilnahme. Stehe fest, dass ein Unternehmen an einer solchen Zusammenkunft teilgenommen habe, so obliege es dem Unternehmen, Umstände darzutun, aus denen sich ergebe, dass ihm dabei jede wettbewerbswidrige Einstellung gefehlt habe. Die Beschwerdeführerin habe das vereinbarte Ziel gegenüber den anderen beteiligten Unternehmen nie abgelehnt und sich nie vom Projekt "Repo

B-7920/2015 Seite 39 2013" distanziert. Im Gegenteil hätten die Herren [X.\_\_\_\_\_ AG] die Präsentation anlässlich des Stammtisches der Region [...] gehalten. Dabei hätten sie einen Auszug aus der vereinbarten Konditionenliste, verschiedene Beispiele zu deren Anwendung sowie die entsprechenden "Spielregeln" gezeigt und erklärt. Schliesslich hätten sie die Präsentation und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches gesandt. Auf diese Weise habe die Beschwerdeführerin aktiv am Projekt "Repo 2013" teilgenommen und es zumindest unterstützt. Gemäss eigener Aussage sei dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin das Ziel des Projektes "Repo 2013" bekannt gewesen ("Weil die Listenpreise von VW und Skoda durch [Q.\_\_\_\_\_ AG] reduziert wurden, war es die Idee, auch die Nachlässe anzupassen", "[...] Und dazu hiess es, man solle diese Nachlässe bei den Erstofferten einsetzen", "[...] Die Idee, die dahinterstand, war mir schon klar, da ging es vielleicht schon darum, dass man im Netz nicht mehr so viel Rabatt gibt"). Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen hätten das Ziel verfolgt, die Rabatthöhe für Erstofferten innerhalb des Netzes der zugelassenen Händler des VW-Konzerns durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste und die Verbreitung der vereinbarten Rabattpolitik zu bestimmen, um einen Margengewinn zu erzielen. Diese Nivellierung der Erstofferten nach oben und die entsprechende Rabattsenkung seien zweifellos geeignet gewesen, zu einer Einschränkung des Preiswettbewerbs zu führen.

### **E. 8.3**

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

#### **E. 8.3.1**

Eine Vereinbarung manifestiert sich in einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen. Ob solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220), welche eine – ausdrückliche oder stillschweigende – übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung verlangen. Dabei entscheidet der wirkliche Wille der Parteien, nicht aber eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (Art. 18 Abs. 1 OR). Rein unilaterale (beabsichtigte) Wettbewerbsbe-

B-7920/2015 Seite 40 schränkungen gelten nicht als Abreden. Allerdings kann eine einseitige Erklärung, verbunden mit entsprechender Durchsetzungsmacht, in eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG münden, wenn der Adressat den Willen des Erklärenden zu erkennen vermag und sich ihm explizite oder konkludenterweise unterzieht. Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG gehen über den obligationenrechtlichen, auf Austausch oder Gesellschaft beruhenden Vertrag hinaus, da sie sich auch auf rechtlich nicht erzwingbare Verhältnisse

erstrecken (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3 und 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1 sowie Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG gg. WEKO, Türbeschläge, E. 4.1, je m.H.; SIMON BANGERTER / BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N. 19 ff.; MARC AMSTUTZ / BLAISE CARRON / MANI REINERT, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N. 1 ff., 21 ff. m.H.).

### **E. 8.3.2**

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

B-7920/2015 Seite 41 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, Türbeschläge, E. 4.1 und B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS, E. 5.3.7, je m.H.; BANGERTER / ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 22 und 53 ff.; AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 35). Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen; diese Fälle stellen keine Wettbewerbsabreden dar, da das Element der Abstimmung fehlt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, N. 368 f.; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF / OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 5 N. 65, wonach der Tatbestand einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bei Preisführerschaft nicht erfüllt ist; ROLF H. WEBER / STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, 2013, N. 2.117). Preisführerschaft, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, kann sich ergeben, wenn ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die anderen gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die schwächeren Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, ihm mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn er

könnte seine Preise jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen (vgl. ZÄCH, N. 369; BANGERTER / ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N. 67 m.H.; AMSTUTZ / CARRON / REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 119; KRAUSKOPF / SCHALLER, Art. 5 KG N. 65).

### **E. 8.3.3**

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

B-7920/2015 Seite 42 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, die Selbstanzeigerin verfüge im Retailbereich über einen Marktanteil von rund [...] %. Aufgrund dessen habe das Sekretariat der Vorinstanz am 14. September 2014 eine Vorabklärung wegen Missbrauchs der Marktmacht eröffnet. Deshalb liege es bereits aus marktstrukturellen Gründen auf der Hand, dass sich die übrige Konkurrenz (zugelassene Händler / Konzessionäre der Selbstanzeigerin und Wiederverkäufer) an den Preisen der Selbstanzeigerin orientiere. Bei der Selbstanzeigerin bestehe keine wirtschaftliche Trennung zwischen Import und Retail, d.h. sie verfüge als Gesamtunternehmen über Marktmacht sowohl als Importeurin als auch als Retailbetrieb mit ca. [...] des gesamten Absatzvolumens der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz. Sie könne also auf die Unternehmensergebnisse der zugelassenen Händler sehr direkt Einfluss nehmen, beispielsweise, indem sie das Margensystem verändere. Dies führe dazu, dass die zugelassenen Händler (darunter auch die Beschwerdeführerin) ihr Rabattverhalten zwingend anpassen müssten, um noch knapp kostendeckend agieren zu können. Vor diesem Hintergrund sei es auch nicht erstaunlich, dass die angeblich vereinbarte Konditionenliste aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin im Wesentlichen mit der [Q. \_\_\_\_\_ AG]-internen Konditionenliste übereinstimme, was auch

durch mehrere Verfahrensparteien bestätigt worden sei.

#### **E. 8.4.2**

Darauf entgegnet die WEKO, Preisführerschaft liege vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgten. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer

B-7920/2015 Seite 43 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Wie in der angefochtenen Verfügung dargelegt, gehe aus dem Beweismaterial klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen (Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen) gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten des Retailbereichs der Selbstanzeigerin orientiert hätten. Dass die Q. \_\_\_\_\_ AG gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ihren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich des Retailbereichs der Q. \_\_\_\_\_ AG, hätten ein gemeinsames Interesse daran gehabt, die Wettbewerbsabrede zu treffen, 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. [R. \_\_\_\_\_ AG] habe sogar „von einer Chance von ca. 24 Mio.“ gesprochen.

#### **E. 8.4.3**

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

##### **E. 8.4.3.1**

Wenn ein an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligtes Unternehmen an deren Aufdeckung und Beseitigung mitwirkt, kann auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) 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

B-7920/2015 Seite 44 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, welche eine Wettbewerbsabrede verunmöglichen würde.

#### **E. 8.4.3.3**

Indizien dafür, dass die Selbstanzeigerin die Unternehmen zur Teilnahme am angezeigten Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin beruft sich nicht auf eigentlichen Zwang. Ebensovienig lässt sich aber feststellen, dass die Selbstanzeigerin die betreffenden Unternehmen zum vorgeworfenen Verhalten speziell motiviert hätte. Von einer anstiftenden oder führenden Rolle der Selbstanzeigerin in dem Sinne, dass gar 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 [...] 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 [...] 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 [...] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt zwar jeweils nur [Q. \_\_\_\_\_ AG]-intern. Naturgemäss gelangt die Liste aber bisweilen in die Hände anderer autorisierter Händler, die nicht zu [Q. \_\_\_\_\_ AG] RETAIL

B-7920/2015 Seite 45 gehören. Dies führt in der Praxis dazu, dass sich das Preisniveau aufgrund des normalen Marktverhaltens der Marktteilnehmer jeweils in einem gewissen Masse angleicht. In ihrem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zur Verteilung der vorstehend erwähnten Konditionenliste an ihre Retailbetriebe hielt die Selbstanzeigerin fest (Zitat): Im Januar haben Sie von uns die neue Konditionenliste 2013 erhalten und bereits gibt es eine neue Version davon. Warum? Wie Sie alle wissen, haben nun die Marken VW-PW, VW-NF und Skoda ihre Preise ebenfalls repositioniert und dies ist für [...] 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. 1 bis 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**

Unter der Überschrift „Vorbringen der Verfahrensparteien“ stellte die WEKO in Ziff. 71 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 zum

B-7920/2015 Seite 46 Thema „Preisführerschaft“ fest, die Untersuchungsadressatinnen machten geltend, die Selbstanzeigerin habe eine führende Rolle bei der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme. Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die Selbstanzeigerin [...] % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und ihre interne Konditionenliste mit der angeblich vereinbarten übereinstimme. Die WEKO würdigte dieses Vorbringen in Ziff. 86 der angefochtenen Verfügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass ein grosser Teil des Projekts „Repo 2013“ von der R. \_\_\_\_\_ AG vorbereitet und organisiert worden sei. So habe Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] die Diskussion während der Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen (VW-PW-MVR-Tagung) und die Idee des Projekts „Repo 2013“ für die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbreitet. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] habe ausserdem vorgeschlagen, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am Projekt „Repo 2013“ einzuladen. Er habe auch dafür gesorgt, [...] (Direktor der X. \_\_\_\_\_ AG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend gewesen sei, zu informieren. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] sei ausserdem der Autor der Präsentation, was ihn als wichtigen Urheber des Projekts „Repo 2013“ auszeichne. Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden. Gemäss ihrer Aussage orientierten sich ihre zugelassenen Händler, die sog. freien Vertragspartner, aufgrund der starken Präsenz der Retailbetriebe der Selbstanzeigerin in

gewissen Regionen der Schweiz an deren Konditionen oder Angeboten. Wörtlich lautet die entsprechende Aussage des Leiters „Dealer Operations“ der Selbstanzeigerin zur Preisführerschaft (Zitat):

B-7920/2015 Seite 47 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.

#### **E. 8.4.4.3**

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) 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. 8.4.4.4**

Mit E-Mail vom 5. März 2013 an [R.\_\_\_\_\_ AG], [...] (Geschäftsleiter der Y.\_\_\_\_\_ AG), [Geschäftsleiter der 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 Detail-Kunden beim Polo von [...]% auf [...]% korrigiert und beim Golf von [...]% auf [...]%. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir) da der Rabattunterschied – und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden – evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.

B-7920/2015 Seite 48 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 auspielen können. Vielmehr hätte sie sich

dann einfach auf ihre Preissetzungsmacht verlassen, ohne sich mit der Konkurrenz abzusprechen. Umgekehrt wäre diese nicht in der Position gewesen, mit der Selbstanzeigerin über Verkaufskonditionen zu verhandeln, wenn sie sich im Rahmen des inkriminierten Sachverhalts mit Preisführerschaft konfrontiert gesehen hätte. Gerade die oben zitierte Äusserung zeichnet daher das Bild gleichgestellter Verhandlungspartner. Unter diesen Umständen bedarf es im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Abklärungen zur Frage eventueller Preisführerschaft der Selbstanzeigerin.

#### **E. 8.4.4.5**

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. 8.5**

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

B-7920/2015 Seite 49 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. \_\_\_\_\_] Import AG 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 [Q. \_\_\_\_\_ AG], [R. \_\_\_\_\_ AG] und [Y. \_\_\_\_\_ AG] an einer Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen vom 10. und

##### **E. 8.6.1**

Am 22. Januar 2013 (16.18 h) informierte [R. \_\_\_\_\_ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin], 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.

B-7920/2015 Seite 50 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 Eintausches müssen wir leben können. [...] 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 (10.27 h) 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 bzgl. Rabattverhalten nach Repo.

B-7920/2015 Seite 51 [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. In einem E-Mail vom 5. März 2013 (10.35 h; Betreff: „Konditionentabelle nach

unserem Meeting vom 6. Februar in [...]“) an [R.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] schrieb [Q.\_\_\_\_\_ AG] unter anderem Folgendes (auszugsweise zitiert): [...] Wenn ich mir nun die Konditionen anschau, dann haben wir bei den Detail- Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da der Rabattunterschied – und die Polos, Golf Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden – evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden. Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird. Gleichtags (18.14 h) erklärte [R.\_\_\_\_\_ AG] gegenüber [Q.\_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Z.\_\_\_\_\_ AG], [X.\_\_\_\_\_ AG] und Y.\_\_\_\_\_ AG) per E-Mail (Zitat): Guten Abend miteinander Auch ich würde es begrüßen, wenn wir an diesen [,,] % festhalten könnten. Denn auch andere Modelle bei anderen Marken sind betroffen und somit kä- men dann auch diese Verkäufer auf die Idee, die Konditionen zu heben. Es ist uns sicher allen bewusst, dass die Ausgangslage der Einpreisung nicht bei allen Modellen optimal ist, aber auch bei Audi hatte es Modelle, welche teurer wurden. Der Vorteil ist sicher, dass der Import mächtig Werbung macht mit dem Wort „Volkspreisen“ und zudem werden wir gegenüber der Audi Repo alle Händler informieren können. Wichtig ist sicher, dass wir uns engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten. Ich denke, schon nach 3 Monaten müssen wir darüber sprechen. Korrigieren können wir immer noch. [...]

B-7920/2015 Seite 52 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): Guten Abend zusammen Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen. Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten. Am 6. März 2013 (07.21 h) teilte [Y.\_\_\_\_\_ AG] [Z.\_\_\_\_\_ AG] und [Q.\_\_\_\_\_ AG] per E-Mail (mit Kopie [R.\_\_\_\_\_ AG] und [X.\_\_\_\_\_ AG]) Folgendes mit (Zitat): Guten Morgen zusammen Ich finde es einen guten Schritt, aber wie [...] sagt es müssen sich alle an die Spielregeln halten. Insbesondere wird es das Wichtigste sein, dass wir alle, Retail die Grossen wie die Kleinen ins Boot holen, dass sie es den Verkäufern eintrichtern dies zu glauben und umzusetzen. Die Kontrollen in naher Zukunft sind wichtig. Ich hatte gestern einige Telefone mit Kollegen und die möchten wissen wie es jetzt weitergeht, ich werde ihnen meine Listen anonym zusenden. Freiburg war gestern mit der alten Liste unterwegs bei den Händlern und Ser- vicepartnern, und Solothurn wusste auch noch nichts davon, [...] ich glaube die Repo Liste haben sie noch nicht erhalten. Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO. Gruss [...] Um 07.54 h desselben Tages schrieb [R.\_\_\_\_\_ AG], die Anrede "Liebe Kollegen" verwendend (genauer Adressatenkreis nicht ersichtlich), unter anderem, was folgt (Zitat): Einladungsschreiben Stammtisch Gestern habe ich mit [X.\_\_\_\_\_ AG] die Gebiete abgestimmt. [...], du be- kommst von mir noch die def. Liste meiner Region [...]. [X.\_\_\_\_\_ AG] hat mich gefragt, wer bzw. in welchem Namen wir das Einla- dungsschreiben aufsetzen.

B-7920/2015 Seite 53 Spontan habe ich gesagt, dass es nicht offiziell der Händlervorstand sein darf betreffend dem Thema. Heute Morgen bin ich mir nicht mehr so sicher, weil es ja

der erste offizielle Stammtisch sein soll. [...] Nach ergänzender Korrespondenz betreffend den Umsetzungszeitpunkt erklärte [Z. \_\_\_\_\_ AG] in einem E-Mail vom 6. März 2013 (08.21 h) an [R. \_\_\_\_\_ AG] (mit Kopie an [Y. \_\_\_\_\_ AG], [Q. \_\_\_\_\_ AG] und [X. \_\_\_\_\_ AG]) Folgendes (Zitat): Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...] Am 26. März 2013 sandte [Z. \_\_\_\_\_ AG] [R. \_\_\_\_\_ AG] ein E-Mail (mit Kopie an [Q. \_\_\_\_\_ AG], [...], [X. \_\_\_\_\_ AG] und [Präsident VPVW]), worin er unter anderem Folgendes festhielt (Zitat): Geschätzte Händlerkollegen Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt. Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss „Bedenken“, aber wir wollen es alle versuchen. Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2% weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr „hängen“. [...] Mit E-Mail vom 27. März 2013 unterrichtete [Y. \_\_\_\_\_ AG] [Präsident VPVW] und [Q. \_\_\_\_\_ AG] sowie, in Kopie, die übrigen Involvierten, namentlich den Direktor der Beschwerdeführerin, wie folgt (Zitat): Hallo zusammen Mein Feedback zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knack- nüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen. Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde. Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q. \_\_\_\_\_ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen.

B-7920/2015 Seite 54 Im weiteren habe ich auf grossen Wunsch der meisten versprochen die Präsentation zu mailen. Im Wissen dass es Vertriebspartner und Servicepartner dabei hatte, habe ich die fünf [...] Formulare ausgeblendet. Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013. Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Trittbrettfahrer ins Boot holen können und das langfristig. In meinem Gebiet hat es drin und angrenzend einige spezielle Mitbewerber [...] auch die Problematik des [...] hat mir [...] geschildert. Ich glaube, dass wir vom Vorstand noch mit den Feedbacks von allen zusätzliche Strategien entwickeln sollten um die auch noch ins Boot zu holen. [...]

### **E. 8.6.2**

Aus der soeben wiedergegebenen E-Mail-Korrespondenz muss geschlossen werden, dass sich jedenfalls die aktiv daran Beteiligten auf zahlenmässig bestimmte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen, wie sie in der betreffenden Liste festgesetzt worden waren, einigten. Diese Rabatte und Ablieferungspauschalen sollten die Margen der Händler durch Erhöhung der tatsächlichen Verkaufspreise für Neufahrzeuge vergrössern. Sie dienten also der Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters, denn sie waren dazu bestimmt, die Gestaltung der Neuwagenpreise durch eine Vielzahl von Händlern zu vereinheitlichen. Mithin wurde eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt. Dass die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" für Erstofferter vereinbart waren und bisweilen noch ein individuell zu bewertendes Eintauschfahrzeug 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, gemeinsam die Preise anzuheben und so den Wettbewerb zu beschränken. Nicht erwiesen ist damit jedoch, dass die Beschwerdeführerin an dieser Abrede beteiligt gewesen wäre.

### **E. 8.6.3**

Die Vorinstanz verweist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), wonach die oppositionslose Teilnahme an einer Unternehmenszusammenkunft, an welcher es zu einer wettbewerbswidrigen Abrede kommt, als Beteiligung an der Abrede zu gelten hat, sofern das fragliche Unternehmen nicht darlegt, dass es mit der Teilnahme am Treffen ausschliesslich wettbewerbskonforme Ziele verfolgte und dies den übrigen

B-7920/2015 Seite 55 am Treffen beteiligten Unternehmen kundgetan oder die Absprache umgehend den Wettbewerbsbehörden gemeldet hat (vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 m.H.). Die vom EuGH zu dieser Frage entwickelten Grundsätze sind gemäss einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Prinzip auf schweizerische Rechtsverhältnisse übertragbar, doch kommt es (auch nach der Praxis des EuGH) für die Beurteilung eines bestimmten Verhaltens weniger auf abstrakte Kriterien als auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Eine Vereinbarung setzt zudem begrifflich einen mindestens konkludent geäusserten Verpflichtungswillen voraus, welcher vorbehaltlich besonderer Umstände in der Regel nicht schon aus der einmaligen stillen Teilnahme an einem Treffen herzuleiten sein wird, zumal in diesem Punkt auch nicht von einer kartellrechtstypisch erschwerten Beweislage auszugehen ist; vielmehr sind die Umstände mit einem zivilrechtlichen Konsensstreit vergleichbar (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschlüsse, E. 4.4 m.H.). Mithin gilt das ordentliche Beweismass, wobei die Feststellung des wirklichen Willens möglicher Abrededepartners Tatfrage, die Auslegung von Willenserklärungen hingegen Rechtsfrage ist. In tatsächlicher Hinsicht ist bei rechtsgenügend erhobenen Beweisen im Zweifel von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen. Eine punktuelle Beweislastverschiebung ist dabei nicht per se mit der Unschuldsvermutung unvereinbar.

Vielmehr kann mangels gegenteiliger Indizien der Schluss von einer bewiesenen Tatsache auf eine wahrscheinliche andere Tatsache aufgrund der Umstände zulässig sein, sofern die Annahme widerlegbar ist und das angeschuldigte Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich zu verteidigen. Dies gilt insbesondere für innere Tatsachen, welche nur durch indirekte Beweise erschlossen werden können (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Türbeschlüsse, E. 4.4 m.H.). In diesem Kontext sei noch das Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 in der Rechtssache C-74/14 erwähnt. Anlässlich einer Vorabentscheidung erkannte der EuGH Folgendes (Zitat): Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass, wenn der Administrator eines Informationssystems, das Reisebüros ermöglichen soll, in einheitlicher Buchungsform Reisen auf ihrer Website zu vertreiben, diesen Wirtschaftsteilnehmern über einen individuellen elektronischen Mitteilungsdienst eine Mitteilung sendet, in der sie darauf aufmerksam gemacht werden, dass für die Preisnachlässe auf die mittels dieses Systems vertriebenen Produkte fortan eine Obergrenze gelte und im Anschluss an die Verbreitung dieser Mitteilung an

B-7920/2015 Seite 56 dem fraglichen System technische Änderungen vorgenommen würden, die für die Durchführung dieser Massnahme erforderlich seien, vermutet werden kann, dass diese Wirtschaftsteilnehmer ab dem Zeitpunkt, zu dem sie von der vom Systemadministrator versandten Mitteilung Kenntnis erlangten, sich an einer abgestimmten

Verhaltensweise im Sinne dieser Bestimmung beteiligt haben, wenn sie es unterlassen haben, sich öffentlich von dieser Verhaltensweise zu distanzieren, sie nicht bei den Behörden angezeigt haben oder keine anderen Beweise zur Widerlegung dieser Vermutung wie etwa den Nachweis einer systematischen Gewährung eines über die fragliche Obergrenze hinausgehenden Preisnachlasses vorgelegt haben. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, auf der Grundlage der nationalen Rechtsvorschriften über die Beweiswürdigung und das Beweismass zu prüfen, ob im Hinblick auf sämtliche ihm unterbreiteten Umstände das Versenden einer Mitteilung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ein hinreichender Beweis dafür sein kann, dass ihre Adressaten deren Inhalt kannten. Die Unschuldsvermutung versagt dem vorliegenden Gericht, davon auszugehen, dass das blosses Versenden einer Mitteilung ein hinreichender Beweis dafür sein könne, dass deren Adressaten zwangsläufig deren Inhalt kennen mussten.

#### **E. 8.6.4**

Am 6. Februar 2013 hatten sich [Q.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] zu einer Besprechung in [...] getroffen. Aus den E-Mails von [Q.\_\_\_\_\_ AG] vom 4. und 5. März 2013 ergibt sich, dass dabei über eine (gemeinsame) Konditionenliste diskutiert wurde. Weder der Geschäftsleiter noch sonst ein Vertreter der Beschwerdeführerin nahm freilich an diesem Treffen teil, wie die Vorinstanz selber einräumt. Überhaupt lässt sich anhand der verfügbaren Akten keine Teilnahme der Beschwerdeführerin an einer Zusammenkunft, an der eine Wettbewerbsabrede getroffen worden wäre, feststellen. Schon deshalb stösst der Hinweis der Vorinstanz auf die Rechtsprechung des EuGH ins Leere.

#### **E. 8.6.5**

Der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin erscheint im aktenkundigen E-Mail-Austausch zwar teilweise als Adressat, teilweise als Empfänger von Kopien. Durch Mitarbeiter der Beschwerdeführerin verfasste oder versandte Textnachrichten, welche sich auf die soeben wiedergegebene Diskussion beziehen würden, finden sich in den Akten jedoch keine. Die oben zitierte Bemerkung von [R.\_\_\_\_\_ AG] betreffend Gebietsaufteilung und Einladungsschreiben erlaubt keine Rückschlüsse auf eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer Debatte über Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, denn sie betrifft nur organisatorische Modalitäten der sog. Stammtische. Gleiches gilt für seine Äusserung (E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y.\_\_\_\_\_ AG], mit Kopie an [Q.\_\_\_\_\_ AG]), er habe noch kurz mit [X.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] sprechen können, und "wie auch in den Antwortmails bestätigt", seien diese beiden "einverstanden,

B-7920/2015 Seite 57 mitzuziehen und sich auch zu engagieren". Ein solches Antwortmail der Beschwerdeführerin liegt nicht vor, und es bleibt unklar, worin das Engagement ihres Geschäftsleiters genau bestehen sollte. Bei seiner Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 erklärte dieser zur soeben erwähnten Bemerkung von [R.\_\_\_\_\_ AG] (Protokollzitat): Soweit ich mich erinnern mag, hat er mir erzählt, was das Projekt Repo ist. Es ist ein Informatiksystem, in welchem die Verkäufer die Offerten machen. Es ging darum, dass gewisse Personen offenbar diese Erstofferten immer falsch gemacht haben. Man wollte das aufnehmen und den Mitgliedern präsentieren. Aber ich habe das nicht richtig verstanden, weil ich das System gar nicht kenne. Ich leite ein Unternehmen mit [...] Mitarbeitern. Ich weiss nicht, mit welchen Hilfsmitteln der einzelne Verkäufer arbeitet.

Ich machte mit, weil es sich um ein Verbandsthema handelte und habe das Thema präsentiert. Es wurde auch erwähnt, dass es ein Treffen gibt, das Treffen hat dann nicht stattgefunden, ich war nie an einem Treffen dabei. Folglich lässt sich jedenfalls aus dem E-Mail-Verkehr allein keine (konkludente) Teilnahme der Beschwerdeführerin an einer entsprechenden Abrede herauslesen. Während des gesamten beweismässig erstellten Austausches elektronischer Nachrichten verblieb die Beschwerdeführerin in der passiven Rolle einer Informationsempfängerin. Auch die Befragung ihres Geschäftsführers durch die Vorinstanz liefert keinen schlüssigen Beweis dafür, dass die Beschwerdeführerin zusammen mit anderen Unternehmen eine Wettbewerbsabrede vereinbart hätte.

#### **E. 8.7**

Anlässlich seiner Einvernahme durch das Sekretariat vom 17. Juni 2013 erwiderte der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin auf die Frage, ob er die Konditionenliste und die Rabattpolitik seiner Konkurrenten für Neufahrzeuge der VW-Gruppe kenne (Protokollzitat): Teilweise, ja. Ich kenne die Liste, welche erstellt worden ist und bei den Präsentationen gezeigt worden ist. Man hat mir intern gesagt, dass dies die [Q. \_\_\_\_\_ AG] Retail Liste sei. Weiter erklärte er, er wisse nicht genau, von wem die Liste erstellt worden sei. Sie sei ihm im Rahmen der Präsentation des Stammtisches einfach zugeschickt worden. Er habe sie am 24. Februar 2013 per Mail erhalten. Auf Vorhalt der Konditionenliste (Preisnachlassempfehlung für Neufahrzeuge) vom 1. März 2013 äusserte sich der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin wie folgt (Protokollzitate): Wie gesagt, war ich an diesem Treffen nicht dabei am 6. Februar. Ich wusste ehrlich gesagt am Anfang nicht, was das heisst, "Projekt Repo". Ich bin noch

B-7920/2015 Seite 58 nicht allzu lange dabei und kümmere mich erst mal um meine Firma. Herr [R. \_\_\_\_\_ AG], war es glaube ich, der mir erklärt hat was das Projekt Repo ist. Wurden Sie vor oder nach dem 6. Februar darüber informiert? Das weiss ich nicht mehr genau. Wozu sollte die Rabattliste erstellt werden? Weil die Listenpreise von VW und Skoda durch [Q. \_\_\_\_\_ AG] reduziert wurden, war es die Idee auch die Nachlässe anzupassen. Welche Nachlässe? Für diese Konditionenliste, nehme ich an. Ich kenne nur die Präsentation. Und dazu hiess es, man solle diese Nachlässe bei den Erstoffertern einsetzen. Diese Liste kam von diesem Gremium (beim Verlesen des Protokolls: Mit Gremium meine ich die Teilnehmer des Treffens vom 6. Februar 2013. Ich weiss aber nicht genau, ob das stimmt.), welche man dann an diesen Stammtischen präsentieren sollte. Aber als Mitglied des Verbands habe ich mich dazu bereit erklärt diese Präsentation zu zeigen. Wir bei der X. \_\_\_\_\_ AG haben aber, wie vorher erklärt, unsere eigene Konditionenliste. Und für uns ist diese Liste nicht relevant. Und es wäre für meine Konkurrenten natürlich höchst interessant, wenn die meine Konditionen kennen würden. Deswegen habe ich mich zwar dazu bereit erklärt diese Liste zu zeigen im Rahmen der Präsentation, das hat aber nichts mit unserer eigenen [...] Liste zu tun, was davon unabhängig ist. Wenn Sie als Geschäftsführer Ihre eigene Konditionenliste haben, was war dann das Ziel der anderen Vorstandsmitglieder? Wie gesagt, bin ich in diesem Vorstand und da muss man auch die Interessen des Vorstands vertreten. Deswegen habe ich mich diesem Anliegen nicht verwehrt. Die Idee die dahinter stand, war mir schon klar, da ging es vielleicht schon darum, dass man im Netz nicht mehr so viel Rabatt gibt. Aber wie gesagt, was der Vorstand macht und was wir bei der X. \_\_\_\_\_ AG machen sind zwei verschiedene Dinge. War es die Idee mithilfe dieser Konditionenliste die Rentabilität zu verbessern? Das haben sich die Initianten vielleicht vorgestellt. Warum haben Sie das dann nicht gemacht? Ich muss auf

mein Unternehmen schauen. Und wir haben unser Konzept, was gut ist. Deswegen gibt es keinen Grund für uns dieses Konzept zu ändern. Bei ihrer Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 bekräftigte die Beschwerdeführerin namentlich, sie sei an der Erstellung der Konditionenliste nicht beteiligt gewesen; diese sei ihr für die Präsentation am

B-7920/2015 Seite 59 Stammtisch zugestellt worden. Sie habe eine eigenständige Strategie und ein System, in welchem die Verkäufer einen Handlungsspielraum von mehreren Prozenten Rabatt hätten. Sie habe Verträge eingereicht, aus denen man klar ersehe, dass sie eine andere Verkaufsstrategie verfolge. Dies sei in der Untersuchung jedoch nicht gross beachtet worden. Es sei gesagt worden, ihr Rabattsystem liege sehr nahe an der Konditionenliste, was schon sein könne. Aber in den Verträgen sehe man, dass es hinsichtlich der gewährten Rabattprozente Abweichungen im zweistelligen Bereich gebe. Es könne sein, dass die Rabatte im Autohandel, wo inzwischen fast keine Margen mehr übrigblieben und mit dem Neuwagenverkauf fast keine Gewinne mehr gemacht würden, sehr ähnlich seien. Zu seiner eigenen Rolle erklärte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, er sei damals erst acht bis neun Monate bei der X. \_\_\_\_\_ AG gewesen. In dieser Phase habe er andere Prioritäten als der Händlerverband gehabt. Er habe die Position im Händlerverband von seinem Vorgänger übernommen. Bis zum Zeitpunkt, als das Thema aufgekommen sei, habe es zwei bis drei Sitzungen gegeben. An den späteren Sitzungen, die im Januar und im Februar stattgefunden hätten, sei er nie beteiligt gewesen. Ab und zu habe er ein Mail bekommen, in welchem das Projekt erwähnt worden sei, aber er habe sich nicht damit befasst, weil er gedacht habe, er werde informiert, worum es gehe, wenn es eine Vorstandssitzung gebe. Deswegen sei er nie involviert gewesen. Er sei nicht an den Gesprächen dabeigewesen und habe an der Entwicklung des Themas nicht mitgewirkt. Als Mitglied des Vorstandes habe er das Thema am Stammtisch nicht selber präsentiert. Auf die Frage, wie die aktuelle Konditionenliste für Neufahrzeuge in seinem Unternehmen festgelegt werde, antwortete der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin (Protokollzitat): Das ist ein ständiger Prozess. Wir haben ein System, das wir immer wieder anpassen. Wir passen diese Liste sicher 4-5 Mal im Jahr an. Es gibt mehrere Stufen in der Liste, welche die Verkäufer selber wahrnehmen können. Wenn der Verkäufer die höchste Stufe überschreiten muss im Verhandlungsprozess, dann muss er den Verkaufsleiter kontaktieren. Die verschiedenen Stufen haben einen Einfluss auf den Verkäufer, je mehr Rabatt er gibt, desto weniger Provision erhält er. [...]

## **E. 8.8**

Näherer Betrachtung bedarf nun die Präsentation, welche am Stammtisch der Region [...], den [X. \_\_\_\_\_ AG] am 20. März 2013 leiteten, gehalten wurde.

B-7920/2015 Seite 60

### **E. 8.8.1**

In der angefochtenen Verfügung finden sich dazu namentlich folgende Passagen (Zitate): Ziff. 46: Am 20. März 2013 leiteten die Herren [X. \_\_\_\_\_ AG] den Stammtisch für die Region [...]. Die Präsentation und die vereinbarte Konditionenliste wurden aufgelegt. Ziff. 68: Bezüglich Bulletpoint 4 in der Folie 24 sagte Herr [Geschäftsleiter der X. \_\_\_\_\_ AG] aus, er habe die Zahlen der aufgeführten Ablieferungspauschalen abgeändert. Ziff. 80: Die Präsentation wurde von Herrn [R. \_\_\_\_\_ AG] erstellt und der Inhalt der Präsentation war für alle gleich. Die letzte Version der Präsentation versendete Herr [R. \_\_\_\_\_ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die [Q. \_\_\_\_\_ AG],

[Z. \_\_\_\_\_ AG], [X. \_\_\_\_\_ AG] und [Y. \_\_\_\_\_ AG]. Ziff. 81: Den Parteien und der [Selbstanzeigerin] wurde während den Einvernahmen (bzw. der Ergänzung zur Bonusmeldung der [Q. \_\_\_\_\_ AG]) die Präsentation Region [...] vorgehalten, welche an den Stammtischen der Herren [X. \_\_\_\_\_ AG] gezeigt wurde und von Herrn [...] (District Manager VW PW der Selbstanzeigerin) an Herrn [...] (Verkaufsleiter VW PW der Selbstanzeigerin) per E-Mail am 20. März 2013 weitergeleitet wurde. Die Präsentation Region [...] stimmt im Wesentlichen mit der Präsentation (Region [...]) überein.

### **E. 8.8.2**

Wie sich aus seinen Befragungen durch die WEKO und deren Sekretariat ergibt, konzidierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, am Stammtisch eine Präsentation gehalten zu haben, gab aber auch zu bedenken, dass diese teilweise vom Vizedirektor der Beschwerdeführerin, vorgetragen worden war. Ausserdem seien an der Veranstaltung diverse Themen traktandiert gewesen, nicht nur Rabatte und Ablieferungspauschalen. Eigener Darstellung zufolge referierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, damals seit kurzem Vorstandsmitglied des VPVW, weil es sich um ein Verbandsthema handelte. Er habe sich in der Rolle des Vorstandsmitglieds verpflichtet gefühlt, "dieses Thema" auch zu präsentieren, wobei für ihn immer klar gewesen sei, dass die Beschwerdeführerin ihre eigene Preisstrategie verfolge. Das Thema "Repo" habe er nicht präsentiert, sondern einem Mitarbeiter übergeben, weil er die technischen De-

B-7920/2015 Seite 61 tails dazu nicht gekannt habe. Die Idee dahinter sei ihm schon klar gewesen; vielleicht sei es schon darum gegangen, dass "man im Netz nicht mehr so viel Rabatt" gebe.

### **E. 8.8.3**

[...], Direktor der Beschwerdeführerin und Vorstandsmitglied des VPVW, delegierte die Präsentation des Projekts "Repo 2013" am Stammtisch vom 20. März 2013 eigener Erklärung zufolge an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin, selber aber nicht Mitglied des Vorstandes des VPVW. Fest steht insbesondere angesichts der gerade wiedergegebenen Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, dass maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen für Erstofferter Gegenstand der Präsentation am Stammtisch der Region [...], die er betreute, waren. Bestätigt wird dies namentlich durch folgende Seiten der Präsentation: 2 (Themenübersicht; Stichworte "Projekt Repo 2013; kurze Erläuterung, um was es geht", "Gründe für die Durchführung des Projektes Repo 2013", "Anpassungen pro Marke", "zusätzliche Vereinheitlichung der Offerten-Darstellung inkl. der Ablieferungspauschalen" und "Spielregeln"), 14 (Übersicht "Projekt Repo 2013"), 15 ("Gründe für dieses Projekt"), 16 ("Massnahmen, um Zerfall der Rentabilität zu stoppen", u.a. mit dem Kommentar "Rabattsenkung ist die einzige Stellschraube, um den Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig zu steigern!"), 18 ("Konditionen an Endkunden pro Marke", Grobübersicht), 30 ("Auswirkungen", unter anderem mit der Bemerkung: "Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten."). Seite 17 enthält einzig die Angabe [Vizedirektor der Beschwerdeführerin], was darauf hindeutet, dass dieser die Präsentation erst ab Seite 18 vortrug. Auf den Seiten 18 ff. der Präsentation finden sich denn auch die (technischen) Details des Projekts. Wenn der Geschäftsleiter sie nicht kannte und am Stammtisch nicht persönlich präsentierte, musste er sie spätestens dort zur Kenntnis nehmen. Ferner indizieren besonders die Seiten 2 und 16 der Präsentation, dass er mindestens über den

Hintergrund und die Kernpunkte des Projekts Bescheid wusste, räumte er doch selber ein, die Idee dahinter sei ihm schon klar gewesen. Da ihm die Präsentation zugesandt worden war, konnte er aber sogar die technischen Details, namentlich die Konditionen pro Marke, schon vor dem Stammtisch kennen. Immerhin hatte er auch entschieden, welchen Teil des Referats er an den Vizedirektor delegieren wollte.

#### **E. 8.8.4**

Gerade die Präsentation der Details des Projekts durch den Vizedirektor der Beschwerdeführerin signalisiert, dass es nicht einfach um ein von dieser losgelöstes Verbandsthema ging. Erstens war der Vizedirektor kein Vorstandsmitglied des VPVW. Zweitens figurierte er neben weiteren

B-7920/2015 Seite 62 Mitarbeitern der Beschwerdeführerin auf der Liste der für die VW-PW- MVR-Tagung vom 10./11. Januar 2013 in [...] angemeldeten Teilnehmer. Dort wurde das Projekt "Repo 2013" jedenfalls zwischen [Q.\_\_\_\_\_ AG], [R.\_\_\_\_\_ AG] und [Y.\_\_\_\_\_ AG] angestossen. Eine Teilnahme des Vizedirektors der Beschwerdeführerin an dieser Tagung mag erklären, weshalb er neben dem Direktor der Beschwerdeführerin, der an der Tagung nicht zugegen gewesen war, beim Präsentieren des Projekts anlässlich des Stammtisches vom 20. März 2013 mitwirkte. Allerdings lässt sich nicht eruieren, ob und gegebenenfalls wie weit der Vizedirektor der Beschwerdeführerin von Beginn weg in das Projekt "Repo 2013" eingebunden war. Dafür, dass es sich nicht ohne Weiteres um eine reine Verbandsangelegenheit handelte, spricht auch das oben (E. 8.6.1) zitierte E-Mail von [R.\_\_\_\_\_ AG] vom 6. März 2013 (07.54 h), worin er festgehalten hatte, "[X.\_\_\_\_\_ AG]" habe ihn gefragt, in welchem Namen sie das Einladungsschreiben aufsetzen sollten. Spontan habe er, [R.\_\_\_\_\_ AG], gesagt, dass es angesichts des Themas nicht offiziell der Händlervorstand sein dürfe. Nun sei er sich nicht mehr so sicher, weil es ja der erste Stammtisch sein solle.

#### **E. 8.8.5**

Inwiefern die Präsentation durch den Direktor, inwiefern durch den Vizedirektor der Beschwerdeführerin gehalten wurde, spielt letztlich keine Rolle, denn beide übten hohe leitende Funktionen bei der X.\_\_\_\_\_ AG aus. Sie präsentierten am Stammtisch ein Projekt, das sich insbesondere auf vereinbarte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen erstreckte. Wie das Projekt als solches waren diese vorab zwischen wenigen Unternehmen ausgehandelt worden. Die Präsentation am Stammtisch bildete keine konstituierende Komponente der strittigen Wettbewerbsabrede, sondern bezweckte deren Ausdehnung auf möglichst viele Händler. So diente der Verband als Vehikel, um weitere Akteure für das Vereinbarte zu gewinnen. Dass neben dem Projekt "Repo 2013" anlässlich des Stammtisches der Region [...] vom 20. März 2013 auch andere Themen als Rabatte und Ablieferungspauschalen referiert wurden, ist unerheblich, zumal diese einen grossen Teil der Präsentation ausmachten.

#### **E. 8.9**

Die inkriminierte Abrede wurde demnach im Vorfeld der Stammtische geschlossen. Eine Mitwirkung seitens der Beschwerdeführerin an den Diskussionen über einheitliche Maximalrabatte und minimale Ablieferungspauschalen in Erststofferten kann freilich nicht nachgewiesen werden. Zunächst einmal gilt dies für die Tagung vom 10. / 11. Januar 2013 in [...]. Der Direktor der Beschwerdeführerin nahm daran nicht teil; ihr Vizedirektor war

B-7920/2015 Seite 63 anwesend, beteiligte sich nach Aussage der Beschwerdeführerin aber nicht an einer Diskussion über das Projekt "Repo 2013". Ausserdem gilt es für den auf die Tagung folgenden E-Mail-Verkehr, soweit er aktenkundig ist. Der Direktor der Beschwerdeführerin figuriert dort neben Anderen als Ad-ressat von Nachrichten; bisweilen wird er im E-Mail-Text genannt. Durch ihn versandte E-Mails jedoch fehlen. In einem E-Mail vom 8. Februar 2013 (07.32 h) bemerkte [Y.\_\_\_\_\_ AG] an die Adresse von [Q.\_\_\_\_\_ AG], der Vizedirektor der X.\_\_\_\_\_ AG habe ihn am Vortag angerufen und gefragt, ob er die Retail-Nachlassliste nicht auch erhalten könne. Gleichtags (17.37 h) erklärte [R.\_\_\_\_\_ AG] per E-Mail gegenüber dem Direktor der Beschwerdeführerin, zum Thema "Repo" sei die "neue Konditionenliste" via [Y.\_\_\_\_\_ AG] als Information an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin weitergeleitet worden. Um sich über die Details und das weitere Vorgehen zu informieren, sei es am besten, wenn der Direktor der Beschwerdeführerin [Q.\_\_\_\_\_ AG] oder [R.\_\_\_\_\_ AG] einmal anrufe. Daraus lässt sich folgern, dass die Be- schwerdeführerin frühestens am 8. Februar 2013 Kenntnis von Details des Projekts "Repo" erlangte. Offen bleibt, um welche Einzelheiten es sich da- bei handelte und wann sie ihr genau zugingen. Auf alle Fälle muss der Vi- zedirektor der Beschwerdeführerin vor dem Stammtisch detaillierte Projek- tinformationen erhalten haben, da er solche dort bekanntlich präsentierte. Insgesamt kann vor diesem Hintergrund eine ausdrückliche, auf konsensu- ale Beteiligung an der strittigen Abrede gerichtete Willensäusserung der Beschwerdeführerin beweismässig nicht erhärtet werden. Deshalb stellt sich die Frage, ob eine Beteiligung ihrerseits an der Vereinbarung allenfalls mittels stillschweigender Willensbekundung gegenüber den Involvierten er- folgte. Ein so entstandener Konsens lässt sich aber nicht nachzeichnen, zumal die gegenseitige Kommunikation zwischen den Initiatoren der Ver- einbarung und der Beschwerdeführerin kaum dokumentiert ist. Zwar figu- riert diese als Empfängerin elektronischer Nachrichten, doch finden sich keine entsprechenden Rückmeldungen ihrerseits, welche wenigstens im- plizite verlässliche Schlüsse auf die für eine Vereinbarung erforderliche ge- genseitige Willensübereinstimmung erlauben würden. Letzteres vermag auch die Präsentation am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 nicht. Wohl zeigt sie, dass Vertreter der Beschwerdeführerin das Projekt "Repo 2013" einschliesslich detaillierter Konditionenlisten vorstellten. Aller- dings steht sie der Möglichkeit, dass die Beschwerdeführerin ihr Rabattver- halten auf dasjenige der in die Vereinbarung Involvierten bloss abstimmt oder, wie sie selber behauptet, eine eigenständige Rabattpolitik verfolgte,

B-7920/2015 Seite 64 nicht entgegen. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass sach- verhältnismässige Unklarheiten aufgrund der Unschuldsvermutung zu Guns- ten der sanktionsbedrohten Partei gewertet werden müssen (vgl. oben E. 6.2).

## **E. 8.10**

Angesichts dessen bleibt zu eruieren, ob der Beschwerdeführerin eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorzu- werfen ist.

### **E. 8.10.1**

Hierzu bedarf es einer minimalen Kommunikation. Auch ein einsei- tiges Informationsverhalten eines Unternehmens fällt in Betracht, wenn da- von ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Handeln am Markt entsprechend anpassen. Ausserdem braucht es ein kausal auf der Kom- munikation basierendes Verhalten; die Abstimmung muss umgesetzt wor- den sein (vgl. zum Ganzen oben E. 8.3.2).

### **E. 8.10.2**

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen basieren nicht auf einem konsensorientierten Austausch von Willensbekundungen. Gleichwohl ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme, nötig (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.2.3). In der Tatbestandsvariante der Vereinbarung bildet ein bestimmtes Verhalten Gegenstand einer erklärten Willensübereinstimmung, deren Umsetzung aber nicht erforderlich ist. Bei der Verhaltensabstimmung hingegen muss die Verständigung konkretisiert werden. Die Konkretisierung liegt jedoch nicht schon in der Abstimmung, sondern erst im anschliessenden Marktverhalten der Parteien, dem Abstimmungserfolg (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.5).

### **E. 8.10.3**

Abzugrenzen ist der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise auch vom blossen Parallelverhalten. Solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Bewusstes Parallelverhalten beruht unter normalen Marktbedingungen auf Informationen, die durch blosser Beobachtung des Handelns der Marktteilnehmer gewonnen werden können und deren Kenntnis normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes, Verhalten überhaupt möglich ist.

B-7920/2015 Seite 65 Unternehmen, die sich parallel zu ihren Wettbewerbern verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten jedoch zulässigerweise an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches zwischen den Marktteilnehmern verfügbar wären (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.2.1 f.). Anders als bei blosser Parallelverhalten müssen die Wettbewerbsteilnehmer die praktische Zusammenarbeit willentlich an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.3).

### **E. 8.10.4**

Vor diesem Hintergrund ist nun im Einzelnen zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt hat.

#### **E. 8.10.4.1**

Entsprechend den obigen Erwägungen (E. 6.3.1 f.) ist vorliegend ein Lebenssachverhalt ohne multiple Wirkungszusammenhänge zu würdigen. Deshalb kommt hier wiederum das Regelbeweismass zur Anwendung; das Gericht muss nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der streitigen Sachbehauptung überzeugt sein. Die Verwirklichung der rechtserheblichen Tatsachen braucht dabei nicht mit Sicherheit festzustehen. Es genügt, wenn das Gericht keine ernsthaften Zweifel daran hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.

#### **E. 8.10.4.2**

Eine minimale Kommunikation zwischen ihr und den an der strittigen Vereinbarung Beteiligten über die fraglichen Höchststrabatte und Mindestablieferungspauschalen fand in der Tat statt. So erhielt der Direktor der Beschwerdeführerin, wie oben dargelegt (E. 8.6.1), E-Mails von [R.\_\_\_\_\_ AG], [Q.\_\_\_\_\_ AG], [Y.\_\_\_\_\_ AG] und [Z.\_\_\_\_\_ AG] betreffend eine gemeinsame Konditionenliste. In seinem E-Mail vom 24. Januar 2013

bemerkte [R. \_\_\_\_\_ AG], er habe noch kurz mit "[X. \_\_\_\_\_ AG] und [Z. \_\_\_\_\_ AG]" sprechen können; wie in den Antwortmails bestätigt, seien auch sie einverstanden, "mitzuziehen" und sich zu engagieren. Vor dem Hintergrund der zitierten E-Mail-Korrespondenz (oben E. 8.6.1) muss mit "[...]" der Direktor der Beschwerdeführerin gemeint sein. Ferner bat [...], der Vizedirektor der Beschwerdeführerin, [Y. \_\_\_\_\_ AG] um die Konditionenliste (vgl. oben E. 8.9). Ein weiteres Indiz für eine "gegenseitige Fühlungnahme" im Sinne der Rechtsprechung bildet die Präsentation, die der Direktor und der Vizedirektor der Beschwerdeführerin am B-7920/2015 Seite 66 Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 vortrugen. Diese Präsentation basierte insbesondere auf derjenigen, welche [R. \_\_\_\_\_ AG] mit E-Mail vom 13. März 2013 dem Direktor der Beschwerdeführerin gesandt hatte.

### **E. 8.10.4.3**

Das zweite Element aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen ist die Umsetzung der Abstimmung. Dieser Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten manifestieren (vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, Immer, E. 4.5.2). Er sagt noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aus (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.3). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die inter alios vereinbarten maximalen Rabatte und minimalen Ablieferungspauschalen in ihren Erstofferten für den Verkauf von Neuwagen der VW-Konzernmarken respektierte.

8.10.4.3.1 Die Rabattpolitik der Beschwerdeführerin erläuterte deren Direktor anlässlich der Einvernahme durch das Sekretariat vom 17. Juni 2013 folgendermassen (Protokollzitat): Grundsätzlich gibt es einen Nachlass (Grundrabatt, der auf der Konditionenliste geregelt ist und durch uns definiert wird). Zusätzlich gibt es Rabatte, z.B. einen Lagerrabatt auf eigene Fahrzeuge, die bei uns lange Standzeiten haben. Dieser Rabatt geht von unserer eigenen Marge ab. Ab und zu gibt es auch einen Spezialrabatt (z.B. Verkaufsförderungsaktionen des Importeurs), welcher vom Importeur bezahlt wird. In der Praxis gibt es also die unverbindliche Preisempfehlung des Importeurs (Katalogpreis). Auf den kann es dann je nach Modell Sonderrabatte (z.B. Lagerrabatt oder Verkaufsförderungsaktionen) geben. Zusätzlich gibt es einen [X. \_\_\_\_\_ AG] Grundrabatt, welchen der Verkäufer steuern kann. Auf die Frage, wie die aktuelle Konditionenliste für Neufahrzeuge in seinem Unternehmen festgelegt werde, antwortete der Direktor der Beschwerdeführerin (Protokollzitat): Das ist ein ständiger Prozess. Wir haben ein System, das wir immer wieder anpassen. Wir passen diese Liste sicher 4-5 Mal im Jahr an. Es gibt mehrere Stufen in der Liste, welche die Verkäufer selber wahrnehmen können. Wenn der Verkäufer die höchste Stufe überschreiten muss im Verhandlungsprozess, dann muss er den Verkaufsleiter kontaktieren. Die verschiedenen Stufen haben einen Einfluss auf den Verkäufer, je mehr Rabatt er gibt, desto weniger Provision erhält er. Die Konditionenliste und das Provisionsreglement ist eigentlich eine Einheit. [...]

B-7920/2015 Seite 67 Die Frage, ob der Grundrabatt für alle gleich sei, beantwortete er wie folgt (Protokollzitat): Nein, das ist marken- und modellspezifisch. Es gibt Modelle, wo wir keinen Rabatt geben und es gibt andere Modelle, wo wir stufenweise Rabatt geben bis z.B. [...] % je nach Modell. [...] (Der Verkäufer kann bis zur definierten Höhe gehen. Alles was darüber hinausgeht bedarf der Zustimmung durch den Verkaufsleiter, was auch mehr als [...] % sein kann.) Der Verkäufer führt die Verhandlungen und dann gibt es eine erste Offerte. Es liegt dann in der Verantwortung des Verkäufers wie viel Rabatt er geben

möchte. Je mehr Rabatt er gibt desto weniger Provision erhält er. Bei manchen Verhandlungen reicht der Grundrabatt nicht aus, dann muss er zum Verkaufsleiter, der dann einen weitergehenden Rabatt genehmigen kann. Dadurch wollen wir ermöglichen, dass der Verkäufer in einem gewissen Rahmen selbständig verhandeln kann. Gleichzeitig kann aber der Verkaufsleiter bei höheren Rabatten eine gewisse Kontrollfunktion ausüben. Für uns ist es wichtig, dass sie Volumen machen, damit wir Marktanteil machen, aber gleichzeitig müssen wir auch schauen, dass wir noch was verdienen. Zur Frage, ob er die Konditionenliste und die Rabattpolitik der Konkurrenten für Neufahrzeuge der VW-Gruppe kenne, erklärte der Direktor der Beschwerdeführerin (Protokollzitat): Teilweise, ja. Ich kenne die Liste, welche erstellt worden ist und bei den Präsentationen gezeigt worden ist. Man hat mir intern gesagt, dass dies die [Q.\_\_\_\_\_ AG] Retail Liste sei. Er fügte hinzu, die Liste sei ihm im Rahmen der Präsentation des Stammtisches zugeschickt worden; er habe sie am 24. Februar 2013 per E-Mail erhalten. 8.10.4.3.2 Als Beilage zu einem Schreiben vom 27. März 2014 unterbreitete die Beschwerdeführerin dem Sekretariat, wie sie dabei festhielt, ihre "Konditionenlisten [...], welche während dem 1. Quartal 2013 von ihren verschiedenen Verkaufsstellen benutzt wurden, sowie die Listen der effektiv abgeschlossenen Verkaufsverträge von Neuwagen während des Zeitraums vom 4. März bis 14. April 2013." Sie fügte hinzu, die Konditionenlisten und die Verkaufsverträge belegten eindeutig, dass sie das Projekt "Repo" nicht umgesetzt und der Wettbewerb vollumfänglich gespielt habe. Oben auf diesen drei Konditionenlisten findet sich jeweils die Bezeichnung "Verkäufernachlassliste" (je mit Angabe "ab 12. Februar, 12. März bzw. 23. Mai 2013"). Es handelt sich um Tabellen, deren erste Spalte die einzelnen Marken mit ihren verschiedenen Modellen auflistet. Die zweite Spalte ist mit "Detail", die dritte mit "KMU [...]", die vierte mit "Kleinflotte [...]" und

B-7920/2015 Seite 68 die fünfte mit "Grossflotte ab [...]" überschrieben. In der sechsten Spalte werden die Ablieferungspauschalen aufgeführt. Die Spalten zwei bis fünf sind jeweils in weitere sechs Spalten unterteilt, welche grundsätzlich nach folgendem Muster eingefärbt sind: erste Spalte dunkelgrün, zweite hellgrün, dritte weiss, vierte hellgelb, fünfte dunkelgelb, sechste rot. Zu letzterer wird unterhalb der Tabellen Folgendes vermerkt: "Tabelle Rot: Entscheidung Verkaufsleiter". In Ziff. 78 der Sanktionsverfügung legte die Vorinstanz dar, die in den dunkelgrünen, hellgrünen und weissen Spalten enthaltenen Prozentsätze für Preisnachlässe seien meist entweder gleich hoch oder tiefer als diejenigen der vereinbarten Konditionenliste. Die gelben Spalten zeigten die maximalen Preisnachlässe auf, welche das Verkaufspersonal nach den ersten Verhandlungen und der Erstofferte für das betreffende Modell selbständig gewähren dürfe. Demgegenüber weise die rote Spalte grössere Rabatte aus, die nur auf Entscheidung des Verkaufsleiters hin zugestanden würden. In einem solchen System sehe sich das Verkaufspersonal gehalten, in der Erstofferte einen tiefen Rabatt entsprechend den ersten drei Spalten aufzuführen, um sich für die weiteren Verhandlungen überhaupt noch eigenen Spielraum und bei effektivem Vertragsschluss eine Provision sichern zu können. Der Umstand, dass die positiv (grün) bzw. neutral (weiss) markierten Spalten denjenigen Prozentsätzen entsprächen, welche auch auf der vereinbarten Konditionenliste aufgeführt (oder tiefer als diese) seien, offenbare, dass die interne Konditionenliste der Beschwerdeführerin die maximalen Preisnachlässe für Erstofferter der vereinbarten Konditionenliste befolge. Ein Vergleich der Verkäufernachlasslisten mit den abgesprochenen Maximalrabatten und Mindestablieferungspauschalen bestätigt die Einschätzung der Vorinstanz. Sie erweist sich gerade auch vor dem Hintergrund der oben zitierten Aussagen des Direktors der

Beschwerdeführerin als stringent. Insbesondere fällt auf, dass die Rabattsätze der Verkäufernachlisten diejenigen der abgesprochenen Konditionenliste über weite Strecken einhalten, denn sie liegen gleich hoch oder tiefer. Analoges gilt für die Ablieferungspauschalen der Beschwerdeführerin, welche jene der abgesprochenen Liste grundsätzlich um mindestens Fr. 50.- übersteigen. Es muss davon ausgegangen werden, dass die jeweils in den ersten, meist dunkelgrün gefärbten Spalten genannten Rabatte in der Regel diejenigen für die Erststofferten bildeten. Sonst hätten sich die Verkäufer von Beginn weg eines Teils ihres Verhandlungsspielraums beraubt, zumal höhere Rabatte ihre Provision schmälerten, wie der Direktor der Beschwerdeführerin erläuterte.

B-7920/2015 Seite 69 Was deren Listen mit den während des Zeitraums vom 4. März bis zum

#### **E. 8.10.4.4**

Schliesslich bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen der Abstimmung und dem Verhalten am Markt. Diesbezüglich gelten gemäss Bundesgericht zwei Beweiserleichterungen. Bei nachgewiesener Abstimmung wird vermutet, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Die Vermutung ist widerlegbar. Umgekehrt kann ein Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren; allerdings sind dazu meistens weitere Indizien notwendig (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.4.4). Auch unabhängig von diesen Vermutungen offenbart sich vorliegend ein entsprechender Kausalzusammenhang. Aufgrund ihrer Fühlungnahme (Abstimmung) mit an der Vereinbarung Beteiligten erhielt die Beschwerdeführerin von diesen die abgesprochene Konditionenliste sowie eine Vorlage für die Präsentation des Projekts "Repo 2013". Der Direktor und der Vizedirektor der Beschwerdeführerin präsentierten das Projekt, inklusive Details hinsichtlich der vereinbarten Höchststrabatte und Mindestablieferungspauschalen, am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 (vgl. oben E. 8.8.2 ff. und 8.10.4.2). Ihr Referat basierte auf der erwähnten Vorlage und beinhaltete die abgesprochene Konditionenliste. Daran orientierte sich die Beschwerdeführerin in der Folge bei ihren Erststofferten für Neuwagen des VW-Konzerns (vgl. oben E. 8.10.4.3.2 und 8.10.4.3.5).

#### **E. 8.10.4.5**

Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin anlässlich des Projekts "Repo 2013" den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllte, indem sie die wettbewerbliche Preisbildung beim Verkauf von Neuwagen des VW-Konzerns im Gleichklang mit anderen Anbieterinnen zu Lasten der (potentiellen) Käufer manipulierte (vgl. auch oben E. 8.3.2 f. und unten E. 9.3.6 a.E.). 9. Geprüft werden muss sodann, ob die Wettbewerbsabrede, an der sich die Beschwerdeführerin beteiligte, unzulässig war.

B-7920/2015 Seite 74 9.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Zitat): a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs-

oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Bezüglich der „Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S. 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden hoben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprechen, laufe demnach hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob noch wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden sei. 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).

B-7920/2015 Seite 75 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). 9.3.1 In der Botschaft KG 1995 (S. 567) wurden Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG folgendermassen umschrieben (Zitat): Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird. Unter Hinweis darauf urteilte das Bundesgericht am 14. August 2002 (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5), zwar legten die Buchhändler die Buchpreise nicht selber in horizontalen Abreden fest; vielmehr hielten sie bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liege indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde; das sei selbst dann der Fall, wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern 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 „Preisdiktat“ der Hersteller

ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFJ gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, Koch, E. 3.2).

B-7920/2015 Seite 76 9.3.2 Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Abrede über Höchst Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, betrafen die Rabatte und Ablieferungspauschalen „nur“ Erststofferten, wovon auch die Vorinstanz ausging. Diese verkenne aber, dass im Neuwagenhandel nicht alleine der Rabatt eine Rolle spiele, sondern weitere, viel gewichtigere Preisparameter (Eintauschfahrzeuge, Leasingrückläufer, Sonderaktionen) den Endverkaufspreis ausmachten. Ausserdem sei eine Ablieferungspauschale nur ein unbedeutender Bestandteil des Gesamtpreises eines Neuwagens. Ein maximaler Rabatt schliesslich werde erst dann ein Problem, wenn er zu einem Fixrabatt führe, d.h. wenn alle den maximalen Rabatt auf den Endverkaufspreis gewährten. Ob dies hier der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Folglich könne die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bei Erststofferten keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb auf dem Neuwagenmarkt für Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns haben. 9.3.3 Koordiniert wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kontext der Reduktion der Listenpreise, welche die [Selbstanzeigerin] Import AG per 1. März bzw. 1. April 2013 vorgenommen hatte (vgl. oben E. 8.6). Wie sich aus der Umschreibung des Begriffs „Konditionenliste“ in Ziff. 9 der Sanktionsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prämisse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listenpreises (des Herstellers) festgesetzt wurden. Ein (ausdrücklicher) Vorwurf an die involvierten Händler, etwa im Sinne einer Bruttopreisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise stets den Listenpreis des Herstellers bzw. des Importeurs als sog. Fahrzeuggrundpreis in den Offerten verwendet zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht. Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchst Rabatte diene, denn ohne entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Bekräftigt wird dies durch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, mit ihren Ausführungen verkenne die Vorinstanz die reelle Margensituation auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. Auf diesem Markt hätten die zugelassenen Händler, welche dem Vertriebsnetz der Kronzeugin angehörten, eine maximale Marge von [...] bis [...] % und das nur, wenn

B-7920/2015 Seite 77 sie alle Standards der Kronzeugin erfüllten. Dies lasse bei der Rabattsetzung in Erststofferten einen geringen Spielraum zu. In diesem Zusammenhang bleibt ferner darauf hinzuweisen, dass die Händlermargen laut den Aussagen Beteiligten durch den Hersteller bzw. den Importeur vorgegeben 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 Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären. 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; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; ANDREAS HEINEMANN: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDé-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; FELIX TUCHSCHMID, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; ROLF H. WEBER / STEPHANIE VOLZ, 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.

B-7920/2015 Seite 78 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 Preisele- mente keineswegs die Berechnungsgrundlage für den Endpreis. Der Aus- gangspreis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattab- reden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombina- tion mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preise- 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 unzu- lässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststel- len und für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verfügung indirekte Sanktionen gemäss Art.

50 KG androhen (S. 863). KOSTKA erklärt (N. 1378), bei mehreren wettbewerbsbeschränkenden 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

B-7920/2015 Seite 79 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). 9.3.5 Bei Fahrzeugpreisen von mehreren zehntausend Franken war die Absprache geeignet, die effektiven Verkaufspreise zum Nachteil der Kunden um einige hundert bis einige tausend Franken pro Fahrzeug anzuheben. Beträge dieser Grössenordnung können im vorliegenden Kontext nicht als geringfügig oder gar vernachlässigbar taxiert werden. Vielmehr handelt es sich bei den abgesprochenen Rabatten und Ablieferungspauschalen um wesentliche Elemente des Kaufpreises. Auch die Äusserungen eines involvierten Händlers, man spreche von einer „Chance von ca. 24 Mio.“, und eine um Fr. 100.– höhere Ablieferungspauschale ergebe pro 100 Neuwagen bekanntlich Fr. 10'000.– mehr in der Kasse (vgl. oben E. 8.6.1), lassen darauf schliessen, dass nicht über unbedeutende Preiselemente diskutiert wurde. Hervorzuheben bleibt hier auch nochmals, dass die Preissetzung auf einheitlichen Listenpreisen basierte. 9.3.6 Abgesehen davon würde für eine Verhaltenskoordination bezüglich des Preises nach der Gesetzeskonzeption schon eine Verständigung über einzelne Preiselemente ausreichen (Botschaft KG 1995, 567). Einer Verständigung über sämtliche einzelnen Bestandteile zur Ausgestaltung des Preises oder aller Komponenten zur Ermittlung des Preises durch die Abredeteiligen bedarf es hingegen nicht. Dementsprechend genügt eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines für ein Produkt anzuwendenden Preises für die Qualifizierung als Preisabrede (Botschaft KG 1995, 567). Überdies hat der Gesetzgeber die Behandlung von Preis- und anderen harten Kartellabreden aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität an das EU-Wettbewerbsrecht angekoppelt. Harte Kartellabreden sollen demzufolge zwar nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Dies stellte das Bundesgericht im

B-7920/2015 Seite 80 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/HER- ZOG ANDREA, in: Bornkamm/Montag/Säker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2015, Art. 101 Abs. 1 N. 178 f., 253 f.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, Europäisches Kartellrecht, 6. A., 2019, Art. 101 Abs. 1 N. 213 ff.). Das EU-Wettbewerbsrecht sieht bei Preisabreden weder im Hinblick auf die Eingehung oder die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine qualitative Differenzierung vor. Als Preisabrede wird sowohl jeder Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen Unternehmen aller Marktstufen erfasst. Dabei werden Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell nicht zugelassen. Dies gilt auch für die Verständigung über Preisempfehlungen. Als Ausnahme von der generellen Unzulässigkeit sind Höchstpreisabreden bei vertikalen Wettbewerbsverhältnissen vorgesehen, soweit sich diese nicht faktisch wie übliche Preisabreden auswirken. Die Zulässigkeit einer Preisabrede im Einzelfall ergibt sich darüber hinaus nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds. Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden. Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen. Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor. Ferner statuiert Art. 5 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden. Deshalb besteht kein notwendiger Anwendungsbereich für eine zusätzliche Abgrenzung von unwesentlichen Preisabreden. Darüber hinaus sieht das EU-

B-7920/2015 Seite 81 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 Selbständigkeitspostulat 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. 9.3.7 Die Beschwerdeführerin erklärt, der Wert eines Eintauschfahrzeuges oder eines Leasingrückläufers spiele beim Neuwagenverkauf eine viel wichtigere Rolle als der Rabatt in der Erstofferte, weil der Rahmen, in welchem Rabatt gewährt werden könne, aufgrund des Margensystems der Selbstanzeigerin für alle zugelassenen Händler relativ schmal sei. Abgesehen vom Grossvolumengeschäft – wie z.B. bei Mietwagen – werde bei mindestens 80 % aller Neuwagengeschäfte der Wert eines Eintauschfahrzeuges bei der Verhandlung und Festlegung des Endverkaufspreises miteinbezogen. Der Eintauschwert werde mittels eines technischen sowie optischen Zustandstests und eines geschätzten Marktpreises definiert. In der Regel lägen die so kalkulierten Preise sehr weit auseinander. Bei der Beschwerdeführerin komme es öfters

vor, dass das gleiche Fahrzeug manchmal unbewusst an zwei bis vier ihrer Standorte geschätzt werde und dabei sehr unterschiedliche Eintauschpreise offeriert würden. Für den Endkunden bedeute das, dass ihm von Händler zu Händler sehr unterschiedliche Rückkaufbedingungen angeboten würden. Dies wirke sich massiv auf den Endverkaufspreis aus; würden alle Marktteilnehmer den gleichen maximalen Rabatt bei einer Erstofferte gewähren, so würde der (Innen-) Wettbewerb unter anderem wegen der unterschiedlichen Bewertung von Eintauschfahrzeugen immer noch voll und ganz spielen. Deshalb besteuere zwischen den Verfahrensparteien und den anderen Marktakteuren starker Wettbewerb betreffend mitentscheidende Wettbewerbsparameter. Aus Sicht der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz die erwähnten Tatsachen in ihrer Beurteilung des Innenwettbewerbs berücksichtigen müssen

B-7920/2015 Seite 82 bzw. die Bedingungen und die Wettbewerbsparameter, welche beim Neuwagenverkauf tatsächlich ausschlaggebend seien, ermitteln sollen. 9.3.8 Die in den Akten befindlichen Offertbeispiele für Neuwagen sehen neben dem jeweiligen Preisnachlass Ablieferungspauschalen, Treue- und Ausstellungsrabatte sowie Lagerabverkaufsprämien als mögliche Preislelemente 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, welche durch tiefere Rabatte und höhere Ablieferungspauschalen angehoben werden sollten. 9.3.9 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 Preislelementen wurden zwei, nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale, abgesprochen. Dies muss unter den gegebenen Umständen als Preisfestsetzung im Sinne von 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). 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 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).

B-7920/2015 Seite 83 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. Vor diesem Hintergrund bedarf die Bemerkung der Beschwerdeführerin, die Annahmen der WEKO betreffend den Aussenwettbewerb seien falsch, da die Verfahrensparteien auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen des VW-Konzerns einen Marktanteil von knapp über [...] % und nicht von [...] % hätten, keiner näheren Erörterung. 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 der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren. 10. Zu eruieren bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beschwerdeführerin selber nennt keine solchen. 10.1 Art. 5 Abs. 2 KG bestimmt dazu Folgendes (Zitat): Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

B-7920/2015 Seite 84 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. 10.2 Gestützt auf Art. 6 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen 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. 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.).

B-7920/2015 Seite 85 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.). 10.4.1 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. 10.4.2 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 zwei Elemente der Preisbildung betragsmässig nach oben gedrückt werden. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht; er wurde auch nicht (auf substantiierte, nachvollziehbare Weise) geltend gemacht. Mit anderen Worten verfolgte die Abrede aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre.

B-7920/2015 Seite 86 10.5 Ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG liegt demzufolge nicht vor, weshalb die festgestellte Wettbewerbsabrede als unzulässig qualifiziert werden muss. 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. 9**

Gepprüft werden muss sodann, ob die Wettbewerbsabrede, an der sich die Beschwerdeführerin beteiligte, unzulässig war.

### **E. 9.1**

Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Zitat): a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Bezüglich der "Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S. 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden hoben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprächen, 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 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 "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFJ gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, Koch, E. 3.2).

### **E. 9.3.2**

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Abrede über Höchststrabatte und minimale Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, betrafen die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" Erststofferten, wovon auch die Vorinstanz ausging. Diese verkenne aber, dass im Neuwagenhandel nicht alleine der Rabatt eine Rolle spiele, sondern weitere, viel gewichtigere Preisparameter (Eintauschfahrzeuge, Leasingrückläufer, Sonderaktionen) den Endverkaufspreis ausmachten. Ausserdem sei eine Ablieferungspauschale nur ein unbedeutender Bestandteil des Gesamtpreises eines Neuwagens. Ein maximaler Rabatt schliesslich werde erst dann ein Problem, wenn er zu einem Fixrabatt führe, d.h. wenn alle den maximalen Rabatt auf den Endverkaufspreis gewährten. Ob dies hier der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Folglich könne die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bei Erststofferten keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb auf dem Neuwagenmarkt für Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns haben.

### **E. 9.3.3**

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

wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Bekräftigt wird dies durch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, mit ihren Ausführungen verkenne die Vorinstanz die reelle Margensituation auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. Auf diesem Markt hätten die zugelassenen Händler, welche dem Vertriebsnetz der Kronzeugin angehörten, eine maximale Marge von [...] bis [...] % und das nur, wenn sie alle Standards der Kronzeugin erfüllten. Dies lasse bei der Rabattsetzung in Erststofferten einen geringen Spielraum zu. In diesem Zusammenhang bleibt ferner darauf hinzuweisen, dass die Händlermargen laut den Aussagen Beteiligter durch den Hersteller bzw. den Importeur vorgegeben 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 Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären.

#### **E. 9.3.4**

Folgt man der bundesrätlichen Botschaft und der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, liegt eine Subsumtion der festgestellten Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nahe. Auch in der wohl überwiegenden Lehre wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt, so dass er neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben umfasst (vgl. Bangerter / Zirlick, Art. 5 KG N. 380 m.H. und 418; Jürg Borer, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; Andreas Heinemann: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDÉ-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; Juhani Kostka, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; Peter Reinert, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; Felix Tuchschnid, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; Rolf H. Weber / Stephanie Volz, Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.182, 2.191; relativierend hingegen Amstutz / Carron / Reinert, Art. 5 KG N. 398 f.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 10.2.3 m.H.). Reinert (Art. 5 KG N. 25) legt dar, selbst Abreden über die Rabattgewährung wirkten sich letztlich auf die Preisfestsetzung aus und fielen damit grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Eine Ausnahme, bei der eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von vorneherein nicht vorliege, bestehe immerhin dort, wo sich die Vereinbarung auf einen nur sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbare Auswirkung auf den Endpreis habe. Namentlich bei Abreden über Rabatte dürfe dies seiner Meinung nach regelmässig der Fall sein, wenn die Ausgangspreise weiterhin frei festgesetzt werden könnten. Für eine etwas restriktivere Auslegung plädieren Emch und Gottret (Daniel Emch / Anna Gottret: Grundsätzliche Erheblichkeit - kritische Würdigung und mögliche Korrektive, in: sui-generis 2018, S. 374 ff., 379 N. 17). Sie vertreten die Auffassung, es solle nicht mehr alles, was einen entfernten Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis habe, als horizontale Preisfestsetzung qualifiziert werden. Nur Abreden über Preiskomponenten, die tatsächlich zu einer einheitlichen Preisfestsetzung führten, gehörten unter den betreffenden Vermutungstatbestand subsumiert. Tuchschnid vertritt den Standpunkt, wenn lediglich ein einzelnes Preiselement abgesprochen werde, bestehe weiterhin Wettbewerb bei allen nicht festgesetzten Preiselementen, und die Unternehmen blieben bezüglich der Festsetzung des Endpreises grundsätzlich frei. Das

Potential solcher Abreden, 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 Ausgangspreis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattabreden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombination mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preiselemente erschienen daher für sich allein nicht als besonders schädliche Abreden, vor denen der wirksame Wettbewerb und der einzelne Marktteilnehmer 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 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

Abredebeteiligten 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 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, der Wert eines Eintauschfahrzeuges oder eines Leasingrückläufers spiele beim Neuwagenverkauf eine viel gewichtigere Rolle als der Rabatt in der Erstofferte, weil der Rahmen, in welchem Rabatt gewährt werden könne, aufgrund des Margensystems der Selbstanzeigerin für alle zugelassenen Händler relativ schmal sei. Abgesehen vom Grossvolumengeschäft - wie z.B. bei Mietwagen - werde bei mindestens 80 % aller Neuwagengeschäfte der Wert eines Eintauschfahrzeuges bei der Verhandlung und Festlegung des Endverkaufspreises miteinbezogen. Der Eintauschwert werde mittels eines technischen sowie optischen Zustandstests und eines geschätzten Marktpreises definiert. In der Regel lägen die so kalkulierten Preise sehr weit auseinander. Bei der Beschwerdeführerin komme es öfters vor, dass das gleiche Fahrzeug manchmal unbewusst an zwei bis vier ihrer Standorte geschätzt werde und dabei sehr unterschiedliche Eintauschpreise offeriert würden. Für den Endkunden bedeute das, dass ihm von Händler zu Händler sehr unterschiedliche Rückkaufbedingungen angeboten würden. Dies wirke sich massiv auf den Endverkaufspreis aus; würden alle Marktteilnehmer den gleichen maximalen Rabatt bei einer Erstofferte gewähren, so würde der (Innen-) Wettbewerb unter anderem wegen der unterschiedlichen Bewertung von Eintauschfahrzeugen immer noch voll und ganz spielen. Deshalb bestehe zwischen den Verfahrensparteien und den anderen Marktakteuren starker Wettbewerb betreffend mitentscheidende Wettbewerbsparameter. Aus Sicht der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz die erwähnten Tatsachen in ihrer Beurteilung des Innenwettbewerbs berücksichtigen müssen bzw. die Bedingungen und die Wettbewerbsparameter, welche beim Neuwagenverkauf tatsächlich ausschlaggebend seien, ermitteln sollen.

#### **E. 9.3.8**

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, welche durch tiefere Rabatte und höhere Ablieferungspauschalen angehoben werden sollten.

#### **E. 9.3.9**

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 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 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. Vor diesem Hintergrund bedarf die Bemerkung der Beschwerdeführerin, die Annahmen der WEKO betreffend den Aussenwettbewerb seien falsch, da die Verfahrensparteien auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen des VW-Konzerns einen Marktanteil von knapp über [...] % und nicht von [...] % hätten, keiner näheren Erörterung.

#### **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 der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmaßnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren.

#### **E. 10**

Zu eruieren bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beschwerdeführerin selber nennt keine solchen.

#### **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 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 Amstutz / Carron / Reinert, Art. 5 KG N. 246 ff.).

#### **E. 10.4**

Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, Altimum, E. 13.5.1 m.H.). Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 144 II 246, Altimum, E. 13.5.1 und 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 10.4, je m.H.).

##### **E. 10.4.1**

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 diene 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. 10.4.2**

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 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. 10.5**

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

#### **E. 11**

Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler.

#### **E. 11.1**

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.4.2, 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2 und 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2). Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, Cellere, E. 9.3.1 und B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 8.2, je m.H.; vgl. ROBERT ROTH, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 49a-53 KG N. 37 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei nachweisbarem wettbewerbswidrigem Verhalten in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, weil Unternehmen die Normen des KG sowie die entsprechende Praxis kennen müssen (BGE 147 II 72, Pfizer, E. 8.4.2, 146 II 217, ADSL II, E. 8.5.2 und 143 II 297, Gaba, E. 9.6.2).

#### **E. 11.1.1**

Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat): Vorliegend handeln die Herren [Z.\_\_\_\_\_ AG], [Geschäftsleiter der 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 zeichnungs-berechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu

B-7920/2015 Seite 87 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 erklärt, weder sie noch ihr Geschäftsleiter habe wissentlich und willentlich die Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns mit den anderen Verfahrensparteien vereinbart.

#### **E. 11.1.3**

Zwar trifft es zu, dass die Konditionenliste durch die Beschwerdeführerin nicht vereinbart wurde. Stattdessen stimmte diese jedoch ihr Verhalten darauf ab. Als ihr Direktor bzw. Vizedirektor hatten [...] und [...] im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung. Aufgrund der Aktenlage und mangels gegenteiliger Hinweise ist entsprechend der oben (E. 11.1) wiedergegebenen Gerichtspraxis davon auszugehen, dass sie sich seitens der Beschwerdeführerin kraft ihrer Organfunktion bzw. in Ausübung der ihnen ordnungsgemäss zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten durch bewusste Mitwirkung an der beurteilten Preisabrede pflichtwidrig und damit schuldhaft verhielten (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 11.2.4 m.H.).

#### **E. 11.2**

Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist die Sanktion anhand des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, unter Berücksichtigung des durch die Abrede erlangten mutmasslichen Gewinns, zu bemessen. Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der KG-Sanktionsverordnung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gilt bei der Festsetzung der Sanktion das Verhältnismässigkeitsprinzip. Art. 3 SVKG definiert den sog. Basisbetrag der Sanktion als einen Wert von bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht (Art. 4 Satz 1 SVKG). Art. 5 SVKG statuiert erschwerende, Art. 6 SVKG mildernde Umstände, die zu einer Erhöhung bzw. Verminderung des nach den Art. 3 und 4 SVKG festgesetzten Betrages führen. Art. 7 SVKG bestimmt unter Hinweis auf Art. 49a Abs. 1 KG, die Sanktion betrage

B-7920/2015 Seite 88 in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

### **E. 11.2.1**

Zur 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 [Selbstanzeigerin] 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-7920/2015 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 hätte(n). Daher rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. Ebensowenig 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**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Basisbetrag der Sanktion zu hoch angesetzt, die Dauer des Verstosses falsch berechnet und dessen Schwere in unzulänglicher Weise beurteilt. Mit Blick auf die mögliche Maximalsanktion legt die Beschwerdeführerin dar, Berechnungszeitpunkt sei nicht die Untersuchungseröffnung oder die Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens, sondern der Entscheid der WEKO. Zu berücksichtigen seien die diesem vorangegangenen Geschäftsjahre. Vorliegend sei die Maximalsanktion anhand der Umsätze, welche die Beschwerdeführerin 2011 bis 2013 erzielt habe, berechnet worden. Richtigerweise aber hätte die Vorinstanz die während den Jahren 2012 bis 2014 erzielten Umsätze in Betracht ziehen müssen. Die Beschwerdeführerin habe 2014 einen Umsatz von Fr. [...] erwirtschaftet. Folglich betrage die Maximalsanktion Fr. [...]. Gemäss den Ausführungen der WEKO liege keine Wettbewerbsbeschränkung vor, die gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG erfülle. Schon deswegen hätte die Obergrenze des Basisbetrags von 10 % nicht herangezogen werden dürfen. Vielmehr hätte diese höchstens im unteren Bereich der 7-10 % festgelegt werden dürfen, welche bei Abreden gälten, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt beseitigten.

B-7920/2015 Seite 90 Bei der Festlegung des Prozentsatzes habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Abrede den Wettbewerb – wenn schon – "nur" erheblich beeinträchtige. Daher hätte der Prozentsatz tiefer, d.h. zwischen vier und sechs Prozent, angesetzt werden müssen. Schliesslich habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Abrede nur einen geringen Teil des Kaufpreises eines Neuwagens zu beeinflussen vermöge. In Anbetracht dieser Tatsache hätte die Vorinstanz den Prozentsatz noch tiefer, d.h. zwischen 1 und 3 %, ansetzen bzw. ganz auf eine Sanktion verzichten müssen. Falls überhaupt ein Wettbewerbsverstoss vorläge, könne es sich höchstens um einen besonders leichten Fall handeln, da die Beschwerdeführerin weder die Absicht noch den Willen gehabt habe, die Konditionenliste anzuwenden. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin ihre eigenen Rabattkonditionen und ihre eigene Preispolitik verfolgt. Zudem habe sie im Rahmen des Projekts "Repo 2013" eine passive Rolle gespielt. Dies sei bei der Beurteilung der Schwere des Wettbewerbsverstosses von der Vorinstanz fälschlicherweise nicht in Betracht gezogen worden. Folglich müsse der Basisbetrag stark reduziert werden. Fest stehe, dass das angeblich unzulässige Wettbewerbsverhalten gar keine Auswirkungen auf den relevanten Markt gehabt habe bzw. haben können; einerseits, weil das Projekt "Repo 2013" von den weiteren Verfahrensparteien nicht umgesetzt worden sei bzw. über die Osterfeiertage nicht habe umgesetzt werden können, andererseits, weil die Verfahrensparteien die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt wegen ihres sehr geringen Marktanteils gar nicht hätten beeinflussen können. Ferner habe die Vorinstanz die Dauer des Verstosses falsch berechnet. Sie verkenne, dass die Konditionenliste gar nie aktiv werden können. Sie lege keine Beweise vor, wonach die Verfahrensparteien die Konditionenliste effektiv schon am 28. März 2013 eingesetzt hätten. Es gebe auch keine Beweise dafür, dass zwischen dem 28. März 2013 und dem 3. April 2013 tatsächlich Erststofferten erstellt bzw. Neuwagen verkauft worden seien. Vertragsverhandlungen würden in der Regel mehrere Tage oder sogar Wochen dauern.

Zudem lasse die Vorinstanz ausser Acht, dass am 2. April 2013, dem ersten Werktag nach den Osterfeiertagen, die gesamte Vertriebsorganisation der Konzernmarken der Selbstanzeigerin sowie die Vorstandsmitglieder des VPVW per Brief darüber informiert worden seien, dass das Projekt

B-7920/2015 Seite 91 "Repo 2013" nicht umzusetzen sei bzw. unverzüglich gestoppt werden müsse. Am 3. April 2013 sei dieses Schreiben um 07.58 h sämtlichen Vertriebs- und Geschäftspartnern der Selbstanzeigerin per E-Mail zugestellt worden. Bezüglich mildernder Umstände argumentiert die Beschwerdeführerin, die von ihr bestrittene Abrede sei, wie die WEKO selber festgestellt habe, vor Eröffnung der Untersuchung beendet worden. Zudem habe sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt, denn die gesetzlich statuierte Vermutung könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die verfügte Sanktion sei für die Beschwerdeführerin finanziell nicht tragbar. Effektiv habe diese 2012 bis 2014 keinen Gewinn erzielt und werde 2015 einen Millionenverlust machen. Beim Um- und Ausbauprojekt [...] handle es sich nicht um eine Investition der Beschwerdeführerin. Sie werde Mieterin der Räumlichkeiten, nicht Eigentümerin. Neben ihr würden nämlich zwei weitere Unternehmen ihren Hauptsitz in den [...] verlegen. In Anbetracht ihrer Höhe sei die Sanktion weder geeignet noch erforderlich und für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar. Mithin habe die Vorinstanz das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzt. Richtigerweise wäre der Basisbetrag deutlich niedriger anzusetzen bzw. von einer Sanktion ganz abzusehen.

### **E. 11.2.3**

Darauf erwidert die Vorinstanz, sie habe entschieden, aus Gründen der Verhältnismässigkeit Pauschalsanktionen festzulegen. Es sei in Betracht gezogen worden, dass die Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet worden sei und dass während dieser Zeit nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste verkauft worden sei. Bei der konkreten Berechnung der Pauschalsanktion habe sie sich nur insoweit an den Vorgaben der SVKG orientiert, als ein Nachweis relevanter tatsächlicher Umstände überhaupt möglich sei. Sie habe insbesondere darauf geachtet, dass die Pauschalsanktionen die ungefähren Grössenverhältnisse hinsichtlich der jährlichen Umsätze der betroffenen Unternehmen auf den relevanten Märkten widerspiegeln. Für die Beschwerdeführerin sei zuerst der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG berechnet worden (10 % des Umsatzes, den sie in den letzten drei Geschäftsjahren nach [recte wohl: vor] Aufgabe des wettbewerbswidrigen

B-7920/2015 Seite 92 Verhaltens auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe). Dieser belaufe sich auf Fr. [...]. Weil der Wettbewerbsverstoss nur kurz gedauert habe, mindestens vom 28. März 2013 bis am 3. April 2013 (drei Tage), sei dieser Betrag durch 365 Tage geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert worden, was eine Pauschalsanktion von rund Fr. [...] ergebe. Diese habe symbolischen Charakter und liege unter dem Sanktionsbetrag, der nach der SVKG und aufgrund eines von der Beschwerdeführerin beanspruchten Basisbetrags von 4-6 % sowie unter Berücksichtigung von weiteren geltend gemachten mildernden Umständen errechnet werden könnte. Die Pauschalsanktion der Beschwerdeführerin übersteige den Maximalbetrag nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 SVKG nicht, auch wenn dieser gestützt auf die von der Beschwerdeführerin berechneten Umsätze während der Jahre 2012 bis 2014 (was einen Maximalbetrag von Fr. [...] ergäbe) berechnet würde. Hinzu komme, dass der durchschnittliche Umsatz der

Beschwerdeführerin der Jahre 2012 bis 2014 lediglich um [...] % (oder ca. Fr. [...]) geringer ausfalle als derjenige der Jahre 2011 bis 2013, was offensichtlich einen unerheblichen Unterschied darstelle. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt, dass die Wettbewerbsabrede nur für kurze Zeit umgesetzt worden sei. Sie habe darauf geachtet, dass die berechnete Pauschalsanktion für die Beschwerdeführerin auch finanziell tragbar sei. Somit habe sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin belege ihre geltend gemachten finanziellen Schwierigkeiten und die behauptete Untragbarkeit der Sanktion nicht. Zudem seien ihre Behauptungen in Bezug auf das Um- und Ausbauprojekt [...] nicht korrekt. Aus der eigenen Medienmitteilung und den Presseartikeln gehe klar hervor, dass die Beschwerdeführerin [...] Franken in das Projekt investiert habe ("Die Autovertretung [X. \_\_\_\_\_ AG] baut einen neuen Hauptsitz und wird [...] Franken dafür aufwerfen."). Dies zeige, dass sie sich nicht in einem finanziellen Zustand befinde, der sie daran hindern würde, die tief angesetzte Pauschalsanktion zu tragen.

#### **E. 11.2.4**

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).

B-7920/2015 Seite 93

#### **E. 11.2.5**

Der Maximalbetrag der Sanktion ergibt sich in der Regel aus der Addition der Umsätze der drei Geschäftsjahre vor dem Entscheid der WEKO. Wenn allerdings ein Missverhältnis zwischen Wettbewerbsverstoss und Sanktionsmaximum entstünde, sodass die Kartellrente beim fehlbaren Unternehmen verbliebe und die gesetzliche Sanktionsnorm ihres Sinnes entleert würde, können ausnahmsweise frühere Jahre berücksichtigt werden. Zur Berechnung der auszufällenden Sanktion werden die kumulierten Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens herangezogen. Dadurch soll insbesondere eine während dieser Zeit erzielte Kartellrente abgeschöpft werden (TAGMANN / ZIRLICK, Art. 49a N. 12a und 48).

#### **E. 11.2.6**

In der Tat errechnete die Vorinstanz die Maximalsanktion von Fr. [...] aus den Umsätzen der Beschwerdeführerin während der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 (Sanktionsverfügung, Ziff. 372 f.). Stattdessen hätte sie dafür die Umsätze der Geschäftsjahre 2012 bis 2014, also diejenigen, welche unmittelbar vor Erlass der Sanktionsverfügung am 19. Oktober 2015 erzielt wurden, verwenden müssen. So wäre sie auf eine Sanktionsobergrenze von Fr. [...] gekommen. Allerdings lässt sich bereits an dieser Stelle festhalten, dass die verfügte Sanktion von Fr. [...] weit unter der maximal möglichen liegt. Die Beschwerdeführerin hat einen einzelnen Tatbestand unzulässiger, als besonders schädlich zu wertender (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.4) (Preis-) Abreden erfüllt und den Wettbewerb dabei nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Ihr Wettbewerbsverstoss währte wenige Tage und wurde noch vor Untersuchungseröffnung beendet, allerdings erst nach Abmahnung. Sie beteiligte sich zwar nicht von Beginn weg an der Abrede, spielte in der

Folge aber doch auch eine aktive Rolle, namentlich im Zusammenhang mit der Präsentation am Stammtisch. Wegen der kurzen Dauer des Verstosses dürfte sie freilich nur einen relativ geringen Umsatz daraus erwirtschaftet haben. Insgesamt kann unter Berücksichtigung dieser Faktoren nicht von einem schweren Fall gesprochen werden, bei welchem die Sanktion anhand des maximal möglichen Basisbetrags bestimmt werden müsste. Da sich der maximale Basisbetrag vorliegend auf rund Fr. [...] beläuft, macht die verhängte Sanktion von Fr. [...] weniger als 1 % desselben aus. Die WEKO wählte für deren Berechnung einen speziellen Modus, indem sie den maximalen Basisbetrag heranzog, ihn durch 365 teilte und das Resultat mit drei (Tagen) multiplizierte. Hätte sie der Sanktionsbemessung mit

B-7920/2015 Seite 94 Blick auf die geschilderten Aspekte des Falles einen tieferen Basisbetrag zugrundegelegt, so hätte sich keine geringere Sanktion gerechtfertigt. Gegebene, nach den Art. 4 ff. SVKG relevante Aspekte wären nicht etwa doppelt zu berücksichtigen gewesen, einmal zum Festsetzen eines niedrigeren Basisbetrags und darüber hinaus noch als mildernde, diesen Wert weiter reduzierende Umstände. Zwar bringt die Beschwerdeführerin auch einen Verzicht auf eine Sanktion ins Spiel, weil die Abrede nicht umgesetzt worden sei bzw. das fragliche Wettbewerbsverhalten keine oder nur geringfügige Auswirkungen gehabt habe. Mit der Feststellung einer abgestimmten Verhaltensweise (vgl. oben E. 8.10.4.3 und 8.10.4.5) liegt jedoch eine Umsetzung vor, weshalb der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin hinfällig ist. Dementsprechend zeitigte die Abrede tatsächliche Auswirkungen. Dass sie nur kurz praktiziert wurde, berücksichtigte die Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung. Im Übrigen unterliegt nach der Rechtsprechung zu Art. 49a KG etwa auch ein Verstoss, aus dem kein Umsatz resultierte, der Sanktionierung (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 11.5.8.1 ff.). Folglich fällt ein Sanktionsverzicht gegenüber der Beschwerdeführerin ausser Betracht. Was die Verhältnismässigkeit der verfügten Sanktion betrifft, so erscheint diese als geeignet und erforderlich zur Ahndung der abgestimmten Verhaltensweise der Beschwerdeführerin. Das gilt besonders auch wegen deren nicht bloss passiver Rolle und der Tatsache, dass sie ihr wettbewerbswidriges Handeln erst nach Abmahnung von dritter Seite beendete. Die behauptete Untragbarkeit der verfügten Sanktion schliesslich hat die Beschwerdeführerin nicht substantiiert. Ebensowenig sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ihr die Sanktion finanziell nicht zumutbar wäre.

#### **E. 11.2.7**

Mit Blick auf die Argumentation der Beschwerdeführerin ist schliesslich darzulegen, dass sich am Ergebnis, wonach die Sanktionshöhe den Ermessensspielraum der Vorinstanz respektiert, selbst bei einer detaillierteren Berechnung der Sanktion unter Berücksichtigung der einzelnen Tage, an welchen die Abrede umgesetzt werden konnte, nichts ändern würde. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin kann berücksichtigt werden, dass das von ihr 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

B-7920/2015 Seite 95 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. Andererseits lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz den Samstag, 30. März 2013, hinsichtlich einer

Umsetzung der Abrede ausser Acht liess. Die Sanktionsverfügung enthält dazu keine Erwägungen. Weil es sich bei diesem Samstag aber nicht um einen Feiertag handelte, ist er ebenfalls einzurechnen. Folglich konnte die Wettbewerbsabrede von Donnerstag, 28. März 2013, bis und mit Dienstag, 2. April 2013, praktiziert werden. Beim 29. März 2013 handelte es sich 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. Inkonsistent erscheint, dass die Vorinstanz einerseits den Basisbetrag durch 365 teilte, also mit Wochentagen rechnete, andererseits aber beim Bestimmen des Multiplikators 3 für den Zeitraum der Umsetzung der Abrede von effektiven Arbeitstagen ausging. Da das Ergebnis freilich im Rahmen des der WEKO zustehenden Ermessens liegt, braucht nicht weiter auf diesen Punkt eingegangen zu werden.

#### **E. 11.2.8**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die angefochtene Sanktion auch ihrer Höhe nach nicht gegen Bundesrecht verstösst. 12. Die Beschwerdeführerin hat die Aufhebung der angefochtenen Verfügung als Ganzes beantragt. Zu den darin angeordneten Massnahmen (Dispositiv-Ziff. 1) hat sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäussert. Mit Blick auf die beiden Parallelverfahren rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine Überprüfung der verfügten Massnahmen, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG). 12.1 In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat):

B-7920/2015 Seite 96

#### **E. 12**

Die Beschwerdeführerin hat die Aufhebung der angefochtenen Verfügung als Ganzes beantragt. Zu den darin angeordneten Massnahmen (Dispositiv-Ziff. 1) hat sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäussert. Mit Blick auf die beiden Parallelverfahren rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine Überprüfung der verfügten Massnahmen, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 12.1**

In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat): 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, 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 1.3 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante

Informationen auszutauschen.

### **E. 12.2**

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

### **E. 12.3**

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. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.7) 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 Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

### **E. 13**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

### **E. 14**

April 2013 effektiv abgeschlossenen Kaufverträgen über Neuwagen betrifft, so weisen diese lediglich die den Kunden gewährten Endrabatte, jedoch nicht die Preisnachlässe und

Ablieferungspauschalen für Erstoffer- ten aus. Deshalb erlauben sie keine verlässlichen Rückschlüsse auf den strittigen Sachverhalt. 8.10.4.3.3 Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 reichte die Beschwerdeführe- rin dem Sekretariat einige Kaufverträge ein. Schon weil es sich dabei nicht um Erstofferten handelt, können sie eine Abstimmung derselben mit der vereinbarten Konditionenliste allerdings nicht widerlegen. Bekanntlich un- terscheiden sich die in Kaufverträgen festgelegten Rabatte und Abliefe- rungspauschalen bisweilen von denjenigen der Erstofferten. Ziel des Pro- jekts "Repo 2013" war es aber, die Rabatte zu reduzieren und die Abliefe- rungspauschalen zu erhöhen, indem Höchst- bzw. Mindestwerte in die Er- stofferten eingesetzt wurden. Abgesehen davon wurden die eingereichten Verträge zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 geschlossen, als der Präsident des VPVW (am 26. März 2013) und die Selbstanzeigerin (am 2. sowie am 3. April 2013) bereits Abmahnungsschreiben, unter anderem an die Beschwerdeführerin, geschickt hatten. Ferner betrifft ein Vertrag eine Automarke, welche nicht zum VW-Konzern gehört. Unter diesen Umständen eignen sich die erwähnten Kaufverträge nicht zum Nachweis einer individuellen Rabattpolitik. Die Beschwerdeführerin selber hält fest, sie verrechne andere Ablieferungspauschalen (Fr. [...] bis [...]) je nach Marke und Modell) als diejenigen, welche auf der Konditionen- liste des Projekts "Repo 2013" verzeichnet seien (Fr. [...] bis [...]). An den Kaufverträgen erkenne man, dass es sich nicht um Fixbeträge handle; viel- mehr variierten die Ablieferungspauschalen zwischen Fr. [...] bzw. [...] und Fr. [...]. Allerdings liegen die von der Beschwerdeführerin zuerst genannten Höchst- und Tiefstwerte jeweils genau Fr. [...] über denjenigen der Kondi- tionenliste des Projekts "Repo 2013", was wiederum auf eine Befolgung der Mindestpauschalen derselben in den Erstofferten hindeutet (vgl. auch Folie 24 der Präsentation für den Stammtisch der Region [...], vorgetragen durch den Direktor bzw. den Vizedirektor der Beschwerdeführerin). 8.10.4.3.4 Dem Bundesverwaltungsgericht legte die Beschwerdeführerin sodann mehrere Listen vor, welche ihren Angaben zufolge Erstofferten für Neuwagen von Marken des VW-Konzerns dokumentieren. Sie erklärte dazu, sie habe mit der Einreichung ihrer Erstofferten, die zwischen dem

B-7920/2015 Seite 70 4. März und dem 14. April 2013 gemacht worden seien, eindeutig darge- legt, dass sie ihre eigene Rabattpolitik verfolgt und sich nicht an der Kon- ditionenliste des Projekts "Repo 2013" beteiligt habe. Die gewährten Ra- batte schwankten zwischen 0 und [...] %. Wenn die Vorinstanz daran ge- zweifelt habe, hätte sie im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes zu- sätzliche Ermittlungen tätigen und auch nach entlastenden Elementen su- chen müssen. So hätte sie beispielsweise die effektiven Erstofferten und die einzelnen Kaufverträge einfordern können. Die Vorinstanz vertritt den Standpunkt, die Listen zeigten nicht, ob es um Erstofferten oder solche nach weiteren Verhandlungsrunden gehe. Eben- sowenig sei ersichtlich, ob sich die Offerten auf Fahrzeuge aus besonderen (Rabatt-) Kategorien, z.B. Vorfürwagen oder Flotten, bezögen. Ein Gross- teil der Prozentsätze in diesen Listen entspreche den maximalen Preis- nachlässen gemäss vereinbarter Konditionenliste des Projekts "Repo 2013". Der von der Beschwerdeführerin erwähnte maximale Rabatt von [...] % sei mit "Sonderrabatt" bezeichnet und betreffe eine einzige Offerte. Ferner habe die WEKO in der angefochtenen Verfügung festgestellt, dass die vereinbarten Konditionen nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hätten angewendet werden können. Ein grosser Teil der auf den Lis- ten verzeichneten Offerten sei jedoch ausserhalb dieses kurzen Zeitraums gemacht worden, weshalb sie für den vorliegenden Sachverhalt ohnehin nicht massgebend seien. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre um- fangreichen Listen ohne

(nachvollziehbare) Auswertung eingereicht hat. Somit hat sie sich bezüglich der tabellarisch ausgewiesenen Rabatte auf eine blosser Behauptung beschränkt, obwohl die Daten aus ihrem eigenen Machtbereich stammen und sie selber über geeignete Instrumente verfügen müsste, um eine erläuternde Interpretation bereitzustellen. Ausserdem wurden die Listen der Beschwerdeführerin nicht nach der Spalte "Datum", sondern in absteigender Reihenfolge nach der Spalte "Rabatt %" sortiert. Zuoberst in den Listen stehen damit immer die Offerten mit den höchsten Rabatten (gemessen in Prozent) der betrachteten Kalenderwoche. Durch diese Gliederung wollte die Beschwerdeführerin allem Anschein nach ihre Argumentation untermauern, dass sie grosszügige Rabatte gewährt und sich nicht an die Vorgaben des Projekts "Repo 2013" gehalten habe. So bieten die Listen freilich keine getreue Dokumentation des Rabattverhaltens über die Zeit. Hierfür hätten die Offerten nach ihrem Erstellungsdatum sortiert werden müssen. Dies wäre umso wichtiger gewesen, als sich die Lis-

B-7920/2015 Seite 71 ten auf die Periode vom 4. März bis zum 14. April 2013 erstrecken, während das inkriminierte Verhalten gemäss Sanktionsverfügung zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 umgesetzt werden konnte (effektiv an drei Tagen; vgl. dazu unten E. 11.2.7). Schliesslich bleibt festzustellen, dass die Ablieferungspauschalen in den Listen nicht erwähnt werden. Der Aufbau der sechs Tabellen ist identisch. Es kann davon ausgegangen werden, dass jede ihrer Zeilen eine andere Offerte repräsentiert. Da die Beschwerdeführerin nicht in jeder Kalenderwoche gleichviele Offerten erstellte, variiert die Zeilenzahl. Über sämtliche Tabellen betrachtet liegen Informationen zu [...] Offerten vor. Allerdings sind die Angaben nicht für alle Offerten vollständig. Bei [...] Offerten ist keine Rabattart angegeben. Weil in diesen Fällen (mit einer Ausnahme) auch Informationen zur Marke, zum Modell und zum Preis des offerierten Neuwagens fehlen, lässt sich nicht ermitteln, ob das Fahrzeug mit oder ohne Rabatt offeriert wurde. Da die Beschwerdeführerin ihre Listen jedoch als Nachweis für die Gewährung grosszügiger, von der vereinbarten Konditionenliste abweichender Rabatte für Neuwagen eingereicht hat, ist zu vermuten, dass es sich bei diesen Offerten entweder nicht um solche für Neuwagen oder aber um Offerten für Neuwagen zum Listenpreis, d.h. "ohne Rabatt", handelt. Angaben zur Marke, zum Modell, zur Mehrausstattung und zum Preis des offerierten Fahrzeugs finden sich jeweils nur im oberen Teil der Listen. Bei den Offerten im unteren Teil sind nur das Datum, der Ersteller und der Empfänger der Offerte erwähnt. Vollständige Angaben liegen für insgesamt [...] Offerten vor. In [...] Fällen fehlen nähere Angaben zum offerierten Fahrzeug. In sieben Fällen ist die Identität des Kunden unbekannt. Laut Beschwerdeführerin handelt es sich bei den aufgelisteten Offerten ausschliesslich um Erstofferten. Ob dies stimmt, lässt sich anhand der Tabelleninhalte nur ansatzweise überprüfen, denn in der Spalte "Status" wurden nur die Kategorien "Offerte" oder "offre" benutzt, und die Bezeichnung "Erstofferte" findet sich in den Listen nirgends. Bei [...] Listeneinträgen kann es sich schon deshalb nicht um Erstofferten handeln, weil für die betreffenden Kunden Angaben zu älteren Offerten vorliegen, die sich auf das gleiche Fahrzeugmodell beziehen. Für [...] weitere Einträge liegen Informationen vor, dass den betreffenden Kunden bereits vorher Offerten abgegeben wurden. Da die Offertangaben – insbesondere zum Modell des Neuwagens – unvollständig sind, ist hierzu aber keine abschliessende Einschätzung möglich. Als Quintessenz lässt sich immerhin festhalten, dass es sich bei den eingereichten Listen der Beschwerdeführerin jedenfalls um keine reinen Erstoffertenlisten handelt.

B-7920/2015 Seite 72 Ein Vergleich der "Erstoffertenlisten" mit den "Verkäufernachlasslisten", welche die Beschwerdeführerin am 27. März 2014 dem Sekretariat einreichte (vgl. oben E. 8.10.4.3.2), bekräftigt diesen Befund. Angesichts der abgestuften Rabatte der Verkäufernachlasslisten ist es namentlich nicht plausibel, dass bereits in Erstofferten Rabatte von [...] % und mehr gewährt worden wären, selbst bei Flotten, insbesondere aber gegenüber Privatpersonen, zumal höhere Rabatte die Provision der Verkäufer minderten. Aufgrund dessen lässt sich aus den von der Beschwerdeführerin als "Erstoffertenlisten" eingereichten Tabellen nicht ableiten, sie hätte im fraglichen Zeitraum bei Erstofferten eine von der strittigen Konditionenliste unabhängige Strategie bezüglich Rabatten (und Ablieferungspauschalen) verfolgt.

8.10.4.3.5 Im Erstellen von Erstofferten manifestiert sich ein tatsächliches Marktverhalten der Beschwerdeführerin. Es zeigt mindestens, dass zwischen ihr als Anbieterin und Abnehmern Vertragsverhandlungen über Fahrzeugkäufe angebahnt wurden. Wie oben (E. 8.10.4.3.2) festgestellt, hielt sich die Beschwerdeführerin in ihren während des fraglichen Zeitraums verfassten Erstofferten weitgehend sowohl an die Höchst rabatte als auch an die Mindestablieferungspauschalen der abgesprochenen Konditionenliste. Am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 hatte ihr Vizepräsident das Projekt "Repo 2013" einschliesslich detaillierter Konditionenlisten präsentiert. Die dabei verwendete Folie 16 enthält unter dem Titel "Massnahmen, um Zerfall der Rentabilität zu stoppen" die Bemerkung "Generieren von mehr Brutto-Gewinn" mit dem Kommentar "Rabattsenkung ist die einzige Stellschraube, um den Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig zu steigern!" Folie 24 ("Offertdarstellung / Ablieferungspauschale") zeigt die Aussage, die [auf den vorangegangenen Folien] genannten Konditionen würden auf der sog. Erstofferte angewandt und als Preisnachlässe bzw. Flottenrabatte ausgewiesen. Auf Folie 30 ("Auswirkungen") ist Folgendes festgehalten: "Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.– pro 100 Einheiten." Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin die streitige Abrede über Höchst rabatte und Mindestablieferungspauschalen für Erstofferten betreffend Neuwagen von Marken des VW-Konzerns in ihrer Geschäftstätigkeit umsetzte. Mit anderen Worten lässt sich feststellen, dass sie ihr Verhalten am Markt im fraglichen Zeitraum auf die besagten, unter Dritten vereinbarten Konditionen abstimmte.

B-7920/2015 Seite 73 Es erübrigt sich deshalb auch, weitere Kaufverträge von der Beschwerdeführerin einzuverlangen, zumal sie solche sowie eine entsprechende Tabelle schon dem Sekretariat einreichte und Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ohnehin Erstofferten bilden.

#### **E. 14.1**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Sanktion unterliegt, hinsichtlich der Massnahmen aber obsiegt, sind die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– um Fr. 1'000.– auf Fr. 9'000.– zu ermässigen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 10'000.– sind ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'000.– zurückzuerstatten.

**E. 14.2**

Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine reduzierte Parteienschädigung 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). Mit Begleitschreiben vom 4. April 2017 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht mehrere Honorarnoten ein. Angemessen erscheint vorliegend eine reduzierte Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

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