

# **WEKO VPVW Stammtische Projekt Repo 2013 vom 19. Oktober 2015**

WEKO, 2015-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_VPVW\\_Stammtische\\_Projekt\\_Repo\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_VPVW_Stammtische_Projekt_Repo_2013)

FR: WEKO VPVW Stammtische Projekt Repo 2013 du 19 octobre 2015

IT: WEKO VPVW Stammtische Projekt Repo 2013 del 19 ottobre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob bestimmte schweizerische, zugelassene Händler verschiedener Marken des Volkswagen Konzerns (nachfolgend: VW-Konzern), nämlich VW Personenwagen (nachfolgend: VW PW), VW Nutzfahrzeuge (nachfolgend: VW NF), Audi, Seat und Skoda, eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs.

#### **E. 1.1**

die Vereinbarungen des «Projekt Repo 2013» über die Festsetzung von Preis- nachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzern, 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 anderen preisrelevanten Informationen auszutauschen. 2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

- ASAG Auto-Service AG CHF [10'000–320'000].–.

- Autoweibel AG CHF [10'000–320'000].–.

- City-Garage AG, St. Gallen CHF [10'000–320'000].–.

- Garage Gautschi Holding AG CHF [10'000–320'000].–. 3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 253'153.– und werden der ASAG Auto-Service AG, Autoweibel AG, City-Garage AG, St. Gallen und Garage Gautschi Holding AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'288.25.–, unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- ASAG Auto-Service AG, Sevogelstrasse 26, 4052 Basel vertreten durch Herrn Olivier Riesen, RIESEN LAW, Rue de Rive 23, 1260 Nyon 1 - Autoweibel AG, Murtenstrasse 4, 3270 Aarberg vertreten durch Herrn Dr. Oliver Kaufmann, Streichenberg Rechtsanwälte, So-ckerstrasse 38, 8002 Zürich - City-Garage AG, St. Gallen, Zürcherstrasse 162, 9001 St. Gallen vertreten durch Herrn Prof. Dr. Patrick Krauskopf, AGON PARTNERS, Wiesenstrasse 17, 8008 Zürich - Garage Gautschi Holding AG, Dorfgasse 8, 4922 Thunstetten vertreten durch Herrn Dr. Alfred Gujer, Advokatur Zelgli, Im Langacker 16, 8600 Dübendorf

5. Die Verfügung geht in Kopie an:

22-00022/COO.2101.111.3.146422 100 - AMAG Automobil- und Motoren AG, Utoquai 49, 8008 Zürich vertreten durch Dr. Marcel Dietrich, Anwaltsbüro Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 101 F Anhänge

Anhang 1: Die vereinbarte Konditionenliste (Act. 19, Beilage 3)

Anhang 2: Präsentation (Act. 19, Beilage 1) Anhang 3: Präsentation Region 8 (Act. 22)

Anhang 4: Vergleichstabelle der Präsentationen

22-00022/COO.2101.111.3.146422 102

### **E. 3**

Einvernahmeprotokoll vom 17.6.2013 von [Autoweibel]: Act. 85, Rz 78; vgl. auch <[www.autoweibel.ch/de/index.php](http://www.autoweibel.ch/de/index.php)>, unter Neuwagen.

### **E. 4**

Vgl. <[www.city-garage.ch/index.php](http://www.city-garage.ch/index.php)> unter Neuwagen und Geschäftsstellen.

### **E. 5**

Einvernahmeprotokoll vom 12.6.2013 von [Garage Gautschi]: Act. 77, Rz 72; vgl. auch <[www.garage-gautschi.ch](http://www.garage-gautschi.ch)> unter Garage Gautschi Langenthal und Auto Gautschi Lyssach.

22-00022/COO.2101.111.3.146422

### **E. 6**

Die AMAG ist der autorisierte und exklusive Importeur für Neufahrzeuge verschiedener Marken des VW-Konzerns, nämlich VW PW, VW NF, Audi, Seat und Skoda, in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich AMAG IMPORT). Zudem ist

sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen zugelassenen Händler- und Werkstattbetrieben für die erwähnten Fahrzeugmarken sowie die VW-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich AMAG RETAIL).<sup>10</sup> AMAG RETAIL bildet daher eine wirtschaftlich und rechtlich nicht getrennte Abteilung der AMAG. Einerseits verfügt die AMAG über 69 AMAG RETAIL Betriebe, die im Handel und im Service tätig sind.<sup>11</sup> Andererseits ist die AMAG, als Schweizer Vertreterin des VW-Konzerns, Vertragspartnerin von 274 zugelassenen Händlern (Konzessionären) der Marken VW, Audi, Seat und Skoda in der Schweiz.<sup>12</sup> Die Marke Porsche gehört zwar ebenfalls zum VW-Konzern. Anders als bei den übrigen Marken des VW-Konzerns ist AMAG jedoch nicht Importeurin dieser Fahrzeuge, sondern nur auf Einzelhandelsebene tätig (Porsche AMAG RETAIL).<sup>13</sup> In Bezug auf das Verhalten der AMAG RETAIL betreffend den untersuchten Sachverhalt wird in der vorliegenden Verfügung generell die AMAG genannt.

### A.3 Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt

#### A.3.1 Begriffe und Hintergrundinformationen

##### **E. 7**

Vor der Darstellung des Sachverhalts werden nachfolgend einige Begriffe erklärt und Hintergrundinformationen angegeben, welche für diese Untersuchung wichtig und für ein rasches Verständnis der vorliegenden Verfügung hilfreich sind.

##### A.3.1.1 Begriffe

##### **E. 8**

Gemäss Angabe der AMAG handelt es sich bei einer Verkaufsmeldung um «die Meldung des Händlers an den Importeur und den Hersteller, dass ein bestimmtes Fahrzeug an einen Kunden übergeben oder auf den eigenen Betrieb zugelassen wurde. Die Anzahl Verkaufsmeldungen entspricht der Anzahl verkaufter bzw. zugelassener Fahrzeuge eines Händlers» (siehe Act. 277, S. 2 Ziff. 2, 2. Absatz).

##### **E. 9**

Act. 289.

##### **E. 10**

Protokollaussage zur Selbstanzeige vom 4.4.2013: Act. 40, S. 2; Act. 230, S. 1.

##### **E. 11**

Act. 230, S. 1 und Beilage «Übersicht Partnernetze AMAG IMPORT (11.04.2014)».

##### **E. 12**

Act. 230, S. 1 und Beilage «Freie Partner Handel».

##### **E. 13**

Gemäss Art. 2 der Statuten des VPVW<sup>18</sup> bezweckt der VPVW «die Förderung des Verkaufs sowie der Serviceabdeckung der Marken des Volkswagenkonzerns in der Schweiz», «[...] eine enge Zusammenarbeit und Beziehungspflege zwischen den Händlern (d.h. sämtlichen Vertriebsstufen bei mehrstufigem Vertriebsnetz) sowie Servicepartnern dieser Marken und der Automobil und Motoren AG (nachfolgend AMAG) und der Porsche Schweiz AG (nachfolgende Porsche Schweiz) als Importeurinnen» und «[...] die Förderung der Fairness und Kollegialität unter den Partnern des Volkswagenkonzerns». Der VPVW

unterstützt die Importeurin (AMAG IMPORT) «[z]ur Erreichung optimaler Marktanteile und Serviceabdeckung» und «strebt die Gewährleistung einwandfreier Servicearbeiten an den verkauften

#### **E. 14**

Mitgliederliste des VPVW (Stand Februar–März 2013): Act. 168, Beilage 2; Antwort des Präsidenten des VPVW vom 24.3.2015 zum Auskunftsbegehren des Sekretariates: Act. 350.

#### **E. 15**

Act. 168, Beilage 2; Act. 350. Die Anzahl Filialen der einzelnen zugelassenen Händler wird in der Mitgliederliste des VPVW nicht berücksichtigt.

#### **E. 16**

Act. 230, S. 1 und Beilagen.

#### **E. 17**

Act. 168, Beilage 2 und Act. 230. Vgl. auch Act. 40, S. 3.

#### **E. 18**

Statuten vom 22.7.2011 des VPVW: Act. 24, Beilage 2.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 8 Produkten an».19 Zudem pflegt der VPVW «den regen Gedankenaustausch und die guten Beziehungen innerhalb des Händler- und Servicepartnernetzes».20 14. Anfang 2013 plante der Vorstand des VPVW die Einführung je einer Stammtischveranstaltung in den selbst aufgeteilten neun Regionen der Schweiz.21 Gegenstand dieser Anlässe wären die Preis-Repositionierung der Marken des VW-Konzerns, wichtige Händlerthemen um die Rentabilität zu stärken und der Statusbericht der Themen, welche im Vorstand des VPVW mit dem Importeur besprochen werden, gewesen.22 Darüber hinaus war vorgesehen, dass (zukünftig) jedes Vorstandsmitglied ca. drei weitere Stammtische pro Jahr in der jeweilig zugeteilten Region durchführe.23

15. Jedes Vorstandsmitglied des VPVW war zuständig für eine der neun Regionen und wurde mit einer spezifischen Aufgabe als Markenansprechpartner (MAP) beauftragt, das heisst, die Vertretung der Verbandsmitglieder gegenüber dem Importeur für eine bestimmte Marke des VW-Konzerns oder einen bestimmten Marktbereich zu übernehmen. Die Zuständigkeiten innerhalb des Vorstandes des VPVW waren für die zu untersuchende Zeitperiode wie folgt vorgesehen:24

- [Name], Rechtsanwalt bei [...], Präsident des Vorstandes;

- [Name], [...] der City-Garage, zuständig für die Regionen 1 und 5 (SH, TG, ZH-Ost, SG, FL, AI, AR, GR-Ost und -Nord) und die Marke Porsche;

- [Name], [...] der Garage Gautschi, zuständig für die Region 2 (AG-Ost, SO-Süd, BE-Ost) und die Marke Audi; - [Name], [...] der Niederlassung der AMAG in [...]25 und [Name], [...] der AMAG RETAIL [...], zuständig für die Region 3 (FR-F, VD, NE, GE, VS-F) und die Marken VW PW; - [Name], [...] der [VW-Händler]26, zuständig für die Region 4 (ZG, LU, UR, NW, OW, SZ, GL); - [Name], [...] der Autoweibel, zuständig für die Region 6 (BE-West und -Süd, FR-D, VS-D) und die Bereiche After-Sales und Kundendienst;

- [Name], [...] der [VW-Händler], zuständig für die Region 7 (TI, GR-West und -Süd) und den Bereich After-Sales; - [Name], [...] der ASAG, zuständig für die Region 8 (AG, BS, BL, SO Nord, JU) und die Marke VW NF;

- [Name], [...] der AMAG und [...] der AMAG RETAIL<sup>27</sup>, zuständig für die Region 9 (ZH- West) und die IT des VPVW.

#### **E. 19**

Art. 2 der Statuten vom 22.7.2011 des VPVW: Act. 24, Beilage 2.

#### **E. 20**

Idem.

#### **E. 21**

Präsentation Region Mittelland: Act. 14, Folie 30; Präsentation Stammtisch Region 8: Act. 22, Folie 37 (Anhang 3).

#### **E. 22**

Act. 14, Folie 30; Einladung vom 11.3.2013 der AMAG an die Teilnehmer des Stammtisches Region 9: Act. 18, Beilage 1.

#### **E. 23**

Idem.

#### **E. 24**

Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

#### **E. 25**

[Name] war in der zu untersuchenden Zeitperiode noch zu wählender Kandidat für den Vorstand des VPVW, vgl. Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

#### **E. 26**

[Name] war in der zu untersuchenden Zeitperiode noch zu wählender Kandidat für den Vorstand des VPVW, vgl. Act. 14, Folie 31; Act. 22, Folie 7.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 9 16. [Name], [...] der [VW-Händler] in [...], gab Anfang 2013 seinen Rücktritt als Vorstandsmitglied des VPVW bekannt.<sup>28</sup> 17. Alle anderen Vorstandsmitglieder, ausser der Präsident [Name] und [Name], haben im Anschluss an die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung den Austritt aus dem Vorstand des VPVW erklärt.<sup>29</sup> 18. Die nachfolgende Grafik stellt zum massgeblichen Zeitraum die Struktur der AMAG, die Zusammensetzung des VPVW sowie dessen Mitgliederzahl (gemäss Angaben in Rz 12) im Verhältnis zu den zugelassenen Händlern der Marken des VW-Konzerns dar.

Abbildung 1 (Darstellung Sekretariat)

A.3.2 Vorbereitung des «Projekt Repo 2013» 19. Die AMAG IMPORT hatte bereits Ende Februar 2012 die Listenpreise der Marke Audi um durchschnittlich 11 % gesenkt.<sup>30</sup> Die Listenpreise der Marken VW PW, VW NF, Skoda und Seat wurden am 1. März bzw. am 1. April 2013 um durchschnittlich 13 bzw. 14,5 % gesenkt (eine sog. Preis-Repositionierung, siehe Rz 8).<sup>31</sup> Die geplante Umsetzung dieser Massnahmen war einigen Händlern schon Anfangs Januar 2013 bekannt.<sup>32</sup> 20. Am Rande einer Tagung für Markenverantwortliche

und Geschäftsführer zugelassener Händler der Marken des VW-Konzerns in der Umwelt Arena in Spreitenbach zwischen dem

**E. 27**

[...].

**E. 28**

Stellungnahme vom 23.9.2013 von [VW-Händler] auf Auskunftsbegehren des Sekretariats: Act. 149. Vgl. auch Act. 350.

**E. 29**

Act. 350.

**E. 30**

Vgl. <<http://info.sonntagszeitung.ch/archiv/detail/?newsid=208114>>.

**E. 31**

Vgl. <[www.volkswagen.ch](http://www.volkswagen.ch)> unter Volkswagen Aktuell > News > Seite 4 > Volkswagen und VW Nutzfahrzeuge senken die Preise in der Schweiz [publiziert am 1.3.2013, 11:19]; <[www.skodapress.ch](http://www.skodapress.ch)> unter Newsticker > Seite 3 > SKODA senkt die Listenpreise! [publiziert am 1.3.2013, 11:33]; <[www.seat.ch](http://www.seat.ch)> unter News & Events > Seite 2 > SEAT senkt die Listenpreise [publiziert am 28.3.2013, 13:12]. Vgl. auch Schreiben vom 15.3.2013 der AMAG RETAIL an alle Geschäftsführer, Markenverantwortlicher und Verkaufsmitarbeiter der AMAG RETAIL: Act. 20, S. 1 und Act. 40, S. 2.

**E. 32**

Vgl. E-Mail vom 11.1.2013 von [Garage Gautschi] an den [AMAG] und [Autoweibel]: Act. 4; E-Mail vom 22.1.2013 von [Garage Gautschi] an die Vorstandsmitglieder des VPVW: Act. 5.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 10 10. und 11. Januar 2013 (nachfolgend: VW PW MVR-Tagung)<sup>33</sup> kam es zu einer Diskussion zwischen den [Name] (Garage Gautschi), [Name] (Autoweibel) und [Name] (AMAG).<sup>34</sup> Während dieses Anlasses besprachen sie die Situation bei der Preis-Repositionierung der Marken VW PW, VW NF und Skoda.<sup>35</sup> Mit dem «Engagement» des Vorstandes des VPVW und der einzelnen Regionen erklärten sich bereit, bei den Marken VW PW, Skoda und Seat den «Sockelrabatt» auf 2 % anzusetzen.<sup>36</sup> Es sei aber klar gewesen, dass, um dieses Projekt «nachhaltig» umsetzen zu können, auch ein grosses persönliches «Engagement im Vorfeld an den Tag» zu legen notwendig war.<sup>37</sup> Mit E-Mail vom 11. Januar 2013 (um 18:26 Uhr) versendete [Garage Gautschi] den [AMAG] und [Autoweibel] die Konditionenliste von 2012 der Garage Gautschi und erklärte wie diese bei seinen Unternehmen anzuwenden war.<sup>38</sup> Bezüglich das Projekt präziserte er Folgendes: «Es muss uns bewusst sein, dass wir mit Einzelabschlachtungen arbeiten müssen und mit vollem Herzblut. Was ich klar nicht will ist, dass wir mit Halbmass und dann noch mit einer Hauruck Übung an das Thema herangehen. So wird es klar scheitern und jede aufgewendete Zeit wäre für die Katz. Es braucht dann auch eine begleitende Plattform um das Thema immer und immer wieder anzusprechen um vorgefallene Misstritte offen zu diskutieren. Der angedachte Stammtisch nach Regionen wäre da eine gute Lösung»<sup>39</sup>. Er führte zudem weiter aus: «Was meint ihr, wollen wir das Thema angehen und wie wollen wir nun vorgehen, wir haben ja nur noch bis ca. Ende Febr. Zeit das Ganze vorzubereiten. Bei der Repo muss alles klar sein und vor allem Alle

müssen sauber informiert sein. Es versteht sich von selbst, das diese Info heikel ist und wir auch vorsichtig umgehen müssen. Aus diesem Grund habe ich es nur Euch gesendet. Lasst mich also nicht am nächsten Tag verhaften lassen...smail»<sup>40</sup>. 21. Mit einer E-Mail vom 22. Januar 2013 fasste [Garage Gautschi] den Inhalt dieser Diskussion für die übrigen Vorstandskollegen, die [Name] (City-Garage), [Name] (ASAG), [Name] ([VW-Händler]) und [Name] ([VW-Händler]), zusammen.<sup>41</sup> Diese hatte zum Ergebnis, die «Nachlässe um -2 % [für die Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zu] reduzieren» und «die von [Ihnen] definierten 9 Regionen [im Rahmen der VPVW Stammtische] als Plattform [zu] nutzen», um die zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns miteinzubeziehen und dieses Projekt umzusetzen.<sup>42</sup> Ein vorsichtiger Umgang mit Rabatten gegenüber Endkunden sei die einzige Möglichkeit, um die Marge der zugelassenen Händler zu verbessern.<sup>43</sup> Er stellte seinen Vorstandskollegen die Frage, ob sie «dieses Projekt nun definitiv starten» und «umsetzen» wollten.<sup>44</sup> [Garage Gautschi] wies sie zudem darauf hin, dass sie «diese Chance [...] nur einmal [hätten] und die Zeit drängt» und dass sie «von einer "Chance" von ca. 24 Mio.» sprechen würden.<sup>45</sup> 22. Als Antwort darauf schickte [AMAG] am gleichen Tag die Konditionenliste der AMAG RETAIL «Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (Empfehlung)» vom 19. Ja-

**E. 33**

Einladung vom 23.11.2012 zur VW PW MVR-Tagung: Act. 2. Für die VW PW MVR-Tagung gab es 221 angemeldete Teilnehmer, unter diesen waren alle Parteien vertreten (vgl. Act. 3).

**E. 34**

Act. 4; Act. 5.

**E. 35**

Idem.

**E. 36**

Act. 4.

**E. 37**

Idem.

**E. 38**

Act. 4.

**E. 39**

Idem.

**E. 40**

Idem.

**E. 41**

Act. 5.

**E. 42**

Idem.

**E. 43**

Protokollaussage zur Selbstanzeige vom 18.4.2013: Act. 41, S. 2.

**E. 44**

Act. 5.

**E. 45**

Idem.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 11 nuar 2013 an [Garage Gautschi] (und in Kopie an [Autoweibel]).<sup>46</sup> Er stellte fest: «Bei der Repo-geschichte machen wir sowieso mit und wir haben unseren Kontrollmechanismus schon definiert und ggü. unseren Geschäftsführern [der AMAG RETAIL Betriebe] wird morgen kommuniziert, dass diese Liste verbindlich eingehalten wird, die Einhaltung bonusrelevant sein wird und bei nicht-Anwendung entsprechende Konsequenzen gezogen werden».<sup>47</sup> Diese Konditionenliste (gültig ab 1. Januar 2013) hatte [AMAG], als [...] der AMAG RETAIL, mit Schreiben vom 23. Januar 2013 an alle Geschäftsführer, Markenverantwortlichen und Verkaufsmitarbeiter der AMAG RETAIL gesendet.<sup>48</sup> Am 23. und 24. Januar 2013 gab es weitere Korrespondenz per E-Mail zwischen den [Garage Gautschi], [AMAG] und [Autoweibel], wobei über die einzelnen Positionen einer gemeinsamen Konditionenliste und die Ziele des Projektes diskutiert wurde. Diese E-Mails enthalten insbesondere folgende Passagen:

«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 [Garage Gautschi] 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 drüber nachdenken, was wir tun, wenn wir "Verfehlungen" feststellen. Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [Garage Gautschi] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen»<sup>49</sup>; «[...] Es kann ja jeder seine Liste nehmen, wichtig für alle ist dass die privaten Händler in unseren Einzugsgebieten das auch zu wissen bekommen, denn gerade bei Audi schwirren immer noch die alten Nachlässe von [...] und [...]% umher. Auch sollten wir mit einer gültigen Liste auf Anfang Februar an die Front können. Ich nehme es auf mich wieder meine privaten Partner Kollegen damit zu bestücken.

Ich habe im Anhang noch eine positive und negative Beispiele von Neuwagen Offerten zum Schulen der Verkäufer um mehr Transparenz in die Wagenhandels-offerten zu bekommen. [Garage Gautschi] ist das was du dir das vorgestellt hast? Sind das die Beispiele die wir an einem Stammtisch diskutieren können?»<sup>50</sup>;

«Hoi [Name, Autoweibel] und [Name, AMAG]

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

**E. 46**

E-Mail vom 22.1.2013 von [AMAG] an [Garage Gautschi] und in Kopie an [Autoweibel]: Act. 6.

**E. 47**

Act. 6. Vgl. auch die Betriebsmitteilung vom 23.1.2013 zu Verkäuferkonditionen AMAG RETAIL 2013: Act. 7.

**E. 48**

Act. 7.

**E. 49**

E-Mail vom 24.1.2013 von [AMAG] an [Autoweibel] und in Kopie an [Garage Gautschi]: Act. 8, S. 2- 3.

**E. 50**

A.4.10 Sistierung des Verfahrens 174. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 erkundigte sich die City-Garage beim Sekretariat, ob das Sekretariat gedenke, das Verfahren gegen sie und die übrigen Parteien bis zum Urteil des BVGer bezüglich der Beschwerden gegen die Vorabverfügung vom 8. August 2014 zu sistieren.<sup>424</sup> Das Sekretariat antwortete, es sei der Ansicht, dass eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens nicht gerechtfertigt sei, da der Ausgang des Beschwerdeverfahrens betreffend die Verfügung vom 8. August 2014 das Verfahren gegen die City-Garage und die übrigen Parteien nicht präjudiziere und dass die City-Garage jedoch frei bleibe, einen formalen Antrag zur Sistierung des vorliegenden Verfahrens einzureichen.<sup>425</sup> Das Sekretariat stellte aber klar, dass diese Frage erst im Rahmen des Antrags gemäss Art. 30 Abs. 2 KG beantwortet werden würde.<sup>426</sup> Die Parteien haben von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

175. Die Parteien haben erst in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats subsidiär die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Urteil des BVGer bezüglich der Beschwerden gegen die Vorabverfügung vom 8. August 2014 bzw. bis zum Inkrafttreten des entsprechenden Beschwerdeverfahrens beantragt.<sup>427</sup> 176. Nach Art. 6 BZP428 i.V.m. Art. 4 VwVG können die Behörden das Verfahren aus Gründen der Zweckmässigkeit («pour des raisons d'opportunité» in der französischen Version) aussetzen, insbesondere wenn das Urteil von der Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit beeinflusst werden kann. Die Sistierung des Verfahrens kann deshalb gerechtfertigt sein, wenn ein anderes Verfahren hängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist.<sup>429</sup> Aufgrund des Anspruches auf Beurteilung der Sache innert angemessener Frist gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ist die Sistierung jedoch nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie sich auf sachliche Gründe stützen lässt.<sup>430</sup> Das Verfahren kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei Vorliegen von sachlichen Gründen bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistiert werden. Den Behörden steht beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.<sup>431</sup> Bei der Abwägung für und gegen die Verfahrensverzögerung ist von den involvierten Interessen der vom Entscheid Betroffenen aber auch von der Dringlichkeit und zeitlichen Formalisierung des Verfahrens nach der anwendbaren Verfahrensordnung auszugehen.<sup>432</sup> Im Zweifelsfall kommt dem Beschleunigungsgebot der Vorrang zu.<sup>433</sup> 177. Im vorliegenden Fall werden die beim BVGer hängigen Beschwerdeverfahren (Rz 119) die kartellrechtliche Bewertung des Verhaltens der Parteien nicht beeinflussen können, da mit der Vorabverfügung einzig die EVR des Sekretariats mit der AMAG genehmigt wurde (Rz 113). Die Frage, ob das

Verhalten der Parteien als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu erachten ist, wird hingegen im Rahmen der vorliegenden Verfügung beurteilt. Es ist daher nicht ersichtlich, wie eine Verfahrensverzögerung den obenstehend er-

424 Act. 313. 425 Act. 343. 426 Idem. 427 Act. 401, Rz 89b; Act. 402, S. 1, 2. Antrag; Act. 403, S. 28; Act. 405, S. 22, Antrag b). 428 Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273). 429 BGE 123 II 3, 3 E. 2b; 122 II 211, 217 E. 3e. 430 BGE 130 V 90, 95 E. 5; 127 V 228, 231 E. 2a m.w.H. 431 BGE 119 II 386, 389 E. 1b; BVGE 2009/42, 600 E. 2.2; Urteil des BVGer A-5047/2011 vom 21.2.2012 E. 1.1; B-8243/2007 vom 20.5.2008 E. 3.1. 432 BGE 135 III 127, 134 E. 3.4, 123 II 1, 3 E. 2b; 122 II 211, 217 E. 3e; BVGE 2009/42, 600 E. 2.2. 433 BGE 119 II 386, 389 E. 1b; Urteil des BGer 1B\_163/2014 vom 18.7.2014, E.2.2 m.w.H.; Urteile des BVGer B-5168/2007 vom 18.10.2007, E. 2.2.1, A-7509/2006 vom 2.7.2007, E. 5.1.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 51 stellen Sachverhalt besser erklären oder, durch den Gewinn von weiteren Erkenntnissen, widersprechende Verfügungen verhindern könnte.

178. Aus diesem Grund wird den Antrag der Parteien zur Sistierung des vorliegenden Verfahrens abgelehnt.

A.4.11 Ausstand des Vizepräsidenten Prof. Dr. Stefan Bühler 179. Der Vizepräsident, Prof. Dr. Stefan Bühler, hat dem Präsidenten und den anderen Mitgliedern der WEKO vor der Eintrittsdebatte am 10. August 2015 seinen Entscheid mitgeteilt, in den Ausstand zu treten. 180. Nach Ansicht des Vizepräsidenten habe er sich, aufgrund des Erlasses der Vorabverfügung vom 8. August 2014 gegen die AMAG Automobil- und Motoren AG, bereits mit der konkreten Streitsache befasst. Dieser Entscheid des Vizepräsidenten wurde vom Präsidenten und den anderen Kommissionsmitgliedern zur Kenntnis genommen und anlässlich der Anhörungen am 24. August 2015 den Parteien mitgeteilt.<sup>434</sup>

A.4.12 Anhörung der Parteien 181. Anlässlich der Eintretensdebatte vom 10. August 2015 entschied die WEKO die Anhörungen aller Parteien durchzuführen. Am 24. August 2015 hörte die WEKO die Garage Gaudtschi und die Autoweibel an, am 7. September erfolgten die Anhörungen der ASAG und der City-Garage.

182. Bei den Anhörungen am 24. August 2015 sowie bei den Anhörungen am 7. September 2015 waren alle Parteien anwesend bzw. durch ihren jeweiligen Rechtsvertreter vertreten.<sup>435</sup> Während den Anhörungen konnten die Parteien mündlich ihren Standpunkt darlegen. Anschliessend stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der WEKO Fragen an die Parteien. Die Anhörungen wurden sinngemäss protokolliert und gleichentags durch die Parteien unterschrieben.<sup>436</sup> Inhaltlich haben die Parteien im Wesentlichen dieselben Argumente vorgetragen, die sie auch in ihren oben dargestellten schriftlichen Stellungnahmen vorgebracht haben. Auf die Vorbringen im Rahmen der Anhörungen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

A.4.13 Anhörung der AMAG 183. Anlässlich ihrer Anhörung am 7. September 2015 beantragte die City-Garage die Anhörung der AMAG durch die WEKO.<sup>437</sup> Diesem Antrag wurde stattgegeben. Die WEKO beauftragte das Sekretariat, die Anhörung der AMAG anlässlich der nächsten Plenarsitzung am 21. September 2015 zu organisieren. 184. Mit E-Mail vom gleichen Tag informierte das Sekretariat die Parteien und die AMAG darüber und forderte sie auf, bis am 9. September 2015 mitzuteilen, ob sie an der Anhörung der AMAG teilnehmen werden.<sup>438</sup> Nach Rücksprache mit der AMAG bestätigte das

Sekretaria-

434 Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Garage Gautschi: Act. 451, Rz 6 f. 435  
Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Garage Gautschi: Act. 451; Anhörungsprotokoll vom 24.8.2015 der Autoweibel: Act. 452; Anhörungsprotokoll vom 7.9.2015 der ASAG: Act. 456; Anhörungsprotokoll vom 7.9.2015 der City-Garage: Act. 457. 436 Idem. 437 Act. 457, Rz 19. 438 Act. 458–462.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 52 riat den Anhörungsstermin für den 21. September 2015 um 14 Uhr und teilte dies den Parteien am 8. September 2015 per E-Mail mit.<sup>439</sup> 185. Mit E-Mail vom 8. September 2015 gab der Rechtsvertreter der Garage Gautschi bekannt, dass er anlässlich der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 seine Mandantin vertreten werde, aber erst gegen 14 Uhr in Bern sein könne.<sup>440</sup> 186. Der Rechtsvertreter der City-Garage teilte am 8. September 2015 per E-Mail dem Sekretariat mit, dass es ihm «aufgrund der Kurzfristigkeit der anberaumten Anhörung [...] fast unmöglich [mache] daran teilzunehmen»<sup>441</sup>, da er am Montagnachmittag sechs Stunden Vorlesungen an der [...] in [...] habe und in sieben Arbeitstagen einen Ersatz zu finden ihm kaum möglich sei.<sup>442</sup> 187. Mit Schreiben vom 9. September 2015 gab der Rechtsvertreter der ASAG bekannt, dass er an der Anhörung der AMAG seine Mandantin vertreten werde, wies jedoch darauf hin, dass der 21. September 2015 ein offizieller Feiertag im Kanton Waadt ist. Aus diesem Grund beantragte er eine Verschiebung des Anhörungsstermins auf den 5. Oktober oder 19. Oktober 2015.<sup>443</sup>

188. Mit E-Mail vom 9. September 2015 teilte der Rechtsvertreter der Autoweibel dem Sekretariat mit, dass er an der Anhörung vom 21. September 2015 voraussichtlich teilnehmen könne. Er müsse allerdings bestehende Termine verschieben, wobei er eine definitive Zusage für alle Verschiebungen erhalten habe.<sup>444</sup> Er machte geltend, dass einerseits aufgrund der kurzfristigen Anberaumung des Anhörungsstermins «eine sorgfältige Vorbereitung [...] nur eingeschränkt möglich wäre», und andererseits, dass eine mögliche «Anhörung von AMAG bereits seit einem Jahr bekannt ist und mithin auch im Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht thematisiert wird»<sup>445</sup>. Aus diesen Gründen ersuchte er eine Verschiebung der Anhörung um mindestens zwei Wochen.<sup>446</sup>

189. Mit Schreiben vom 10. September 2015 (am gleichen Tag vorab per E-Mail gesendet) lud das Sekretariat die Parteien zur Anhörung der AMAG am 21. September 2015 um 14:30 Uhr ein.<sup>447</sup> Das Sekretariat wies die Parteien zudem darauf hin, dass sie die Möglichkeit hätten, anlässlich der Anhörung der AMAG Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, bis am 18. September ihre Fragen an die AMAG, welche dann vom Präsidenten anlässlich der Anhörung gestellt werden könnten, einzureichen.<sup>448</sup> Das Sekretariat erklärte zudem der ASAG, dass der Termin für die Anhörung der AMAG unter Berücksichtigung des komplexen Sitzungsplans der WEKO sowie der Verfügbarkeit der Zeugin festgelegt wurde und dass, so weit wie möglich, auch die Wünsche und Verfügbarkeiten aller Verfahrensparteien berücksichtigt wurden.<sup>449</sup> Aufgrund der Schwierigkeiten der Terminfindung und der Tatsache, dass der Termin vom 21. September 2015 mit einem genügend langen Vorlauf von zwei Wochen bekanntgegeben wurde, konnte

439 Act. 465. 440 Act. 463–464. 441 Act. 467. 442 Idem. 443 Act. 468. 444 Act. 469. 445 Idem. 446 Act. 469. 447 Act. 471–478. 448 Idem. 449 Act. 476, S. 1.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 53 der von der ASAG geltend gemachte Feiertag im Kanton Waadt «Lundi du Jeûne» nicht berücksichtigt werden.<sup>450</sup> 190. Mit Schreiben vom gleichen Tag (vorab per E-Mail versendet) lud das Sekretariat die AMAG zur Zeugeneinvernahme i.S.v. Art. 42 Abs. 1 KG vor.<sup>451</sup> Mit E-Mail vom 10. Oktober 2015 teilte die AMAG dem Sekretariat mit, dass [Name], [...], sie an der Zeugeneinvernahme vertreten wird.<sup>452</sup>

191. Mit Schreiben vom 15. September 2015 beantragte die City-Garage, dass die Anhörung der AMAG am 19. Oktober 2015, eventualiter in Absprache mit den anderen Parteien, festzulegen sei und dass der City-Garage auch mitzuteilen sei, welche Personen für die AMAG angehört werden.<sup>453</sup> Sie begründe den Antrag zur Verschiebung der Anhörung der AMAG insbesondere damit, dass die WEKO den Anhörungstermin einseitig mit der AMAG festgelegt habe, ohne die Verfügbarkeit der Parteien zu berücksichtigen.<sup>454</sup> Deshalb hätte die WEKO das rechtliche Gehör der Parteien verletzt. Der Rechtsvertreter der City-Garage machte zudem geltend, dass er seine «arbeitsvertraglichen Lehrpflichten an der [...] für eine Teilnahme an der Anhörung verletzen müsste», um an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 teilzunehmen.<sup>455</sup> 192. Mit E-Mail vom 16. September 2015 informierte das Sekretariat die Parteien, dass [Name, AMAG] für die AMAG anlässlich der Anhörung am 21. September 2015 aussagen werde und dass er durch die Herren Dr. Marcel Dietrich und Martin Thomann, Rechtsanwälte bei Homburger AG, begleitet werde.<sup>456</sup> 193. Mit Schreiben vom 17. September 2015 (vorab per E-Mail gesendet<sup>457</sup>) antwortete das Sekretariat der City-Garage, dass nach Rücksprache mit dem Präsidenten und in Anbetracht der Schwierigkeiten zur Terminfindung sowie der Tatsache, dass der Termin vom 21. September 2015 mit einem genügend langen Vorlauf von zwei Wochen bekanntgegeben wurde, keine Verschiebung des Termins in Betracht gezogen werde.<sup>458</sup> Das Sekretariat teilte dem Rechtsvertreter der City-Garage erneut mit, dass falls er wegen Berufsverpflichtungen nicht anwesend sein könne, er die Möglichkeit hätte sich substituieren zu lassen oder bis am 18. September 2015 seine Fragen an die AMAG einzureichen. Das Sekretariat machte die City-Garage weiter darauf aufmerksam, dass sie den Antrag auf Anhörung der AMAG nicht bereits mit ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats oder bei der Anhörung vom 24. August 2015, sondern erst am 7. September 2015, anlässlich der Anhörung ihrer Mandantin, stellte und dass die WEKO ihrem Antrag am gleichen Tag stattgegeben hatte. Wäre der Antrag auf Anhörung der AMAG bereits früher gestellt worden, so hätte diese auch am 24. August oder 7. September 2015 stattfinden können. Dies hätte einen Effizienzgewinn für die Verfahrensökonomie und die Parteien mit sich gebracht. Das Sekretariat machte die City-Garage zudem darauf aufmerksam, dass Anhörungen der Parteien und von Dritten praxisgemäss möglichst am gleichen Termin oder in kurzen zeitlichen Abständen durchgeführt werden und dass im vorliegenden Fall für die Anhörung der AMAG dieser Termin unter Berücksichtigung des komplexen Sitzungsplans der WEKO sowie der Verfügbarkeit der Vertre-

450 Idem 451 Act. 479–480. 452 Act. 481. 453 Act. 483, S. 3. 454 Act. 483, Rz. 9. 455 Idem. 456 Act. 484–487. 457 Act. 488. 458 Act. 489.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 54 ter von AMAG festgelegt wurde und, so weit möglich, auch Terminwünsche und Verfügbarkeiten aller Verfahrensparteien berücksichtigt wurden.<sup>459</sup> 194. Mit Schreiben vom gleichen Tag gab die City-Garage durch ihren Rechtsvertreter bekannt, dass sie an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 nicht teilnehmen werde, da, wie schon in ihrem Schreiben vom 15.

September 2015 erwähnt, ihr Rechtvertreter an diesem Tag Vorlesungen an der [...] halten müsste.<sup>460</sup> Die City-Garage machte erneut geltend, dass die WEKO ihr rechtliches Gehör verletze und dass «[m]it einer derart kurzfristigen Terminansetzung (Ihr Schreiben vom 10. September 2015), welche ausschliesslich (!) auf der Verfügbarkeit der AMAG beruht, [...] erneut die prozessuale Fairness und Unbefangeneheit arg strapaziert [wird].<sup>461</sup> Die City-Garage brachte zudem vor, dass Sinn und Zweck der Anhörung in Frage gestellt werden, da [Name, AMAG] als Vertreter der AMAG Import keine Kenntnis zum Untersuchungsgegenstand und zum Retail-Markt habe und somit nicht als Auskunftsperson geeignet sei.<sup>462</sup> Die City-Garage erneuerte dennoch ihren Antrag auf Anhörung der AMAG, dass die WEKO aber sicherstellen müsse, «dass die Anhörung sowie Ergänzungsfragen der Verfahrensparteien nicht zu Retorsionsmassnahmen der AMAG führen». <sup>463</sup>

195. Mit Schreiben vom 17. September 2015 (vorab per E-Mail versendet<sup>464</sup>) machte der Rechtsvertreter der Autoweibel geltend, dass nach den ihm vorliegenden Informationen eine Partei definitiv nicht an der Anhörung der AMAG teilnehmen könne und dass bei mindestens einer weiteren Partei die Teilnahme unsicher sei.<sup>465</sup> Es sei daher davon auszugehen, dass mit der Beweiserhebung im Rahmen der Anhörung der AMAG keine verwertbaren Beweise erhoben werden könnten und dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die Notwendigkeit der Wiederholung der Beweiserhebung bereits absehbar seien. Aus diesen Gründen beantragte die Autoweibel die Absage der Anhörung der AMAG, und die neue Ansetzung der Anhörung an einem unter vorgängiger Rücksprache mit sämtlichen Parteien festzulegenden Termin.<sup>466</sup> 196. Das Sekretariat teilte dem Rechtsvertreter der Autoweibel mit Schreiben vom 18. September 2015 (vorab per E-Mail versendet<sup>467</sup>) mit, dass nach den ihm vorliegenden Informationen von den anderen drei Verfahrensparteien zwei an der Anhörung der AMAG am 21. September 2015 teilnehmen bzw. vertreten seien und dass aus beruflichen Gründen nur der Rechtsanwalt einer Partei nicht teilnehmen könne, diesem aber die Möglichkeit offenstehe, sich substituieren zu lassen oder innert der gesetzten Frist seine Fragen für die Anhörung der AMAG einzureichen.<sup>468</sup> Das Sekretariat erklärte dem Rechtsvertreter der Autoweibel, ebenso wie der City-Garage (Rz 193), aus welchen Gründen der Anhörungstermin auf den 21. September 2015 festgelegt wurde und wies zudem die Autoweibel darauf hin, dass sie mit ihrer E-Mail vom 9. September 2015 ihre voraussichtliche Teilnahme an der Anhörung mitgeteilt hätte und dass sie in ihrem Schreiben vom 17. September 2015 keinen Grund für eine Verhinderung an der Teilnahme der Anhörung geltend machte. Aus diesen Gründen

459 Idem. 460 Act. 490. 461 Idem. 462 Act. 490, Rz 7 ff. 463 Act. 490, Rz 12a. 464 Act. 491. 465 Act. 492. 466 Idem. 467 Act. 493. 468 Act. 494.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 55 ging die WEKO davon aus, dass die Autoweibel an der Anhörung der AMAG teilnehmen werden könne.<sup>469</sup> 197. Mit Schreiben vom 18. September 2015 (vorab per E-Mail gesendet<sup>470</sup>) sendete die ASAG dem Sekretariat vorgängig einige Fragen, welche der AMAG anlässlich ihrer Anhörung vom 21. September 2015 durch den Präsidenten der WEKO in anonymisierter Form gestellt werden sollten.<sup>471</sup> Die ASAG machte betreffend die Terminfestsetzung der Anhörung der AMAG geltend, dass die WEKO in Zukunft keine behördlichen bzw. amtlichen Handlungsmassnahmen an kantonalöffentlichen Feiertagen durchführen sollte und dass Art. 20 VwVG auch bei der Bestimmung von Terminen anzuwenden sei.<sup>472</sup>

198. Mit E-Mail vom 21. September 2015 teilte die Autoweibel dem Sekretariat mit, dass sie an der Anhörung der AMAG nicht teilnehmen könne. Sie brachte vor, dass der Anhörungstermin alleine mit Blick auf die Verfügbarkeit der Vertreter von AMAG festgelegt wurde.<sup>473</sup>

199. Die Anhörung der AMAG fand am 21. September 2015 um 14:55 statt.<sup>474</sup> Von Seiten der Parteien nahm nur der Rechtsvertreter der Garage Gautschi an der Anhörung teil.<sup>475</sup> Der AMAG wurden insbesondere Fragen betreffend die Preisführerschaft, das Flottengeschäft sowie die Geschäfte mit Netto- und Sondermodellen, welche mehrmals von den Parteien in ihren Stellungnahmen oder während ihrer Anhörungen geltend gemacht wurden, gestellt.<sup>476</sup> Auf die Antworten von [AMAG] im Zusammenhang mit den erwähnten Themen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 200. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

201. Der Unternehmensbegriff des KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise aus.<sup>477</sup> Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen und Verfügungsadressat gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>478</sup>

469 Idem. 470 Act. 495. 471 Act. 496, Beilage 1. 472 Act. 496. 473 Act. 497. 474 Vgl. Anhörungsprotokoll vom 21.09.2015 von [Name], [...] der AMAG: Act. 498, S. 1 475 Idem. 476 Act. 498, Rz 43 ff. 477 Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 533 f., Ziff. 222.1; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 9; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 2 KG N 22. 478 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwä-

gung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014,

22-00022/COO.2101.111.3.146422 56 202. Bei den Untersuchungsadressaten (siehe A.2) handelt es sich jeweils um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG.

### B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

203. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

204. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung,

um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.<sup>479</sup>

205. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert (siehe unten B.4.2 und B.4.3). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 206. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden. Es werden in dieser Hinsicht auch keinerlei Einwendungen erhoben.

B.2 Parteien/Verfügungsadressaten 207. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Besonderheit, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1bis KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsverfahrensgesetz, ab.

208. Gemäss Art. 6 VwVG (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

209. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit.<sup>480</sup> Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähig-

E. 2.4, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; siehe dazu noch RPW 2012/2, 379, Rz 892, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2011/1, 109 Rz 95, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2004/2, 419, Rz 58, Swisscom ADSL. Vgl. auch BSK KG-LEHNE (Fn 477), Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. <sup>479</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. <sup>480</sup> Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 <sup>57</sup> ge Person auch handlungsfähig ist.<sup>481</sup> Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB<sup>482</sup>. 210. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.<sup>483</sup> 211. Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1bis KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterstellt, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.<sup>484</sup>

212. Soweit vorliegend ein Konzern bzw. eine konzernähnliche «wirtschaftliche Gesamtheit» verfahrensbeteiligt ist, ist zu berücksichtigen, dass diesem weder Rechts- noch Handlungs- fähigkeit zukommt.<sup>485</sup> Da diese Unternehmen somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressaten sein können, ist im Einzelfall zu prüfen, an welche Rechtsträger beziehungsweise an welche juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung zu eröffnen ist.<sup>486</sup> Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden aber die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung gefällt, sind nach der Praxis der WEKO beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.<sup>487</sup> Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.<sup>488</sup> Entsprechendes muss auch bei den anderen, als ein einziges Unternehmen erfassten wirtschaftlichen Gesamtheiten gelten. In seinem jüngsten Urteil *Swisscom ADSL* hat das BVGer jedoch festgehalten, dass eine «Differenzierung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten [...] nicht erforderlich [ist], weil mehrere als Verfügungsadressaten herangezogene Konzerngesellschaften – unabhängig davon, ob es sich um die Obergesellschaft oder sonstige Konzerngesellschaften handelt – in gleicher Weise als Repräsentanten des Konzerns zu qualifizieren sind [...]»<sup>489</sup>.

213. Wenig Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Offenkundig nicht Teil eines Konzerns sind *Autoweibel* und die *City-Garage*, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet bzw. ausgedehnt wurde. Entsprechend werden diese Gesellschaften gemäss Praxis der WEKO als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet.

481 Vgl. Urteil des BGer 2C\_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3. 482 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210). 483 Vgl. Urteil des BGer 9C\_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; ISABELLE HÄNER, in: *VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Auflage, 1983, 148. 484 Vgl. BSK KG-LEHNE (Fn 477), Art. 2 KG N 21. 485 Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 68, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*. 486 Vgl. ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Aufl., 2005, 485; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. 487 Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*. 488 Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; bestätigt im Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA et al./WEKO* bzw. im Urteil des Bundesgerichts 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. 489 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 75, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 58 214. Bei der *Garage Gautschi* liegt ein Konzernverhältnis vor, da diese der *Garage Gautschi AG* in Langenthal und der *Auto Gautschi AG* in Lyssach gehören (siehe Rz 3). Zu beachten ist aber, dass [*Garage Gautschi*] gleichzeitig einziges Vorstandsmitglied der *Garage Gautschi* mit Einzelunterschrift<sup>490</sup>

sowie auch [...] der beiden Tochtergesellschaften.<sup>491</sup> Vor diesem Hintergrund wird die Garage Gautschi als materielle Verfügungsadressatin betrachtet.

215. Die ASAG gehört zu 100 % zur Fritz Meyer Holding AG, ein Konzern mit Sitz in Basel, der in den folgenden drei Geschäftsbereiche (Sparten) tätig ist: Auto (durch die ASAG), Handel (durch die 100-prozentige Tochtergesellschaften Fritz Mayer AG, AVIA Distribution SA und E. Schenk AG) und Dienstleistungen (durch die 100-prozentige Tochtergesellschaft Bafima AG).<sup>492</sup> [...] <sup>493</sup> [...] <sup>494</sup> [...]. Aus diesen Gründen wird die ASAG als materielle Verfügungsadressatin betrachtet.

216. Die AMAG ist keine Partei im vorliegenden Verfahren i.S.v. Art. 6 VwVG. Ihre rechtliche und tatsächliche Situation wurde durch die Genehmigung der EVR vom 16. April 2014 im Rahmen der Vorabverfügung geregelt (siehe Rz 5, 110 und 113). Mit dieser Vorabverfügung wurde somit die Untersuchung gegenüber die AMAG abgeschlossen und gemäss Art. 49a Abs. 2 KG auf eine Sanktion verzichtet. 217. In der Vorabverfügung wurde erwogen, dass die AMAG – gemäss eigener Selbstanzeige – an der Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erst-Offerten für Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns teilgenommen hat, also an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG.<sup>495</sup> Die Frage, ob das Verhalten der AMAG als unzulässig nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu erachten wäre, wurde hingegen im Rahmen der Vorabverfügung offen gelassen.<sup>496</sup> Die folgenden Feststellungen im vorliegenden Antrag betreffend das Verhalten der Parteien gelten daher auch als rechtliche Beurteilung des Verhaltens der AMAG nach Art. 5 KG und als Antwort zur oben erwähnten offen gelassenen Frage. Die rechtliche und tatsächliche Situation der AMAG wird aber mit der vorliegenden Verfügung nicht berührt, da ihre Rechte und Pflichten mit der Vorabverfügung durch die Genehmigung der EVR geregelt wurden.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften 218. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich

<sup>490</sup> Handelsregister des Kantons Bern, Internet-Auszug, abrufbar unter <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533014931&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015). <sup>491</sup> Handelsregister des Kantons Bern, Internet-Auszuge, abrufbar unter: <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533008120&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015); <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=0533017099&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (19.10.2015). <sup>492</sup> Vgl. <[www.fmholding.ch](http://www.fmholding.ch)> unter Geschäftsfelder > Struktur und Organigramm. <sup>493</sup> Vgl. Act. 83, Rz 56, 106, 115–116, 123 ff. <sup>494</sup> Der Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen bedarf einer kurzfristigen strategischen Entscheidungsfähigkeit und eines besonderen Dienstleistungsbewusstseins, insbesondere im Rahmen der Preis- und Rabattpolitik, [...]. In der Praxis legt die Konzernleitung hingegen die strategischen langfristigen Ziele des Konzerns fest. <sup>495</sup> Act. 289, S. 5, 1.–2. Lemmas. <sup>496</sup> Act. 289, S. 5, 3. Lemma.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 59 auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

219. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird auch nicht geltend gemacht.

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede 220. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Bei spezifischen horizontalen Abreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG). Dies betrifft unter anderem Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a).

#### B.4.1 Vorbemerkungen

221. Wie oben aufgeführt (Rz 85), deuten die Vereinbarung von 2002 und die Passage «Man bedenke, dass dies im 2004/2005 schon einmal erfolgreich umgesetzt wurde!!» in der Präsentation darauf hin, dass schon in der Vergangenheit möglicherweise Absprachen über Konditionen bestanden haben. Den Wettbewerbsbehörden liegen jedoch weder für die Jahre 2002 und 2004/2005 noch für die übrigen Jahren bis 2013 konkrete Elemente vor, welche Wettbewerbsabreden über Preise und/oder Rabatte zwischen denselben Unternehmen beweisen würden. Gegenstand der vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Analyse ist somit einzig das Verhalten der Parteien bezüglich des «Projekt Repo 2013».

B.4.2 Wettbewerbsabrede 222. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). 223. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (B.4.2.1) und die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (B.4.2.2).<sup>497</sup>

#### B.4.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

224. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>498</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>499</sup>. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durch-

<sup>497</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, Paul Koch AG/WEKO; RPW 2012/3, 540 Rz 97, BMW; RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern. Vgl. auch THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 67. <sup>498</sup> Vgl. BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) Buchpreisbindung; RPW 2010/4, 659 f. Rz 96 ff., Hors-Liste; RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. <sup>499</sup> BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) Buchpreisbindung. Vgl. auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 60 setzungsmöglichkeit sind unerheblich.<sup>500</sup> Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.<sup>501</sup>

225. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in vorliegender Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht von Relevanz ist. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter anderem sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;<sup>502</sup> es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

226. Die Parteien und die AMAG (durch die Abteilung AMAG RETAIL, vgl. Rz 6) sind als Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. 227. 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 AMAG 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 AMAG zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A.3.4). Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz betreffend das «Projekt Repo 2013», des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

Preisführerschaft 228. Nach Ansicht der Autoweibel und der City-Garage schliesse die Preisführerschaft der AMAG von vornherein eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG aus.<sup>503</sup> 229. Eine Preisführerschaft liegt vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgen. Preisführerschaft wird etwa damit erklärt, dass der Preisführer am wirtschaftlichsten produziert und seine Preise so angesetzt hat, dass die anderen Unternehmen gerade noch kostendeckend verkaufen können. In einem solchen Fall kann der Preisführer seine Preise erhöhen und dabei davon ausgehen, dass seine (schwächeren) Konkurrenten aus Furcht vor einem Preiskampf folgen, das heisst es nicht wagen werden, die Preise vorerst nicht zu erhöhen, um ihm dadurch Marktanteile abzunehmen.<sup>504</sup>

<sup>500</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. Vgl. auch BBl 1995 I 468, 545, Ziff. 224.1; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 79, 81. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 4 KG N 21 f. <sup>501</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer

B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. 502 BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H. 503 Act. 401, Rz 12 ff. und 65; Act. 402, Rz 19 ff. und 65. 504 RPW 2010/4, 689 Rz 309, Hors-Liste Medikamente.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 61 230. Betreffend die Preisführerschaft ist vorliegend klarzustellen, dass zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers ein entscheidender Unterschied besteht.<sup>505</sup>

231. Anlässlich ihrer Anhörung wurde die AMAG zum Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert.<sup>506</sup> Gemäss Aussage der AMAG orientieren sich die zugelassenen Händler der AMAG (die sog. freien Vertragspartner), aufgrund der starken Präsenz der AMAG RETAIL-Betriebe in gewissen Regionen der Schweiz, an den Konditionen oder Angeboten der AMAG RETAIL.<sup>507</sup>

232. Die Tatsache, dass die AMAG möglicherweise über Preisführerschaft verfügt, kann jedoch nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede i.S.v. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem vorliegenden Beweismaterial<sup>508</sup> geht hingegen klar hervor, dass die Parteien und die AMAG die einzelnen Konditionen (Preisnachlässe und Ablieferungspauschale) gemeinsam abgestimmt hatten (vgl. Rz A.3.2 und A.3.3) und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten der AMAG RETAIL orientierten.

B.4.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 233. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

234. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>509</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>510</sup>

235. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>511</sup> Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».<sup>512</sup> Für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es demgegenüber nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.<sup>513</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines

<sup>505</sup> Vgl. zum Thema: NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 108 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 4 I N 119. <sup>506</sup> Anhörungsprotokoll vom 21.09.2015 von [Name], [...] der AMAG: Act. 498, Rz 43 ff. <sup>507</sup> Act. 498, Rz 53 ff. <sup>508</sup> Act. 2–37. <sup>509</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

510 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. Vgl. auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 N 63. 511 Urteile des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO; statt anderer auch RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 512 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 N 69. 513 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO; vgl. auch Urteile des BVGer vom 23.9.2013 B-8399/2010, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO, B-8430/2010, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 62 Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>514</sup> 236. Die beruhend auf dem «Projekt Repo 2013» angebotenen Rabatte sowie die zusätzlich verrechneten Kosten bei Erst-Offerten für Neufahrzeuge von Marken des VW-Konzerns sind objektiv geeignet, die Höhe deren Verkaufspreise für Neufahrzeuge zu beeinflussen. Die Vereinheitlichung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen führt daher zur Einschränkung des Preiswettbewerbs.<sup>515</sup>

237. Mit der Vereinbarung einer Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen und der Durchführung von Stammtischen zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik haben die Parteien und die AMAG somit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und auch begonnen diese umzusetzen.

#### B.4.2.3 Fazit

238. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien und die AMAG, welche auf gleicher Marktstufe stehen, bewusst und gewollt zusammenwirkten und damit eine Wettbewerbsbeschränkung mindestens bezweckten. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt und es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne dieser Bestimmung vor.

#### B.4.3 Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG

239. Liegt eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 KG vor, bleibt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 KG unzulässig ist.

240. Art. 5 Abs. 1 KG sieht vor, dass Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig sind.

241. Für die Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede ist primär die Intensität ihrer Wettbewerbsbeschränkung entscheidend.<sup>516</sup> Diese muss entweder zur Beseitigung oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen.

B.4.4 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 242. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Vermutungsfolge) bei folgenden Wettbewerbsabreden (Vermutungsbasis) vermutet, sofern sie zwischen

514 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, Siegenia-Aubi AG/WEKO; vgl. auch Urteile des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO, RPW 2013/4, 813 E.

3.2.6, Gebro/WEKO; BSK KG- NYDEGGER/NADIG (Fn 497), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. 515 RPW 2000/3, 358 Rz 90, Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar; RPW 2001/1, 69 Rz 28, Jahres- Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien; RPW 2001/2, 242 Rz 18, Vertrieb von Werbematerialien. Vgl. auch KOMM, ABl. 1971 L 10/15, 18-20 Erw. 2, Rabattbeschluss der Interessengemeinschaft der deutschen keramischen Wand- und Bodenfliesenwerke; KOMM, ABl. 1974 L 160/1 ff. IFTRA-Aluminium; KOMM, ABl. 1975 L 159/22, 24, Kachelhandel; KOMM, ABl. 1983 L 200/44 Rz 35, Vimpoltu; Urteil des EuGH vom 26.11.1975, Rs. 73-74, Groupement de fabricants de Papiers Peints de Belgique/Kommission, Slg. 1975, 1491 Rz 7f. 516 PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 3; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 N 1.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 63 Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wie dies vorliegend der Fall ist<sup>517</sup>: 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.

#### B.4.4.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

243. Um beurteilen zu können, ob eine Preisabrede besteht, ist auf den Inhalt der Abrede abzustellen.<sup>518</sup> Jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen oder Preiskomponenten beseitigt vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Unter diese Vermutung fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen. Insgesamt wird somit der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten.<sup>519</sup> Erforderlich ist jedoch, dass es sich um wesentliche Preiselemente oder -komponenten handelt.<sup>520</sup> Werden lediglich unbedeutende Preisbestandteile, d.h. solche, die keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben, festgelegt, so fällt dieser Sachverhalt nicht unter den Vermutungstatbestand.<sup>521</sup> 244. Gegenstand der zuvor dargestellten Wettbewerbsabrede ist die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen, welche nicht als unbedeutende Preisbestandteile bezeichnet werden können. Eine solche Wettbewerbsabrede ist gemäss Praxis der WEKO,<sup>522</sup> Rechtsprechung<sup>523</sup> und Lehre<sup>524</sup> unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Dementsprechend greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

#### B.4.4.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 245.

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

<sup>517</sup> Siehe dazu Rz 226. <sup>518</sup> LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2012, N 649. <sup>519</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.11, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom

23.9.2014, E. 5.4.22, Siegenia-Aubi AG/WEKO. Vgl. auch JÜRIG BORER, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), Wettbewerbsrecht I, 3. Auf., 2011, Art. 5 KG N 4; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 374 und 375. 520 BBl 1995 I 468, 567. 521 Urteile des BVGer vom 23.9.2013 B-8399/2010, E. 5.4.22, Siegenia-Aubi AG/WEKO, B-8430/2010, E. 6.4.11, Paul Koch AG/WEKO. Vgl. auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 383. 522 RPW 2000/3, 358 Rz 90, Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar; RPW 2001/1, 69 Rz 28, Jahres- Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien; RPW 2001/2, 242 Rz 18, Vertrieb von Werbematerialien. 523 BGE 129 II 18, 31, E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742, E. 6.5.5), Buchpreisbindung. 524 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 410; CR Concurrence-AMSTUTZ/ CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 437-438. Vgl. auch HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage, 2010, Art. 81 N 103.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 64 246. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungs- rechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die WEKO hat den massgeblichen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Zur Erfüllung dieser Mitwirkungs- pflicht haben die beteiligten Unternehmen einen erheblichen, wenn nicht sogar den ent- scheidenden Beitrag zur Widerlegung der Vermutung zu leisten. Dies, weil die dazu notwen- digen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern.<sup>525</sup> Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und gestützt auf diese von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.<sup>526</sup>

247. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Wa- ren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken (nachfol- gend B.4.4.2.1). In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und po- tentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (nachfolgend B.4.4.2.2 und B.4.4.2.3). Gegebenen- falls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbe- werb erheblich beeinträchtigt ist (nachfolgend B.4.5).

#### B.4.4.2.1 Relevanter Markt

248. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht aus- tauschbar sind.<sup>527</sup>

a. Sachlich relevanter Markt 249. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substitu- ierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU528, der hier analog anzuwenden ist).<sup>529</sup> 250. Die Definition des sachlich relevanten Marktes

erfolgt somit aus Sicht der Marktgegen- seite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>530</sup> Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigen- schaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, al- so in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>531</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit

525 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenla (Ticino) SA/WEKO. 526 Siehe in diesem Sinne BGE 129 II 18 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.1), Buchpreisbindung, sowie das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenla (Ticino) SA/WEKO. 527 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.H.w. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 528 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 529 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 530 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 531 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127. E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), Buchpreisbindung.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 65 der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>532</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.<sup>533</sup> 251. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen bei Erst-Offerten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (siehe B.4.2). Marktgegenseite für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (VW PW, VW NF, Audi, Seat und Skoda) auf der Absatzseite sind die Endkunden. Demnach sind die Präferenzen und das Verhalten der Endkunden Ausgangspunkt der nach- folgenden Marktdefinition. 252. Grundsätzlich kann nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden, sondern ist dieser Markt weiter zu segmentieren. Dies vor allem des- halb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitute betrachtet werden können. So deckt z.B. ein «Microwagen» aufgrund seiner Eigenschaften nicht die- selben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der «Unteren Mittelklasse». 253. Eine Unterteilung in Segmente, auch Klassen genannt, ist in der Branche üblich und so unterteilt die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure (nachfolgend: auto-schweiz) die Personenwagen in die folgenden Klassen: «Microwagen», «Kleinwagen», «Untere Mittel- klasse», «Obere Mittelklasse», «Oberklasse» und «Luxusklasse». <sup>534</sup> Die Zuordnung einzel- ner Modelle in die jeweilige Klasse basiert unter anderem auf Fahrzeugabmessungen, Moto- risierung und auch dem Preis und ist grundsätzlich in der Automobilbranche anerkannt.

Praxis der Europäischen Kommission: Segmentierung 254. Auch in der Praxis der Europäischen Kommission wird eine Segmentierung vorge- nommen. In ihrem Bericht über die Fahrzeugpreise unterscheidet sie nach folgenden Seg- menten oder Klassen: A «Kleinstwagen», B «Kleinwagen», C «Kompaktklasse», D «Mittel- klasse», E «Oberklasse», F «Luxusklasse» und G «Mehrzweck/Sportwagen». <sup>535</sup> Bezüglich der exakten Zuordnung einzelner Modelle in zwei benachbarte Segmente besteht eine ge- wisse Unschärfe, da diese unter anderem auf Fahrzeugabmessungen, Motorisierung, Presti- ge, Ausstattung und auch dem Preis basiert. Grundsätzlich sind die Existenz dieser Segmen- te und die Zuordnung der Fahrzeuge in der Automobilbranche aber anerkannt.

255. In verschiedenen Entscheidungen betreffend den Vertrieb von Automobilen hat die Kommission sich bei der Abgrenzung des relevanten Markts an dieser Segmentierung orientiert.<sup>536</sup> Im Entscheid Mercedes Benz hat die Kommission folgendermassen argumentiert: «Als weitester sachlich relevanter Markt könnte der Markt für sämtliche Personenkraftfahrzeuge zugrunde gelegt werden. Der relevante Markt würde hierbei von den Kleinwagen über die Luxusklasse bis zu den Sportwagen reichen. Dem kann nicht gefolgt werden. Es liegt auf der Hand, dass aus Nachfragersicht beispielsweise Kleinwagen mit Fahrzeugen der Mittelklasse oder der Luxusklasse nicht gegeneinander austauschbar sind: Aus der Sicht der Nachfrager (Privatkundschaft, kommerzielle Personenwagennutzer) sind die den verschiedenen Segmenten zugeordneten Fahrzeuge nicht gegeneinander austauschbar, wenn auf die für die Wahl eines bestimmten Fahrzeugmassgeblichen Eigenschaften abgestellt wird. Die charakteristischen Eigenschaften eines Kleinwagens sind seine geringe äussere Abmessung, sein kleiner Motor, sein

532 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 533 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 534 Vgl. <[www.auto-schweiz.ch](http://www.auto-schweiz.ch)> unter Statistiken > Autoverkäufe nach Klassen. 535 Autopreise in der europäischen Union, S. 5, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/prices/2011\\_07\\_full.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf)> (19.10.2015). 536 KOMM, ABl. 2001 L59/1 Rz 10-11, Opel; KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 23–29, Mercedes-Benz; KOMM, ABl. 2006 L 173/20 Rz 4-5, SEP und andere / Automobiles Peugeot SA.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 66 relativ niedriger Anschaffungspreis, sein geringer Prestigewert und die Tatsache, dass viele dieser Fahrzeuge als Zweitwagen oder für den Kurzstreckenverkehr angeschafft werden. Kleinwagen sind demgegenüber grösser, ihre Motorisierung ist stärker und ihr Anschaffungspreis sowie Fahrkomfort ist höher. Für die nächsthöheren Klassen gilt dies jeweils entsprechend. So werden etwa Fahrzeuge der Ober- oder Luxusklasse überwiegend von Fahrern erworben, die Vielfahrer sind und lange Strecken auf bequeme Art zurücklegen wollen. Preis, Prestigewert und Komfort dieser Fahrzeuge sind durchwegs höher als bei den Fahrzeugen der darunterliegenden Klassen. Sportwagen, gleich ob Coupé oder Cabriolet, unterscheiden sich von den Personenwagen in erster Linie durch das sportliche Design ihrer Karosserie sowie durch die Tatsache, dass sie nur zwei Türen haben. Aus der Sicht der Nachfrager ist daher der gesamte Personenwagenmarkt nicht der sachlich relevante Markt.»<sup>537</sup>

256. Die Kommission traf im besagten Verfahren gegen Mercedes Benz allerdings keine abschliessende Entscheidung darüber, welche exakte Segmentierung der sachlichen Markt-abgrenzung zugrunde zu legen ist. Sie hat dies unter anderem damit begründet, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bei einem Abstellen auf die Marktstellung von Mercedes-Benz in den einzelnen Segmenten spürbar war, sondern auch dann, wenn berücksichtigt wurde, dass es zwischen jedem relevanten Segment und einem oder beiden Nachbarsegmenten Wettbewerbsbeziehungen gibt oder die relevanten Segmente sogar mit den beiden Nachbarsegmenten zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst würden.<sup>538</sup>

257. Die Generaldirektion Wettbewerb der europäischen Kommission (nachfolgend: DG-Comp) hat betreffend die Definition des relevanten Markts im Bereich des Vertriebs von neuen Kraftfahrzeugen eine Studie in Auftrag gegeben.<sup>539</sup> Im Bericht zu dieser Studie wurde Folgendes festgehalten: «The study therefore concludes that, in each geographic market analysed, i.e. a Member State, five distinct product markets are to be distinguished:

subcompact (corresponding to Commission segments A and B), compact (segment C), intermediate (segment D), standard/luxury (corresponding to Commission segments E and F), sports (part of the Commission segment G). Each of these product markets in each of the Member States analysed thus constitute relevant markets. The general message, however, is that a meaningful competitive assessment of the passenger car sector cannot rely on the assumption that there is a sole relevant market in which all cars compete throughout the EU on equal basis. The level of competition on car retailing has to be assessed at a lower and more detailed level of aggregation.»<sup>540</sup>

Lehre 258. Auch die Lehre orientiert sich an einer weiteren Unterteilung und schlägt eine Aufteilung bis hin zu neun Kategorien vor, wobei zu den sieben genannten Segmenten noch die sachlich relevanten Märkte für Sportwagen, Mehrzweckfahrzeuge und Geländewagen abgegrenzt werden könnten.<sup>541</sup> Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die relevanten Pro-

537 KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 144, Mercedes-Benz. 538 KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 149, Mercedes-Benz. 539 FRANK VERBOVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17.09.2002, abrufbar unter:

<[http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles)> unter Documents. 540

VERBOVEN (Fn 539), S. 6. 541 Vgl. dazu AXEL WALZ, Das Kartellrecht des Automobilvertriebs, 2005, 186 ff.: «Im Rahmen des Neufahrzeugsbereichs gelten Fahrzeuge nach ständiger Kommissionspraxis nicht als beliebig untereinander austauschbar. Eine Differenzierung erfolgt insbesondere nach den Kriterien Fahrzeuglänge, Anschaffungspreis, Motorleistung, Bauart der Karosserie und Markenimage»;

22-00022/COO.2101.111.3.146422 67 duktmärkte für Neufahrzeuge noch enger abzugrenzen sind. Vorliegend kann eine solche weitere Unterteilung jedoch offen gelassen werden, da dies für das Ergebnis der Untersuchung nicht von Relevanz wäre.

Praxis der Wettbewerbskommission 259. Die Wettbewerbskommission ist im Fall BMW<sup>542</sup> davon ausgegangen, dass ein allgemeiner Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren ist. Zu diesem Zweck orientierte sie sich an den von auto-schweiz verwendeten Segmenten «Microwagen», «Kleinwagen», «Untere Mittelklasse», «Obere Mittelklasse», «Oberklasse» und «Luxusklasse». Sie berücksichtigte, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Segmenten durchlässig sind. Im Fall BMW wurde kein Segment für «Nutzfahrzeuge» berücksichtigt, welches Personenfahrzeuge umfasst (z.B.: VW Modell «T5»), die sowohl für Personen- als auch für Nutztransporte verwendet werden könnten.

Fazit 260. Gestützt auf die genannten Gründe und in Übereinstimmung mit der europäischen und schweizerischen Praxis wird in der vorliegenden Untersuchung davon ausgegangen, dass der Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren ist. Zu diesem Zweck wird von einem sachlichen Markt mit den Segmenten «Microwagen», «Kleinwagen», «Untere Mittelklasse», «Obere Mittelklasse», «Oberklasse», «Luxusklasse» und zusätzlich «Nutzfahrzeuge» ausgegangen. Dabei wird allerdings ausdrücklich berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Segmenten durchlässig sind. b. Räumlich relevanter Markt

261. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>543</sup> 262. Im Fall BMW, betreffend die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Automobilssektor, wurde der

schweizerische Markt als der räumlich relevante Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen abgegrenzt.<sup>544</sup> Eine solche Abgrenzung muss daher auch im Rahmen einer innerstaatlichen kartellrechtlichen Verhaltensweise wie im vorliegenden Fall gelten.

Fazit 263. Gestützt auf die genannten Gründe wird für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in räumlicher Hinsicht von einem schweizerischen Markt zum Vertrieb von Personenwagen, gemäss den in Rz 260 genannten Segmenten, ausgegangen.

B.4.4.2.2 Aussenwettbewerb 264. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die

BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2009, Rz 6 zu Art. 3 VO 1400/2002; siehe auch MICHAEL SCHLÜEPP, Der Automobilvertrieb im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, 2011, 27. 542 RPW 2012/3, 561, Rz 184, BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig). 543 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 544 RPW 2012/3, 561 f., Rz 187 ff., BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

22-00022/COO.2101.111.3.146422 68 Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.<sup>545</sup>

#### a. Aktueller Wettbewerb

265. Die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs erfolgt anhand der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten (vgl. Rz 260 und Rz 263).

266. Die nachfolgenden Berechnungen basieren auf den öffentlich zugänglichen Statistiken von auto-schweiz<sup>546</sup> und deren Angaben zur Zuordnung betreffender Modelle in bestimmte Klassen und für (einige) neuere auf einer Statistik des Sekretariates.

Tabelle 2: Immatrikulationen in der Schweiz im Jahr 2013 nach Klassen und die jeweiligen Marktanteile für Neufahrzeuge der VPVW Marken<sup>547</sup>

Klasse/Segment	Gesamtmarkt	VPVW-Marken	Anteil VPVW Marken
Microwagen	16'872 3'063	18,2 %	Kleinwagen 54'017 10'817 20,0 %
Untere Mittelklasse	134'817 48'969	36,3 %	Obere Mittelklasse 63'625 18'252 28,7 %
Oberklasse	25'319 5'876	23,2 %	Luxusklasse 7'576 176 2,3 %
Nutzfahrzeuge	5'394 2'118	39,3 %	

267. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass der Marktanteil für Neufahrzeuge von Marken des VW-Konzerns mit Ausnahme der «Luxusklasse» mindestens 18 % beträgt. Besonders stark sind die VPVW-Marken in den volumenstarken Segmenten «Untere Mittelklasse» und «Obere Mittelklasse» mit Marktanteilen von 36 % bzw. 29 %.

Tabelle 3: Immatrikulationen in der Schweiz im Jahr 2013 nach Klassen und die jeweiligen Marktanteile für Neufahrzeuge ausgewählter Konkurrenzmarken

Klasse/Segment	BMW	Toyota	Opel	Peugeot	Ford
Microwagen	0.0%	7.7%	8.9%	4.2%	0.0%
Kleinwagen	2.0%	7.9%	6.6%	9.6%	7.4%
Untere Mittelklasse	7.4%	4.0%	5.8%	3.3%	3.7%
Obere Mittelklasse	14.5%	2.1%	1.7%	1.9%	7.8%
Oberklasse	14.7%	1.3%	0.0%	0.0%	1.0%
Luxusklasse	12.5%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
Nutzfahrzeuge	0.0%	0.0%	4.6%	3.7%	

10.6%

545 RPW 2009/3, 209, Rz 89, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 546 Siehe: <www.auto-schweiz.ch> unter Statistiken > Autoverkäufe nach Modellen > Statistik 2013. 547 Zu den VPVW-Marken zählen die Modelle der Marken Audi, VW PW und VW NF, Seat und Skoda (Rz 12).

22-00022/COO.2101.111.3.146422 69 268. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass die Marktanteile der Konkurrenzmarken (mit Ausnahme des Segmentes «Luxusklasse») erheblich niedriger sind. Dies lässt auf eine starke Positionierung der VPVW-Marken in den erwähnten Segmenten schliessen. Bei den Microwagen und Kleinwagen stellen Toyota, Opel und Peugeot wichtige Konkurrenzmarken dar, allerdings ist deren Marktanteil jeweils maximal halb so hoch wie derjenige der VPVW-Marken zusammen. Besonders stark vertreten (relativ zu den Konkurrenzmarken) sind die VPVW Produkte, wie bereits in Rz 267 erwähnt, in den beiden Segmenten «Untere Mittelklasse» und «Obere Mittelklasse» (Marktanteile 36 % bzw. 29 %). In diesen Segmenten haben alle Konkurrenzmarken einen Marktanteil zwischen 1.7 % und 7.8 % (mit Ausnahme des Segmentes «Obere Mittelklasse» von BMW mit 14.5 %) und damit erreichen die Konkurrenzmarken maximal ¼ des Marktanteils der Produkte der VPVW-Marken.

269. Im Allgemeinen lassen die Marktanteile der VPVW-Marken im Vergleich zu den Konkurrenzmarken auf eine relativ starke Position dieser Produkte im Markt schliessen. Es ist dennoch auch von einem Interbrand-Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern auszugehen. Die Produktpalette (fast) aller Hersteller hat in den letzten Jahren vor allem in den unteren Segmenten Lücken geschlossen. Grundsätzlich sind also alle Volumenhersteller mit Präsenz in den vier unteren Klassen (Microwagen, Kleinwagen, Untere und Obere Mittelklasse) als Konkurrenten auf dem Interbrand-Markt anzusehen.

Tabelle 4: Anteil der Parteien und von AMAG am Verkaufsvolumen der VPVW-Marken<sup>548</sup>

Unternehmen AMAG ASAG City Garage Autoweibel Kumulierte Anteile Anteil am Gesamt- [...] % [...] % [...] % [...] % [...] % [55–65] % samtvolumen der verkauften Neufahrzeuge in der Schweiz

Tabelle 5: Marktanteile nach Klassen für Neufahrzeuge der VPVW-Marken im Jahr 2013

Klasse Anteil VPVW Marken Anteil der Parteien und von AMAG<sup>549</sup> Microwagen 18,2 % [...] % Kleinwagen 20,0 % [...] % Untere Mittelklasse 36,3 % [...] % Obere Mittelklasse 28,7 % [...] % Oberklasse 23,2 % [...] % Luxusklasse 2,3 % [...] % Nutzfahrzeuge 39,3 % [...] %

270. Nach vorliegenden Informationen<sup>550</sup> und eigenen Berechnungen ist von einem gemeinsamen Anteil am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken der an

548 Berechnungszeitraum: Januar bis April 2013. Diese Prozentzahlen sind nicht mit den Marktanteilen zu verwechseln. 549 Als Abredeteilnehmer sind hier gemeint die Unternehmen AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi. 550 Eingabe vom 11.7.2014 der AMAG: Act. 277, S. 2 und Beilage 4.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 70 der Abrede beteiligten Unternehmen (AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi) von [55–65] % auszugehen (vgl.

obige Tabelle 4). Aus diesen Angaben lassen sich die von der Abrede betroffenen Marktanteile für die jeweiligen Klassen berechnen.<sup>551</sup> Hierbei gilt es zu beachten, dass die Angaben in Tabelle 5 auf der konservativen Annahme basieren, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben. Sofern man zudem berücksichtigen würde, dass anlässlich der durchgeführten 6 Stammtische mut- masslich alle übrigen VPVW-Mitglieder (und möglicherweise weitere zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns) anwesend waren und von den vereinbarten Massnahmen, insbesondere der einheitlichen Konditionenliste, Kenntnis erhalten haben (vgl. Rz 227), wären die entsprechenden Marktanteile noch höher anzusetzen.

271. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen in allen Produktmärkten (Segmente/Klassen), mit Ausnahme der «Luxusklasse», wichtige Wettbewerber darstellen und teilweise sogar einen erheblichen gemeinsamen Marktanteil aufweisen. Dies gilt insbesondere für die volumenstarken Segmente der «Unteren Mittelklasse» und «Oberen Mittelklasse» mit Anteilen von [...] % bzw. [...] %. Obwohl die Abredeteilnehmer auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung verfügen, sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die beteiligten Unternehmen ausüben. Es ist daher grundsätzlich von einem funktionierenden aktuellen Aussenwettbewerb auszugehen. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend dennoch kurz auf den potenziellen Wettbewerb eingegangen.

#### b. Potenzieller Wettbewerb

272. Bei den Markteintrittsbarrieren ist zu unterscheiden zwischen Unternehmen, welche bereits im Automobilsektor tätig sind und lediglich einen neuen geografischen Markt bzw. ein weiteres Segment erschliessen, und solchen, welche neu mit der Produktion von Fahrzeugen beginnen. 273. Für Unternehmen, die noch nicht im Automobilsektor tätig sind, gestaltet sich ein Markteintritt allgemein schwierig, dies aus folgenden Gründen:

274. Bei Fahrzeugen handelt es sich um hoch technologische Produkte. Deren Entwicklung und Produktion erfordert ein entsprechendes Wissen und ist sehr kostenintensiv. Hinzu kommen u.a. Investitionen in den Aufbau einer Marke und die Entwicklung eines Designs.

275. Für Hersteller, die bereits in anderen geografischen Märkten oder in anderen Segmenten tätig sind, die Markteintrittsbarrieren als eher gering einzustufen. Die wichtigste Voraussetzung für einen Eintritt in einen anderen geografischen Markt ist der Zugang zu einem Vertriebsnetz. 276. Seit den neunziger Jahren sind verschiedene neue Marken (z.B. Kia und Hyundai) erfolgreich in den europäischen und in den schweizerischen Markt neu eingetreten. In den letzten Jahren ist zudem ein weiterer Wettbewerber, Tesla Motors, hinzugekommen, welcher im Segment der «Oberklasse» Fahrzeuge mit Elektroantrieb vertreibt. 277. Nachdem der koreanische Automobilhersteller SsangYong Motor Company in der Schweiz anfänglich mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, wurde dessen Kontrolle im Frühling 2011 durch die indische Gruppe Mahindra & Mahindra Ltd. übernommen. Zeitgleich wurde ein neues Modell der Marke SsangYong lanciert.

278. Die Tatsache, dass Automobilhersteller aus anderen geografischen Märkten in den letzten Jahren in der Schweiz Fuss gefasst haben, zeigt, dass es für diese Hersteller zumindest keine unüberwindbaren Markteintrittsbarrieren gibt. Für Unternehmen, die hingegen

551 Die Berechnung erfolgt unter der vereinfachenden Annahme, dass sich die Aktivitäten der Abrede- teilnehmer entsprechend des durchschnittlichen Marktanteils der VPVW-Marken verteilen.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 71 noch nicht im Automobilssektor tätig sind, dürfte ein Markteintritt auf jeden Fall mit hohen In- vestitionen verbunden sein.

279. Potentieller Wettbewerb ist allenfalls auch von Händlern zu erwarten, welche planen neu in den Verkauf von Personenfahrzeugen der Marken des VW-Konzerns einzusteigen. Bei diesen ist sicher zwischen neuen offiziellen Konzessionären, neuen unabhängigen Händ- lern und Händlern mit (neuem) Mehrmarkenbetrieb zu unterscheiden. Erstere wären sicher über den VPVW in die Abrede eingebunden worden. Neue unabhängige Händler, insbeson- dere dann, wenn sie zusätzlich planen sich im Parallelhandel zu betätigten, stellen potientiel- le Wettbewerber dar. Händler mit (neuem) Mehrmarkenbetrieb können ebenfalls potentielle Wettbewerber darstellen.

280. Aufgrund der Tatsache, dass das Händlernetz in der Schweiz bereits sehr dicht ist und hier von einem gesättigten Markt<sup>552</sup> auszugehen ist, bestehen zwar keine unüberwindbaren Markteintrittsbarrieren auch für die Händler, allerdings dürften diese aufgrund des bereits aufgeteilten Marktes eine Investition genau prüfen.

#### Fazit

281. Die Analyse des aktuellen und potentiellen Aussenwettbewerbs hat gezeigt, dass in al- len untersuchten Segmenten, obwohl die Abredeteilnehmer über sehr hohe gemeinsame Marktanteile verfügen, davon auszugehen ist, dass eine Vielzahl von aktuellen und potientiel- len Wettbewerbern vorhanden ist.

B.4.4.2.3 Innenwettbewerb 282. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteil- nehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abge- sprochenener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter<sup>553</sup> besteht (Rest- oder Teilwettbewerb). 283. Ziel der Organisation der regionalen Stammtische des VPVW, der Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste und der Durchführung der Präsentation war die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch sämtliche zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz, zumindest diejenigen die an den betroffenen Stammtischen anwesend waren. Wie einzelnen Passagen der Präsentation entnommen werden kann (sie- he Rz 76 f.), hatten sich alle zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns «zwin- gend» und «ohne Ausnahmen» an die in der Präsentation beschriebene Offertdarstellung und an die vereinbarten Konditionen zu halten. Selbst unter der konservativen Annahme, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben, ist von einem erheblichen Teil der Produktemärkte ohne wirksamen Innenwettbewerb auszugehen (vgl. Rz 270 f.).

284. Anzeichen für andere signifikante Wettbewerbsparameter als den Preis haben sich nicht ergeben oder sind nicht so bedeutend wie der im vorliegenden Fall abgesprochene Wettbewerbsparameter.<sup>554</sup> Neben dem Preis sind auch Qualitätselemente wie z.B. die kurz- fristige Lieferung, die Wartungs- und Instandsetzungsleistungen, die Betreuung, die

Kulanz oder die Ausstattungen für einen Kunden wichtig. Der Markt und der Importeur (AMAG

552 Interview Morton Hannesbo, CEO AMAG, Handelszeitung vom 24.9.2014 <<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/vor-drei-jahren-waren-wir-definitiv-zu-teuer-672090>> (19.10.2015). 553 BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), Buchpreisbindung. 554 Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), Buchpreisbindung.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 72 IMPORT) drängen darauf, hohe und gleiche «Qualitätsvoraussetzungen» der zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzern zu erreichen. Die zugelassenen Händler bieten daher grundsätzlich homogene und standardisierte Dienstleistungen an und es besteht wenig Spielraum für Differenzierung, womit der Wettbewerb grossmehrheitlich auf dem Parameter Preis stattfindet.

285. Nach Ansicht der ASAG spiele der Wert eines Eintauschfahrzeuges bei der Preisverhandlung und Preisfestlegung des Endverkaufspreises bei mindestens 80 % aller Neuwagengeschäfte eine sehr grosse Rolle.<sup>555</sup> Auch bei der ASAG selbst seien unterschiedliche Eintauschpreise offeriert werden.<sup>556</sup> Die Rückkaufbedingungen seien von Händler zu Händler sehr unterschiedlich und aus diesen Grund bestehe ein starker Innenwettbewerb.<sup>557</sup> 286. Gemäss Aussage der AMAG verhandelt der Händler im klassischen Fall mit dem Kunden nur über den Preis eines neuen Kraftfahrzeugs.<sup>558</sup> Der Eintauschpreis kann aber eine grosse Rolle spielen, wenn der Kunde verlangt, dass der Händler einen Gebrauchtwagen zurückzunehmen soll. Bei solchen Fällen hat der Händler einen grossen Spielraum und kann entscheiden, ob er mehr Gewinn mit dem Gebrauchtwagen oder mit dem neuen Fahrzeug erzielen will. Tatsächlich hat er die Möglichkeit, den Eintauschpreis des Eintauschfahrzeugs zu erhöhen und weniger Rabatt zu gewähren oder umgekehrt.<sup>559</sup> Aus dem E-Mailaustausch vom 23. und 24. Januar 2013 geht hervor, dass die Parteien und die AMAG mögliche unterschiedliche Eintauschpreise in Betracht gezogen hatten. Sie waren sich diesbezüglich bewusst und nahmen an, dass sie «mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintauses müssen [...] leben können»<sup>560</sup>. Wichtig war, «dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis»<sup>561</sup>. Dies wurde auch so den Teilnehmern der VPVW Stammtische durch die Folien «Offert Beispiele» der Präsentation dargestellt: die Offerte für den Neufahrzeug und für den Eintauschfahrzeug müssen in der Erst-Offerte wie auch in der Abschluss-Offerte immer separat ausgewiesen werden.<sup>562</sup>

Fazit 287. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass kein ausreichender Innenwettbewerb bestand, welcher die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermag.

B.4.4.3 Zwischenergebnis 288. Die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann daher in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs umgestossen werden. Jedoch kann nachfolgend gezeigt werden, dass die vorliegende Abrede den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigt hat.

B.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 289. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

555 Act. 403, Rz 75. 556 Act. 403, Rz 76. 557 Act. 403, Rz 77 ff. 558 Act. 498, Rz 241–243. 559 Act. 498, Rz 243–252. 560 Act. 8, S. 1. 561 Idem. Vgl. auch Folien 13–15 der Präsentation. 562 Vgl. Folien 13–14, Anhang 2 und Folien 27–28, Anhang 3.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 73 290. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

B.4.5.1 Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro 291. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2013 in Sachen Gaba und Gebro Folgendes fest:

«Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.»<sup>563</sup>

«Da der Schweizer Gesetzgeber [...] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.»<sup>564</sup>

292. Dies bedeutet, dass – wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift (Kernbeschränkungen) – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung von qualitativen und insbesondere quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Gemäss der Rechtsprechung des BVGer in Sachen Gaba und Gebro ist in solchen Fällen lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

293. Für die Beurteilung des vorliegenden Falls hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Abrede über die Festsetzung maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen würde, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann.

B.4.5.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis 294. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des BVGer beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer

Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie

563 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO. 564 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 834 E. 11.3.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 74 auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.<sup>565</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>566</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>567</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede einträchtigt wird, m.a.W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>568</sup>

B.4.5.3 Erheblichkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung 295. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (nachfolgend: BGer) ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Gebiet, Menge) betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.<sup>569</sup> Das BGer hat in diesem Urteil festgehalten, es sei aufgrund der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs bei (horizontalen) Preisabsprachen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG) anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft.<sup>570</sup>

B.4.5.4 Verbotsprinzip und Missbrauchsprinzip 296. In zwei jüngeren Urteilen<sup>571</sup> hat das BVGer ausgeführt, «dass im Gegensatz zur EU, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet, in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt [...]. Folglich hat die Vorinstanz [die WEKO] de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von der Vorinstanz zu untersuchen sind». 297. Die oben erwähnten Ausführungen erfordern einige Bemerkungen hinsichtlich der Qualifikation der schweizerischen Kartellgesetzgebung (Rz 313), anhand der Begriffsbestimmungen «Verbotsprinzip» und «Missbrauchsprinzip» (Rz 299) und eines kurzen Rechtsvergleichs zwischen den Kartellrechtssystemen der Europäischen Union (EU) und der Schweiz (Rz 300 ff. und 304 ff.).

298. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, muss die Feststellung des BVGer über die in der Schweiz geltende «Missbrauchsgesetzgebung» und die Untersuchung der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede auf dem Markt relativiert werden.

Begriffsbestimmungen

565 RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circula-

tion (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden. 566 BSK

KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. 567 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils. 568 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 230. 569 BGE 129 II 18, 24 f., E. 5.2.1 m.w.H (= RPW 2002/4, 735 f. E. 5.2.1), Sammelrevers. 570 BGE 129 II 18, 25, E. 5.2.2 m.w.H (= RPW 2002/4, 736 E. 5.2.2), Sammelrevers. Im betreffenden Fall betrug der Marktanteil rund 90 % und das BGer nahm eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs an. 571 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.1.3, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1.3, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 75 299. Während aufgrund des Verbotsprinzips die vom Gesetz erfassten Verhaltensweisen ex lege als unzulässig gelten, sind (wettbewerbsbeschränkende) Verhaltensweisen nach dem Missbrauchsprinzip, gemäss ihrem internationalen Begriff, nur dann unzulässig und lediglich als solche in zivilrechtlicher Hinsicht ex nunc nichtig, wenn ihre Unzulässigkeit durch einen behördlichen oder gerichtlichen Entscheid festgestellt worden ist.<sup>572</sup>

Europäisches Wettbewerbsrecht 300. In der EU gilt seit der Inkraftsetzung der neuen Verfahrensverordnung<sup>573</sup> am 1. Mai 2004 das «Verbotsprinzip mit Legalausnahme», welches das «Verbotsprinzip mit Administrativausnahme» (sog. «Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt»<sup>574</sup>) ersetzte. Gemäss Art. 1 der Verfahrensverordnung sind nun Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>575</sup>, die nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung (von Kartellbehörden oder Gerichten) bedarf. Beziehungsweise ist bei Vorliegen der Freistellungsbedingungen gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ex lege nicht verboten (Art. 2 Verfahrensverordnung). Die Vorschriften von Art. 101 AEUV sind daher direkt und unmittelbar anwendbar («self executing»). Entsprechend haben die Entscheide der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte sowie der nationalen Kartellbehörden und Gerichte nur eine deklaratorische und nicht konstitutive Wirkung.<sup>576</sup>

301. Bezüglich des Beweises einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach Art. 2 Verfahrensverordnung ein Wettbewerbsverstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darzulegen und zu beweisen. Dementsprechend müssen die Behörden und die Parteien nicht nur das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV beweisen, sondern auch, dass diese Wettbewerbsbeschränkung sich spürbar («sensible») auf die Wettbewerbsverhältnisse im betroffenen Markt auswirkt.<sup>577</sup> Art. 101 Abs. 1 AEUV ist somit nicht anwendbar, wenn die betroffene Wettbewerbsbeschränkung keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten oder den Wettbewerb hat.<sup>578</sup> Ausgenommen vom Anwendungsbereich dieses Kartellverbots sind mit anderen Worten geringfügige bzw. unbedeutende wettbe-

<sup>572</sup> Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Roger Zäch (nachfolgend: HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen), 2009, 48 f. mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch BBl 1995 I 468, 553, Ziff. 23. <sup>573</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates der EU vom 16. Dezember

2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003 S. 1 (nachfolgend: Verfahrensverordnung). 574 Nach der alten Durchführungsverordnung (Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates der EWG zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABl. Nr. 013 vom 21.2.1962) blieb eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV (neu Art. 101 Abs. 1 AEUV) auch bei Vorliegen der Ausnahmen von Art. 81 Abs. 3 EGV (neu Art. 101 Abs. 3 AEUV) verboten, bis die EU-Kommission diese für unzulässig erklärte. 575 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung), Abl. C 326 vom 9.5.2008 S. 47 (AEUV). 576 Vgl. HEINEMANN (Fn 572), Konzeptionelle Grundlagen, 48 f. 577 Vgl. grundlegende Rechtsprechung des EuGH: Urteil des EuGH vom 30.6.1966, C-56/65 Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.; Urteil des EuGH vom 9.7.1969, C-5/69 Voelk / Vervaecke, Slg. 1969, 300; Urteil des EuGH vom 18.2.1971, C-40/70 Sirena / Eda, Slg. 1971, 83 Rz 13; Urteil des EuGH vom 6.5.1971, C-1/71 Cadillon/Höss, Slg. 1971, 356 Rz 5/6; Urteil des EuGH vom 25.11.1971, C-22/71 Béguelin Import/SAGL Import Export, Slg. 1971, 960 Rz 16 ff.; Urteil des EuGH vom 29.10.1980, C-209/78 Van Landewyck/Kommission, Slg. 1980, 3270 Rz 154. 578 Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 Expedia, Rz 16 f m.w.H.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 76 werbs- und handelsbeschränkende Konsequenzen, das heisst sogenannte Bagatellfälle.579 Betreffend die Anforderungen dieser Spürbarkeit ist zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden:

302. Soweit Kernwettbewerbsbeschränkungen (Festsetzung von Preisen, Produktions- und Absatz einschränkungen und Aufteilung von Kunden oder Märkten) bezweckt werden, müssen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen nicht nachgewiesen werden.580 Solche Vereinbarungen sind «ihrem Wesen nach geeignet [...], den Wettbewerb zu beschränken»581 und «schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs»582. Es handelt sich somit «um Beschränkungen, die [...] ein derart grosses Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben»583. Kernwettbewerbsbeschränkungen sind deshalb vom Geltungsbereich der De-minimis-Bekanntmachung ausgenommen,584 da Vereinbarungen, die Kernwettbewerbsbeschränkungen bezwecken, aufgrund «ihrer Natur und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar[stellen]»585. Ihre tatsächlichen Auswirkungen brauchen also nicht berücksichtigt zu werden586. Um ihre Unzulässigkeit gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV feststellen zu können, «muss die abgestimmte Verhaltensweise lediglich konkret, unter Berücksichtigung ihres jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, geeignet sein, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führen. Ob und in welchem Ausmass eine solche wettbewerbswidrige Wirkung tatsächlich eintritt, kann allenfalls für die Bemessung der Höhe etwaiger Geldbussen und für Ansprüche auf Schadensersatz von Relevanz sein»587. Dies kann jedoch nur für «bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist»588.

303. Für Vereinbarungen, die nicht «schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind», muss hingegen konkret geprüft werden, ob eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt.589 In diesen Fällen ist dennoch eine tatsächliche oder wahrscheinlich spürbare negative Auswirkung auf mindes-

579 Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 291 vom 30.8.2014 S. 1. 580 HELMUTH SCHRÖTER/PHILIPP VOET VAN VORMIZEELE, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schrö- ter/Jakob/Klotz (Hrsg.), 2014, Art. 101 AEUV Rz 120; ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 12. Aufl., 2014, Nach Art. 101 AEUV Rz 47 m.w.H.; RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER, EU- Kartellrecht, 3. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV Rz 79 m.w.H.; KRAUSKOPF/ SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 5 m.w.H. 581 Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27.4.2004 S. 97 ff., Rz 21 (nachfolgend: Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3). 582 Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 Irish Beef, Slg. 2008 I-8637 Rz 17. Vgl. auch Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz 29; Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 Expedia, Rz 36; Urteil des EuGH vom 11.09.2014 C-67/13 P Groupement des cartes bancaires, Rz 51, 53. 583 Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, Rz 21. 584 De-minimis-Bekanntmachung, Rz 2. 585 Idem. Vgl. auch Urteil des EuGH vom 13.12.2012 C-226/11 Expedia, Rz 37. 586 Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 Irish Beef, Slg. 2008 I-8637 Rz 17; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz 29. Vgl. auch SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE (Fn 580), Art. 101 AEUV Rz 120. 587 Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz 31. Vgl. auch Ur- teil des EuGH vom 14.3.2013 C-32/11 Allianz Hungaria, Rz 34 ff. m.w.H. 588 Urteil des EuGH vom 11.9.2014 C-67/13 P Groupement des cartes bancaires, Rz 58. 589 Idem.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 77 tens einem Wettbewerbsparameter des Marktes (z.B. Preis, Produktionsmenge, Qualität, Produktvielfalt oder Innovation) ausreichend.<sup>590</sup> Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf dem relevanten Markt sind dann wahrscheinlich, wenn in hinreichendem Masse davon auszugehen ist, dass die beteiligten Unternehmen aufgrund der Vereinbarung in der Lage wären, gewinnbringend die Wettbewerbsparametern (z.B. Preis, Produktionsmenge, Pro- duktqualität, Produktvielfalt oder Innovation) zu beeinflussen.<sup>591</sup>

Schweizerisches Wettbewerbsrecht 304. Aufgrund des Verfassungsauftrags von Art. 96 Abs. 1 BV<sup>592</sup> basiert Art. 5 KG auf dem sogenannten «Missbrauchsprinzip»<sup>593</sup> und dem Konzept des «wirksamen Wettbewerbs»<sup>594</sup>, nach welchem «[m]assgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind»<sup>595</sup> und «bei der Beurteilung von Wettbewerbs- beschränkungen das erste Augenmerk den Auswirkungen auf den Wettbewerb [gilt]».<sup>596</sup> Die- ser Verfassungsgrundsatz wurde in Art. 1 KG übernommen, nach welchem das Kartellgesetz bezweckt, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ande- ren Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse ei- ner freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Nach dem KG ist eine Wettbe- werbsbeschränkung nur dann unzulässig, «wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde»<sup>597</sup>. Der Wortlaut in der Bundesverfassung und im Kartellgesetz, sowie in den ent- sprechenden Materialien, umschreiben den Begriff der «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» jedoch nicht näher. Zu diesem Begriff wurde in der Botschaft zum KG 1995 nur Folgendes präzisiert: «Dabei ist zu

berücksichtigen, dass die Frage, was volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist, nicht ein für allemal entschieden werden kann, sondern in den Lauf der Zeit gestellt werden muss; die Beurteilung der Schädlichkeit wird massgeblich mitbestimmt durch tatsächliche Faktoren (wie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel), durch die vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch durch den aktuellen Stand der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Erkenntnis»<sup>598</sup>. Nach der Botschaft zum KG 1995 ist dennoch klar, dass sich die Rechtsfolge der Unzulässigkeit «bei einer Abrede, die zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt, [...] ohne weiteres aus der Intensität ihrer Einwirkung auf den Wettbewerb ergibt»<sup>599</sup>, während «bei einer «bloss» erheblichen Beeinträchtigung vorgängig zu prüfen [ist], ob die Abrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann»<sup>600</sup>. 305. Die Intensität bzw. Erheblichkeit der volkswirtschaftlichen und sozialen schädlichen Auswirkungen stellt somit die Eingriffsschwelle für das geltende wettbewerbsrechtliche Instrumentarium dar.<sup>601</sup> Diese Eingriffsschwelle «ist allerdings [...] nicht so zu verstehen, dass kartellpolitische Eingriffe in der Privatautonomie erst zulässig sind, wenn die Funktionsunfä-

590 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 1 ff. (nachfolgend: Horizontalleitlinien), Rz 27. 591 Horizontalleitlinien, Rz 28. 592 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101). 593 BBl 1995 I 468, 489, Ziff. 122, 494 Ziff. 132, 553, Ziff. 23., 555 Ziff. 231.2. 594 BBl 1995 I 468, 489, Ziff. 122, 511 ff, Ziff. 143.3, 552, Ziff. 23, 553 Ziff. 231. 595 BBl 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2. 596 BBl 1995 I 468, 552, Ziff. 23. 597 BBl 1995 I 468, 555, Ziff. 231.2. 598 BBl 1995 I 468, 501 f., Ziff. 142. 599 Bei einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nur aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 8 KG möglich, siehe BBl 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2. 600 BBl 1995 I 468, 555 Ziff. 231.2. 601 BBl 1995 I 468, 501, Ziff. 142.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 78 higkeit des Wettbewerbs auf einen bestimmten Gütermarkt eingetreten ist; vielmehr muss es für die Zulässigkeit wettbewerbspolitischer Massnahmen genügen, dass wettbewerbsbeschränkende Abreden bzw. Vorkehren aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer weitgehenden Beseitigung des Koordinationsprinzips Wettbewerb führen werden».<sup>602</sup>

306. Der Begriff der Erheblichkeit hat der Gesetzgeber allerdings nicht näher umschrieben. Nach der Botschaft zum KG 1995 ist davon auszugehen, dass die Erheblichkeitsschwelle bei Kernbeschränkungen (die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) «in der Regel» überschritten wird.<sup>603</sup> In diesem Sinne entspricht die Funktion des Erheblichkeitskriteriums dem Spürbarkeitskriterium im Europäischen Kartellrecht (vgl. Rz 301).<sup>604</sup>

307. Die Aussage in der Botschaft zum KG 1995, nach welcher das Kartellgesetz auf dem Missbrauchsprinzip basiert, bezieht sich somit nicht auf die Natur und die Qualifikation der Schweizer Kartellgesetzgebung, sondern legt die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit eines kartellrechtlichen Tatbestand fest.<sup>605</sup> 308. Diesbezüglich deuten zwei jüngere Urteile des BGer zudem darauf hin, dass das Schweizer Kartellgesetz nicht generell als «Missbrauchsgesetzgebung» gekennzeichnet werden kann: 309. Einerseits hat das BGer festgestellt, dass Art. 96 Abs. 1 BV «partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus[schliesst] ("selektive"

per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu»<sup>606</sup>. Ein allgemeines Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt (wie es im EU-Kartellrecht bis zum 1. Mai 2004 galt<sup>607</sup>) wäre also nicht Bundesverfassungskonform. Die betroffene Verfassungsbestimmung lässt hingegen den Gesetzgeber Hand, besonders schädliche Abreden oder Verhaltensweisen zu verbieten.<sup>608</sup> 310. Andererseits hat sich das BGer über die zivilrechtlichen Folgen der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede geäußert. Nach der Botschaft zum KG 1995 kann aufgrund des «Missbrauchsprinzip[s] [...] eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist»<sup>609</sup>. Ohne auf die erwähnte Auffassung einzugehen, hat das BGer gestützt auf der von ihm zitierten herrschenden Lehre anerkannt, dass Verträge, die als unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG zu qualifizieren sind, widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR<sup>610</sup> ex lege nichtig sind.<sup>611</sup> Die Nichtigkeit einer unzulässigen Wettbewerbsabrede tritt somit nicht erst mit der Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit durch die Wettbewerbsbehörde oder die Gerichte ein, sondern ex tunc.

311. Nach Art. 5 Abs. 2 KG können Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (siehe Rz 341 ff.). Aufgrund der Nichtigkeit ex tunc einer un-

602 FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger et al. (Hrsg.), 1996, Art. 1 KG Rz 26. 603 BBl 1995 I 468, 566 Ziff. 231.1. 604 Idem. Vgl. auch ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter vom 29.6.2015 (nachfolgend: HEINEMANN, Erheblichkeit), 6. 605 Vgl. HEINEMANN (Fn 572), Konzeptionelle Grundlagen, 47. 606 BGE 135 II 60, 67, E. 3.1.1 m.w.H. (= RPW 2008/3, 112, E. 3.1.1 m.w.H.), Maestro Interchange Fee. 607 Fn 574. 608 Vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 604), 19 f. 609 BBl 1995 I 468, 553 Ziff. 23. 610 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; RS 220). 611 BGE 134 III 438, 441 f., E. 2.1.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 79 zulässigen Abrede (Rz 310) wirkt diese Bestimmung wie die Freistellung i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV direkt (vgl. Rz 300). Liegen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG vor, ist die betroffene Wettbewerbsabrede ex lege gerechtfertigt.

312. Die Frage, ob die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen i.S.v. Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG tatsächlich festgestellt werden müssen oder eine potenzielle Beschränkung des Wettbewerbs (anders gesagt, eine «Prognose» der potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen) ausreicht, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass das Eintreten von tatsächlichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung nicht zu verlangen ist, weil auch potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen ausreichen.<sup>612</sup> Für einen anderen Teil der Lehre ist der Nachweis der tatsächlich eingetretenen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen nicht verzichtbar.<sup>613</sup>

Qualifikation der schweizerischen Kartellgesetzgebung 313. Die Qualifikation des schweizerischen Kartellrechts als ein Rechtssystem, welches auf dem Missbrauchsprinzip nach der vorstehenden Definition basiere (Rz 299), scheint mithin zweifelhaft und zu kurz gegriffen.<sup>614</sup> Die Existenz von direkten Sanktionen seit der KG-Revision 2003<sup>615</sup> und die

Rechtsprechung des BGer, nach welcher kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabreden ex tunc nichtig sind<sup>616</sup> und Art. 96 BV, der partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen (selektive per se- Verbote) nicht ausschliesst<sup>617</sup>, müssen hingegen vielmehr für die Geltung des «Verbotsprinzips mit Legalausnahme» im schweizerischen Kartellrecht sprechen.<sup>618</sup> Die Parallelität der Kriterien Erheblichkeit und Spürbarkeit zeigt zudem starke Ähnlichkeiten zwischen den schweizerischen und europäischen Rechtssystemen (vgl. Rz 301 und 306). Auch wenn Unterschiede in formeller Hinsicht bezüglich verfahrensrechtlicher Aspekte und Methode der Prüfung einer Wettbewerbsabrede zwischen der europäischen und schweizerischen Kartellgesetzgebung bestehen sollten, wären die Rechtsfolgen in materieller Hinsicht in beiden Rechtsordnungen (europäisches und schweizerisches Wettbewerbsrecht) dieselben.<sup>619</sup> Bei einer umfassenden Würdigung scheint es deshalb verfehlt, das KG als eine reine «Missbrauchsgesetzgebung» zu bezeichnen.<sup>620</sup> 314. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass gemäss Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG nicht nur die volkswirtschaftlichen, sondern auch die sozial schädlichen Auswirkungen genannt werden. Ausgehend von diesem Standpunkt ist bereits die Vereinbarung (und nicht erst die Umsetzung) einer Kernwettbewerbsbeschränkung für die ökonomische Struktur der Gesell-

612 HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 604), 19 f.; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtliche Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP/PJA 2/2015, 276; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 3 und 5; BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 8. 613 CR Concurrence-AMSTUTZ/ CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 20 f., 118 ff. 614 Vgl. HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen (Fn 572), 43 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 2012, 141 f. (nachfolgend: HEINEMANN, Kartellzivilrecht); BALDI/SCHRANER (Fn 612), 272 f. Vgl. auch BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 5; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 5 und 37 ff.; HOFFET (Fn 602), Rz 26. 615 AS 2004 1385. 616 BGE 134 III 438, 442 f., E. 2.3 f. 617 Vgl. Fn 606. 618 HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen (Fn 572), 50, 58; HEINEMANN, Kartellzivilrecht (Fn 614), 142; BALDI/SCHRANER (Fn 612), 272. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 1 KG N 24. 619 BORER (Fn 519), Art. 5 KG N 5; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 N 5 und 38 f. 620 Vgl. RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Zäch/Zweifel (Hrsg.), 1995, 108 f.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 80 schafft besonders schädlich, da dadurch ein soziales Klima geschaffen wird, welches das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflusst und die Praktizierung von Kartellen begünstigt.<sup>621</sup> Aus dem verfassungsrechtlicher Kontext von Art. 96 BV (systematische Verfassungsauslegung) erfolgt ausserdem, dass die Frage, ob eine bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu qualifizieren ist, im Lichte der anderen in der BV anerkannten öffentlichen Interessen (insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftsordnung, Art. 94 BV, und der Schutz der Konsumenten, Art. 97 BV) beurteilt werden muss.<sup>622</sup> 315. Aus dieser Sicht und bezugnehmend auf den vorliegenden Fall vermögen die Intervention der Wettbewerbsbehörden oder die Selbstanzeige eines Unternehmens, welche die Umsetzung

der Wettbewerbsabrede unmittelbar oder kurze Zeit nach ihrem Abschluss verhindert, das wettbewerbswidrige Verhalten der Kartellbeteiligten nicht zu legitimieren. Eine Auslegung des Kartellgesetzes und insbesondere des Art. 5 KG, nach welcher die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede nur aufgrund von einer vollständigen Umsetzung festgestellt werden könnte, stünde im Widerspruch mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Tatsache, dass eine Wettbewerbsabrede nur kurze Zeit umgesetzt wurde, wird im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt.

316. Gemäss Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi sei der Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kartellrecht und aufgrund des Prinzips «nulla poena sine lege» nicht «strafbar». Dies lasse sich insbesondere aus Art. 96 Abs. 1 BV ableiten.<sup>623</sup>

317. Dagegen ist einzuwenden, dass in den obenstehenden Ausführungen nicht behauptet wird, dass der Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung unter die Tatbestände vom Art. 5 KG zu subsumieren wäre. Vielmehr weist der oben dargelegte Rechtsvergleich nach, dass zum einen das Erheblichkeitskriterium und das Spürbarkeitskriterium die gleiche Funktion aufnehmen, nämlich mögliche Bagatellfälle aus dem Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu entfernen, und dass zum anderen die Bezeichnung der schweizerischen Kartellgesetzgebung als reine «Missbrauchsgesetzgebung» als unzutreffend erscheint.

#### B.4.5.5 Prüfung der Erheblichkeit in casu

318. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt vorliegend eine erhebliche Wettbewerbsabrede i.S.v. von Art. 5 Abs. 1 KG selbst dann vor, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung der Erheblichkeit im Sinne der bisherigen Praxis der WEKO (Rz 294) und der erwähnten jüngeren Urteile des BVGer (Rz 291 ff. und 296) erfolgt, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen (B.4.5.6) wie quantitativen (B.4.5.7) Kriterien. 319. Die Parteien bringen zu dieser Stelle vor, dass das Sekretariat die Auswirkungen der Wettbewerbsabrede weder untersucht noch nachgewiesen habe.<sup>624</sup> Insbesondere machen die ASAG, die Autoweibel und die City-Garage aufgrund der Ausführungen des BVGer in den oben erwähnten Urteilen Paul Koch AG/WEKO und Siegenia-Aubi AG/WEKO bezüglich

621 Urteil des EuGH vom 1.2.1978 Rs. 19/77 Miller International Schallplatten, Slg. 1978–131, 148 Rz 7, betreffend eine Exportverbotsklausel: «So kann der Umstand, dass der Lieferant seinerseits derartige Verbote nicht streng durchsetzt, keinen Beweis dafür liefern, dass sie wirkungslos geblieben seien, denn ihr Vorhandensein kann dennoch ein „optisches und psychologisches“ Klima schaffen, das die Kundschaft zufriedenstellt und zu einer mehr oder weniger strengen Aufteilung der Märkte beiträgt». Vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit (Fn 612), 15 ff. 622 Vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2011, § 20 Rz 26 ff.; RHINOW/BIAGGINI (Fn 620), 105 f. 623 Act. 401, Rz 77b; 402, Rz 78b; 405, Rz 79 f. 624 Act. 401, Rz 26 und 74 ff.; Act. 402, Rz 28 und 75 ff.; Act. 403, Rz 63 ff.; Act. 405, Rz 42 ff.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 81 des Untersuchungsgrundsatzes<sup>625</sup> geltend, dass sich das Sekretariat bei der Prüfung der Erheblichkeit einzig und allein auf die Aussagen der Selbstanzeigerin stützen könne.<sup>626</sup> 320. Entgegen der Auffassung der Parteien wurde der Sachverhalt nicht einfach aufgrund der Aussagen der AMAG, sondern mehrheitlich auf

Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismitteln (Rz 89) und weiterer vom Sekretariat durchgeführten Ermittlungsmassnahmen, nämlich den Einvernahmen der Parteien und Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte i.S.v. Art. 40 KG (Rz 94 ff.), erstellt und abgeklärt (vgl. A.3.2 – A.3.10). Der Vollständigkeit halber sei noch hinzuweisen, dass die Aussagen der Selbstanzeigerin nicht einfache Behauptungen ihrerseits darstellen, und dem Inhalt des von ihr vorgelegten Beweismaterials entsprechen.<sup>627</sup>

321. Dass die Umsetzung der vorliegenden Abrede nur während einer kurzen Zeit war, war durch äussere Umstände bedingt, nämlich der Intervention von AMAG IMPORT und des Präsidenten des VPVW (Rz 48 ff.). Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG hängt jedoch nicht von der Dauer von deren Umsetzung ab, sondern von qualitativen und quantitativen wirtschaftlichen Faktoren. Die Anzeige eines Dritten oder die Selbstanzeige eines kartellbeteiligten Unternehmens sowie der schnelle Eingriff von Kartellbehörden können die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede nicht beeinflussen. Aus diesem Grund wird die Dauer der Abrede im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt (Rz 370).

B.4.5.6 Qualitative Kriterien 322. Für das Vorliegen des qualitativen Elementes der Erheblichkeit ist es ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. In casu liegt eine horizontale Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor (siehe unten Rz B.4.4.1).

323. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über die direkte oder die indirekte Festsetzung von Preisen gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesem Punkt zumisst. Auch wenn in einem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.<sup>628</sup>

324. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre<sup>629</sup> und Rechtsprechung<sup>630</sup> unbestritten. Ferner illustriert die ständige Praxis der WEKO<sup>631</sup>, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.

625 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.4.35, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.4.35, Siegenia-Aubi AG/WEKO. 626 Act. 401, Rz 55, 77 f.; Act. 402, Rz 56, 78 f.; Act. 403, Rz 83 ff. 627 Vgl. Act. 40, 41, 44, 71. 628 Vgl. RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; RPW 2012/2, 398 Rz 1044 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*. 629 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 516), Art. 5 KG N 192; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 500), Art. 5 KG N 150; BORER (Fn 519), Art. 1 KG N 20. 630 BGE 129 II 18, 25, E.5.2.2 (= RPW 2002, 736, 5.2.2), *Buchpreisbindung*. 631 Vgl. RPW 2010/4 751, N 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; RPW 2006/4, 596, N 53 ff., *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*; RPW 2003/2, 287, N 66, *Fahrschule Graubünden*; RPW 2001/4, 678, N 121, *Tarifvertrag in der halb-privaten Zusatzversicherung*.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 82 325. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die vorliegende Abrede in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende

Einschränkung zu qualifizieren ist und in casu eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

B.4.5.7 Quantitative Kriterien 326. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt, ist der aktuelle und potentielle Wettbewerb durch allfällige Kartellaus-senseiter massgebend. Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs durch Kartell- aussenseiter zu prüfen, ist der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzu- grenzen. Für diese Beurteilung kann grundsätzlich auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden.

327. Zum Aussenwettbewerb kann gesagt werden, dass der gemeinsame Anteil am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken<sup>632</sup> der an der Abrede beteilig- ten Unternehmen (AMAG, ASAG, City-Garage, Autoweibel und Garage Gautschi) [55–65] % umfasst (vgl. Rz 270). Selbst unter der konservativen Annahme, dass nur die Parteien und die AMAG an der Abrede teilgenommen haben, ist von einer quantitativen schwerwiegenden Beeinträchtigung auszugehen.

328. Zum Innenwettbewerb kann auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 282 f.): Sämtliche an der Abrede beteiligten Unternehmen haben sich an diese ge- halten. Zudem besteht neben dem Wettbewerbsparameter «Preis» kein anderer Faktor, wel- cher die Ausschaltung des Preiswettbewerbs vorliegend annähernd kompensieren könnte (Rz 284 ff.).

Flottengeschäfte 329. Gemäss Autoweibel und City-Garage sei je nach Marken und Segment von einem er- heblichen Anteil von Flottenkunden auszugehen (z.B. bei der Marke Audi ein Anteil von un- gefäh 50–60 %).<sup>633</sup> [Name] (City-Garage) sagte aus, dass der Anteil am Flottengeschäft so- gar 80 % betragen würde.<sup>634</sup> Nach Angaben vom 12. August 2014 der Autoweibel sei aller- dings 2013 und 2014 der Anteil am Flottengeschäft 19 % gewesen.<sup>635</sup>

330. Gemäss Angabe der AMAG beläuft sich der Anteil pro Marke von Flottengeschäften im Jahr 2013 bei den von der AMAG importierten und zugelassenen Fahrzeugen abzüglich des Mietwagengeschäftes auf folgende Beträge:<sup>636</sup>

- Audi: [40–50] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- VW: [20–30] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- VW NF (zu dieser Stelle betreffen die Zahlen nur Personenwagen-Varianten und nicht Sachtransporter): [40–50] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomo- dellen; - Sk<sup>■</sup>da: [25–35] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen;
- Seat: [10–20] % bei normalen Konditionen, [0–10] % bei Nettomodellen.

<sup>632</sup> Zu den VPVW-Marken zählen die Modelle der Marken Audi, VW PW und VW NF, Seat und Sk<sup>■</sup>da (Rz 12). <sup>633</sup> Act. 401, Rz 32d; Act. 402, Rz 34b. Vgl. Act. 452, Rz 34 f. <sup>634</sup> Act. 457, Rz 160. <sup>635</sup> Act. 290, Beilage 2. <sup>636</sup> Act. 498, Rz 318 ff.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 83 331. Insgesamt beträgt der Flottenanteil [25–35] % bei Normalkonditionen und [0–10] % bei Nettomodellen.<sup>637</sup> 332. Die grosse Mehrheit von Flottengeschäften läuft auf dem sogenannten Flottenregle- ment der AMAG. Nach diesem Konzept können die Händler gewissen Kundengruppen einen höheren Rabatt (sog. Flottenrabatt) gewähren als im Privatkundengeschäft.<sup>638</sup> Dieser Flot- tenrabatt wird bei entsprechendem Nachweis den Händlern rückvergütet (sog. Flottenrück- vergütung)<sup>639</sup>

und verringert deren übliche Händlermarge nicht direkt. Im Flottenreglement werden die verschiedenen Kundengruppen nach der Flottengrösse (kleine, mittlere oder grosse Flotte) und den Flottenrückvergütungen definiert.<sup>640</sup> In der Präsentation<sup>641</sup> wird explizit darauf hingewiesen, dass diese Art des Rabattes gesondert auszuweisen sei, damit eine Vergleichbarkeit der Erstofferungen gewährleistet bleibe. Der Händler kann über diesen Flottenrabatt, welcher wie bereits erwähnt rückvergütet wird, hinausgehen und auf einen Teil seiner eigenen üblichen Händlermarge verzichten. Das Flottenreglement der AMAG gibt diesbezüglich auch unverbindliche empfohlene Nachlässe an.<sup>642</sup> 333. Neben diesen «normalen» Flottengeschäften bestehen auch Rahmenverträge, bei welchen ein Kunde (in der Regel grossen Firmen) entsprechende Preise und Rabatte für sich und teilweise auch seine Mitarbeiter mit der AMAG IMPORT vereinbart.<sup>643</sup> [...] <sup>644</sup> Gemäss Angabe der AMAG bestehen in der Schweiz etwa [...] Rahmenverträge mit der AMAG IMPORT.<sup>645</sup> 334. Im vorliegenden Fall haben sich die Parteien auch bezüglich solchen (zusätzlichen) Rabatten für Flottengeschäfte abgesprochen. Wie dem Dokument «Flottenkonditionen SEAT – Anpassungen per 1. April 2013»<sup>646</sup> zu entnehmen ist, gibt die AMAG in der Flottenrückvergütungstabelle sogenannte «Empfohlene Nachlässe» ab.<sup>647</sup> Aus der vereinbarten Konditionenliste geht eindeutig hervor, dass sich die Parteien bei allen Marken (und fast allen Modellen) auf abweichende Rabattvorgaben geeinigt haben.<sup>648</sup> Netto- und Sondermodelle 335. Gemäss Angaben der Autoweibel sei bei «Nettomodellen», welche spezielle Sondermodelle darstellten, der Endverkaufspreis durch AMAG Import den einzelnen Händlern «vorgegeben» und diese Tatsache begründe eine Preisführerschaft der AMAG.<sup>649</sup> Gemäss den von der Autoweibel eingereichten Unterlagen sei der Anteil von Netto- und Sondermodellen

637 Act. 498, Rz 106–109 und 328–330. 638 Act. 498, Rz 168–172. 639 Vgl. z.B. Schreiben vom 1. April 2013 der AMAG an dem Geschäftsführer der Markenvertreter von Seat «Flottenkonditionen SEAT – Anpassungen per 1. April 2013»: Act. 29. 640 Act. 598, Rz 181 f. 641 Act. 19, Beilage 1, Folie 12. 642 Act. 498, Rz 182 ff., 335–339. Vgl. auch Act. 29, Anhang. 643 Act. 498, Rz 191 ff. 644 Act. 498, Rz 195–211. 645 Act. 498, Rz 213–215. 646 Act. 29. 647 Act. 29, Beilage 4. 648 Vgl. die Konditionen für Flottengeschäfte in der vereinbarten Konditionenliste (Anhang 1) mit den empfohlenen Nachlässen in den Flottenrückvergütungstabellen: Act. 29, Beilage (Seat) und Folien 5–9 der Präsentation (andere Marken). 649 Schreiben vom 12. August 2014 der Autoweibel: Act. 290, S. 2. Vgl. auch Act. 401, Rz 21 ff.; Act. 452, Rz 35 ff.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 84 2013 36 % und 2014 70 % gewesen.<sup>650</sup> Anlässlich ihrer Anhörung machte die Autoweibel dagegen geltend, dass der Anteil von Netto- und Sondermodelle 80 % darstellte.<sup>651</sup> 336. Aus den von Autoweibel selbst eingereichten Unterlagen<sup>652</sup> ist ersichtlich, dass es sich bei Nettomodellen um Fahrzeuge handelt, welche gesondert beworben und entsprechend mit charakteristischer (unveränderlicher) Ausstattung geliefert werden, so beispielsweise der VW Golf als «GOLF Cup Edition»<sup>653</sup>. Oftmals kommt es zu einer Situation, bei welcher der Listenpreis eines Fahrzeugmodells im Marktvergleich mit anderen Modellen von anderen Marken zu hoch ist. Der Importeur versucht dann mit einem Sondermodell- oder Nettomodelangebot einen attraktiven Listenpreis aus Endkundensicht zu erreichen.<sup>654</sup> Beim Verkauf dieser Fahrzeuge verzichte der Importeur (bzw. der Hersteller) auf einen Teil der sonst (für ein solches Modell) üblichen Importeurmarge und auch für den teilnehmenden Händler falle die sonst (für ein solches Modell) übliche Händlermarge geringer aus.<sup>655</sup> In diesem Sinne kann ein solches

«Nettomodell» im Vergleich zum Listenpreis mit entsprechend niedrigerem Preis beworben werden.<sup>656</sup> Der Händler ist jedoch nicht von der AMAG IMPORT gezwungen, an dieser Sondermodell- und Nettomodellaktion teilzunehmen.<sup>657</sup>

337. Im Unterschied zur Darstellung der Autoweibel, dass der Endverkaufspreis dadurch bereits vorgegeben sei<sup>658</sup>, ist eher davon auszugehen, dass auch eine solche «reduzierte Händlermarge»<sup>659</sup> es dem Händler immer noch ermöglicht, zusätzlich individuelle Rabatte zu gewähren.<sup>660</sup> Dies wird gestützt durch die vereinbarte Konditionenliste, welche für solche «Nettomodelle/Sondermodelle» Preisnachlässe für entsprechende Kunden (z.B. Detail, KMU oder Flotten) ausweist.

Fazit 338. Zusammenfassend kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die AMAG den Händlern Endpreise bei Flottengeschäften oder bei Netto- und Sondermodellen vorgibt, vielmehr verhält es sich bei einem funktionierendem Wettbewerb so, dass jeder Händler individuell entscheiden kann, welchen Teil seiner eigenen Händlermarge er bereit oder fähig ist, beim individuellen Verkaufsgeschäft abzugeben.

339. Die folgende Darstellung gibt zur Illustration schematisch wieder, wie sich der vom Kunden zu bezahlende Endverkaufspreis mit den jeweiligen Margen der einzelnen Handelsstufen zusammensetzt.

650 Act. 290, Beilage 2. 651 Act. 452, Rz 42 f. 652 Vgl. Act. 290, Beilage 5 653 Act. 290, Beilage 3. 654 Act. 498, Rz 149–152, 225. 655 Vgl. Act. 498, Rz 152–154, 221–225. 656 Vgl. Act. 498, Rz 154 ff. 657 Act. 498, Rz 399–407. 658 Act. 290, S. 2; Act. 452, Rz 35–37. 659 Act. 290, S. 2. 660 Vgl. Act. 498, Rz 161–167, 230–236.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 85 Abbildung 6 (Darstellung Sekretariat; konkrete Werte fiktiv)

B.4.5.8 Zwischenergebnis 340. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die Abrede über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG führt. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

B.4.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 341. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG 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.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 86 342. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.<sup>661</sup> Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.<sup>662</sup> Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der

wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.<sup>663</sup>

343. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen.<sup>664</sup>

344. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.<sup>665</sup> Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

345. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.<sup>666</sup>

346. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Abrede über die Festsetzung maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen, d.h. eine Preisabrede, welche gemeinhin zu den schädlichsten Formen von Wettbewerbsabreden zählt (vgl. Rz 323 f.).

347. Zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede kann die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (nachfolgenden: Kalkulationshilfe-Bek)<sup>667</sup> als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere lassen sich gemäss der Kalkulationshilfe-Bek 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 vorgeben oder vorschlagen (Art. 4 Bst. b). A fortiori kann eine Abrede – wie die vorliegende – welche die Verwendung einer gemeinsa-

661 RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, Swico/Sens, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. 662 BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. 663 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, Gebro/WEKO. 664 Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E.10.3, Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF. 665 Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., FttH Freiburg. 666 RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 667 Abrufbar unter: <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Dokumentation > Bekanntmachung/Erläuterungen > Verwendung von Kalkulationshilfe.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 87 men Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand hat, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

348. Die Erstellung und die Verbreitung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zwischen den Händlern dienen lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es ist deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang zu einer Senkung von Vertriebskosten, zu Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder zu einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufweise.

349. Für die vorliegende Abrede sind daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich und von den Parteien wurden im Übrigen auch keine solchen geltend gemacht.

#### B.4.7 Ergebnis

350. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

■ Die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zwischen den Parteien und die Durchführung von regionalen Stammtischen des VPVW zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellen 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 (vgl. Rz 220 ff. und 244).

■ Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Aussenwettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten widerlegt werden (vgl. Rz 288).

■ Die Abrede beeinträchtigt den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG dennoch auf allen relevanten Märkten aber erheblich (vgl. Rz 340).

■ Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 349).

351. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG. Diese ist gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren.

#### B.5 Sanktionierung und Sanktionsbemessung

##### B.5.1 Sanktionierung

B.5.1.1 Allgemeines 352. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>668</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung,

<sup>668</sup> Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorb. zu Art. 50–57 KG N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 88 welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt wer- den.669 353. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administ- rativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.670

B.5.1.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 354. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach muss ein Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt gewesen sein oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten haben. Weiter ist erforderlich, dass dem Unternehmen dies vor- werfbar ist.

B.5.1.2.1 Unternehmen 355. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müs- sen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.671 Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter A.2 und B.1.1 verwiesen.

B.5.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 356. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abre- de nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abre- de.672

357. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbe- werb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten

669 BBl 2002 2022, 2034. 670 BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, Gebro/WEKO. 671 Statt vieler: BORER (Fn 519), Art. 49a KG N 6. 672 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartell- gesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34. Vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 5.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 89 entspricht.673 Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.674 358. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei auf die vorangehenden Ausführungen un- ter B.4.2 und B.4.3 verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraus- setzungen im

vorliegenden Fall erfüllt sind.

### B.5.1.3 Vorwerfbarkeit

359. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>675</sup>, welcher das BVGer gefolgt ist<sup>676</sup>, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

360. Für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens das Vorliegen eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens ausreichend. Ebenso bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung dargelegt werden.<sup>677</sup> Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>678</sup> Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>679</sup> 361. Vorliegend handeln die [Name] (City-Garage), [Name] (ASAG), [Name] (Garage Gautschi) und [Name] (Autoweibel) für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion [...] und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder

673 BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H. 674 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*. 675 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. 676 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*. 677 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 676, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*. 678 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*. 679 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW

2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 90 der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wissentlich und willentlich Preisnachlässe und Ab- lieferungspauschalen 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. Ein fahrlässiges Handeln der Parteien ist somit undenkbar. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

362. Folglich haben die Verfahrensparteien mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt und sind dafür zu sanktionieren.

### B.5.2 Sanktionsbemessung

B.5.2.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen 363. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, an- gemessen zu berücksichtigen ist.

364. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG680 näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit681 und der Gleichbehand- lung begrenzt wird.682 Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkre- ten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung betei- ligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.683

B.5.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung 365. Bei der konkreten Bemessung der Sanktion greift die WEKO grundsätzlich auf die SVKG zurück, in welcher die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung näher präzisiert werden (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Sanktionsbe- messung ist aber auch anhand der ohnehin anwendbaren übergeordneten rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlich garantierten Grundprinzipien des Verwaltungs- und Strafrechts durchzuführen. Zu den massgeblichen rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Grund- prinzipien zählen dabei insbesondere die Grundsätze der Ermessensausübung, der Rechts- gleichheit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.684

366. Vor allem der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (s. dazu auch Art. 2 Abs. 2 SVKG), wo- nach eine Sanktion geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss, dient dabei der Herstel- lung von Einzelfallgerechtigkeit.

680 Siehe: <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Dokumentation >

Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläu- terungen zur KG-Sanktionsverordnung

(SVKG). 681 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 682 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis

Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14

sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Par- king. 683

RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 684 BSK

KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 15 ff.; vgl. RPW 2006/4, 661 Rz 236,

Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 91 367. Nach Art. 3 SVKG ist von einem Basisbetrag auszugehen, welcher sich je nach Schwere und Art des Verstosses höchstens auf 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat, beläuft. Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren und danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes zusätzliche Jahr. Schliesslich sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können.<sup>685</sup>

368. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der WEKO besteht. Für den Basisbetrag steht dieser Ermessensspielraum innerhalb der gesamten Bandbreite von 0 bis 10 % zur Verfügung.<sup>686</sup> Die WEKO kann insbesondere bei geringfügigen Verstössen Sanktionsbeträge «von lediglich symbolhaftem Charakter» aussprechen.<sup>687</sup>

369. 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 worden konnte<sup>688</sup>, zum Anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen.<sup>689</sup> 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.<sup>690</sup> 370. Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (B.4.5 und B.4.7), nur kurze Zeit angewendet wurde (Rz 54 f.). 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 AMAG und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013, also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch (Rz 51–53), abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013, bis am 3. April 2013 gedauert (drei Tage, vgl. Rz 55). 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.

371. Angesichts dessen muss die Sanktionierung mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz auf den relevanten Märkten orientierten Basisbetrag ausrichtet. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssen jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten widerspiegeln.

685 Vgl. RPW 2009/2, 157 Rz 98, Sécateurs et cisailles und die Erläuterungen SVKG (Fn 680), S. 3. 686 RPW 2009/2, 157 Rz 98, Sécateurs et cisailles; RPW 2008/3, 409 Rz 236, Publikation von Arznei- mittelinformationen. 687 BBl 2002 2022, 2038, Ziff. 2.1.4. 688 Z.B. RPW 2009/2, 157 Rz 99 ff., Sécateurs et cisailles. 689 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 672), Art. 49a KG N 58. 690 Z.B. RPW 2013/4, 613 Rz 943 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zü- rich.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 92 372. Die Umsätze der Verfahrensparteien in den Jahren 2011-2013 betragen:

Tabelle 6: Umsätze der Unternehmen 2011-2013 auf den relevanten Märkten

Umsätze (CHF) 2011 2012 2013

ASAG [...] [...] [...]

Autoweibel [...] [...] [...]

City-Garage [...] [...] [...]

Garage Gautschi [...] [...] [...]

373. Aufgrund der in der obigen Tabelle gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten gemäss Art. 49a Abs. 1 KG folgende Maximalsanktio- nen:

Tabelle 4: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF

Unternehmen Maximalsanktion (CHF)

ASAG [...]

Autoweibel [...]

City-Garage [...]

Garage Gautschi [...]

374. Auch bezüglich anderer Tatbestandsmerkmale kann sich die konkrete Berechnung der Pauschalsanktion nur insoweit an den Vorgaben der SVKG orientieren, als ein Nachweis von relevanten tatsächlichen Umständen überhaupt möglich ist. Dies gilt in besonderem Masse für allfällige erschwerende Umstände. Massgeblich ist damit vor allem, dass die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhal- tens bemessen wird.

B.5.2.2.1 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 375. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetra- ges je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>691</sup> Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

376. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzuläs- sig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als <sup>691</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG S. 2 f.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 93 wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objek- tive<sup>692</sup> Faktoren im Vordergrund. 377.

Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichti- gung

aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>693</sup>

378. Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktionen berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden haben, das unzulässige Verhalten abubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der AMAG IMPORT sowie die Selbstanzeige der AMAG sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

B.5.2.2.2 Erschwerende und mildernde Umstände 379. Nach Art. 5 und Art. 6 SVKG sind die erschwerenden und die mildernden Umstände zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

I. Erschwerende Umstände 380. Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG ist insbesondere als erschwerender Umstand zu betrachten, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat (Bst. a), mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist (Bst. b) oder die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonst wie zu behindern (Bst. c). Die Bezeichnung «insbesondere» weist darauf hin, dass die Aufzählung nicht als vollständig aufzufassen ist. 381. Nach Art. 5 Abs. 2 SVKG wird zusätzlich erhöhend berücksichtigt, wenn das Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet oder dabei eine führende Rolle gespielt hat (Bst. a) oder wenn das Unternehmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hat (Bst. b).

382. Wie obenstehend bereits erläutert (Rz 87), wurde ein grosser Teil der Organisation und der Umsetzung des «Projekt Repo 2013» von der Garage Gautschi übernommen. [Garage Gautschi] hat die Diskussion vom 10. Januar 2013 während der Tagung für Markenverantwortliche und Geschäftsführer autorisierter VW-PW-Betriebe und die Idee des «Projekt Repo 2013» für die anderen Teilnehmer zusammengefasst (Rz 19 f.), die Teilnehmer angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen (Rz 20, 23) und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (u.a. auch den 6. Februar 2013) unterbreitet (Rz 24). [Garage Gautschi] schlug ausserdem vor, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am «Projekt Repo

<sup>692</sup> D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139. <sup>693</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 94 2013» einzuladen (Rz 25). Er sorgte auch dafür, [Name] (ASAG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend war, über die vereinbarte Konditionenliste und das weitere Vor- gehen zu informieren (Rz 26). Zudem ist [Garage Gautschi] Autor der Präsentation (Rz 34 ff. und 66), was ihn als wichtigen Urheber des «Projekt Repo 2013» auszeichnet. Die Frage, ob die Tatbestandelemente von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG erfüllt sind, kann vorliegend offen ge- lassen werden. Die oben erwähnten Elemente beweisen allerdings, dass der Garage Gaut- schi eine bedeutendere Rolle bei der Abrede zukam als den übrigen Unternehmen.

383. Da vorliegend eine Pauschalsanktion ausgesprochen wird, kann der Erhöhungsbetrag nicht exakt beziffert werden. Der Umstand, dass die Garage Gautschi eine wichtige Rolle im vorliegenden Wettbewerbsverstoss gespielt hat, ist aber immerhin erschwerend für die ge- nannte Verfahrenspartei zu berücksichtigen (vgl. Rz 392). 384. Zwar waren die «Kontrolle» für eine «konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens» und die Massnahmen bei «Verfehlungen» bereits bei der Vorbereitung des «Projekt Repo 2013» ein Thema (Rz 23) und wurde in der Präsentation auch festgehalten, dass bei Verfeh- lungen «eine zwingende und volle Transparenz gegenüber den beteiligten Händlern» gelte (Rz 44). Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unterneh- men Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hätten. Daher rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrag aufgrund des Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG vorliegend nicht.

II. Mildernde Umstände 385. Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG) und Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wett- bewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. b SVKG).

386. Vorliegend kommen diese Umstände nicht in Betracht. Einerseits haben alle Parteien eine aktive Rolle in dem «Projekt Repo 2013» gespielt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass alle Parteien die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer verteilt haben (siehe Rz 46). Andererseits hat nur die kurze Dauer des «Projekt Repo 2013» die Umsetzung der allfälligen Vergel- tungsmassnahmen nicht ermöglicht.

387. Aus diesen Gründen kommt eine Verminderung des Sanktionsbetrages nicht in Be- tracht.

### B.5.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

388. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein,<sup>694</sup> was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist. Die pauschale Sanktionierung wahrt tatsächlich unter Berücksichtigung aller ge- nannten Umstände den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, denn sie ist damit geeignet, erfor- derlich und zumutbar. Dies nicht nur, weil mittels der Pauschalsanktion berücksichtigt wird, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde, sondern auch, weil die vorliegend berechnete Pauschalsanktion für die betroffenen Unternehmen auch fi- nanziell tragbar ist. 389. Die ASAG macht geltend, dass sie [...] und dass sie [...]. Aus diesem Grund sei die Sanktion für die ASAG nicht tragbar.<sup>695</sup> Weder belegt sie aber diese Aussagen noch erklärt sie, inwiefern die vorliegend berechnete Pauschalsanktion ihre Wettbewerbs- und Existenz- fähigkeit konkret bedrohen solle.

694 Siehe dazu ausführlicher RPW 2009/3, 218, Rz 150 m.w.H.,  
Elektroinstallationsbetriebe Bern. 695 Act. 403, Rz 139.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 95 B.5.3 Ergebnis 390. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände (Dauer und Schwere) und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi wie folgt zusammenfassen:696

Tabelle 7: Sanktionsbeträge für die einzelnen Parteien

Unternehmen Maximalsanktion (CHF) Sanktion (CHF)

ASAG [...] [10'000–320'000]

Autoweibel [...] [10'000–320'000]

City-Garage [...] [10'000–320'000]

Garage Gautschi [...] [10'000–320'000]

391. Die oben erwähnten Sanktionsbeträge spiegeln die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den Parteien hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten und der Maximalhöhe der Sanktion wieder (vgl. Rz 370). Sie wurden auf der Basis der Pauschalsanktion der ASAG verhältnismässig festgestellt. Diese wurde wie folgt berechnet:

■ Die Obergrenze des Basisbetrages von der ASAG beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den die ASAG in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat und zwar CHF [...].– Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.697

■ Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerbsverstoss nur kurz gedauert hat, mindestens vom 28. März 2013 bis am 3. April 2013 (drei Tage, vgl. Rz 55 und 370), wurde dieser Betrag durch 365 Tage geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert, was rund einen Betrag von CHF [10'000–320'000].– ergibt und den Sanktionsbetrag der ASAG darstellt.

392. Zudem wurde die wichtige Rolle der Garage Gautschi in dem Wettbewerbsverstoss als erschwerende Umstand berücksichtigt (vgl. Rz 382 f.) und entsprechend ihre Pauschalsanktion mit einem zusätzlichen Betrag von CHF [...].– erhöht.

696 Die Grössenverhältnisse der einzelnen Sanktionen sind entsprechend der Ausführungen in Rz 370 anhand der Umsätze, welche die Verfahrensparteien in den letzten drei Jahren erzielten, näherungsweise abzuleiten. 697 RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 ff. m. w. H., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2012/3, 586, Rz 363, BMW; RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung der WEKO vom 20 August 2012 in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision. Vgl. auch Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 C 210 vom 1.9.2006, S. 2 ff., Rz 13.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 96 C Kosten 393. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG698 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

394. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde<sup>699</sup>. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

395. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleicher Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>700</sup> Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allg-GebV<sup>701</sup>).

396. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird<sup>702</sup>. 397. Vorliegend besteht demnach eine Gebührenpflicht der Parteien, da, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nachgewiesen wurden.

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

399. In der Vorabverfügung vom 8. August 2014 (vgl. Rz 110 ff.) wurden die Gebühren der AMAG anteilmässig und aufgrund des Verursacherprinzips auferlegt worden.<sup>703</sup> So wurden die effektiv verursachten Verfahrenskosten bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR zu einem Fünftel der AMAG auferlegt und ab diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss des Verfah-

698 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 699 BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario. 700 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 701 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1). 702 BGE 128 II 247, 257 f.

E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, Gaba/WEKO. 703 Act. 289, S. 6 f.

22-00022/COO.2101.111.3.146422 97 rens gegenüber der AMAG diejenigen Kosten der AMAG auferlegt worden, welche direkt mit Bezug auf sie entstanden sind.<sup>704</sup> Diesem Umstand wird nachfolgend Rechnung getragen. <sup>400</sup>. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–.

a. Bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG <sup>401</sup>. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG beläuft sich auf insgesamt 1'036.45 Stunden. Die Verfahrenskosten bis zu diesem Zeitpunkt betragen gesamthaft CHF 190'602.–.<sup>705</sup> <sup>402</sup>. Ein Fünftel dieses Betrages, CHF 38'120.–, wurde mit der Vorabverfügung der AMAG auferlegt.<sup>706</sup> Die übrigen vier Fünftel, CHF 152'482.–, werden somit den Parteien anteilsmässig auferlegt.

b. Ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der EVR

<sup>403</sup>. Zum ersten Betrag der Verfahrenskosten werden diejenigen Gebühren hinzugerechnet, die den Parteien bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens entstanden sind. Der Zeitaufwand für die vorliegende Untersuchung ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der EVR mit der AMAG beläuft sich auf insgesamt 579.33 Stunden. Die Verfahrenskosten ab diesem Zeitpunkt betragen gesamthaft CHF 100'671.–. <sup>404</sup>. Die gesamte Gebühr für die Parteien beträgt demnach CHF 253'153.–.

<sup>405</sup>. Die ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV707) betragen je Unternehmen CHF 63'288.25.–.

D Ergebnis <sup>406</sup>. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: <sup>407</sup>. Die Vereinbarung von einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen AMAG, ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi und die Durchführung von regionalen Stammtischen des VPVWs zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellt 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 (vgl. Rz 220 ff. und 244). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 288). Die Abrede beeinträchtigt den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 340). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG liegen keine vor (vgl. Rz 349). Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 350 f.).

<sup>408</sup>. Die ASAG, Autoweibel, City-Garage und Garage Gautschi sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 352 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 390

<sup>704</sup> Act. 289, S. 7. <sup>705</sup> Idem. <sup>706</sup> Act. 289, S. 7. <sup>707</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

22-00022/COO.2101.111.3.146422 98 f.): ASAG CHF [10'000–320'000].–, Autoweibel CHF [10'000–320'000].–, City-Garage CHF [10'000–320'000].–, Garage Gautschi CHF [10'000–320'000].–.

409. Mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 wurde die EVR vom 16. April 2014 zwischen dem Sekretariat und der AMAG genehmigt und das Verfahren gegenüber diesem Unternehmen abgeschlossen (vgl. Rz 110 ff.). Aufgrund ihrer Selbstanzeige wurde der AMAG keine Sanktion auferlegt (vgl. Rz 113).

410. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 408 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 393 ff.).

22-00022/COO.2101.111.3.146422 99 E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Asag Auto-Service AG, Autoweibel AG, City-Garage AG, St. Gallen und Garage Gautschi Holding AG wird untersagt,

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