

WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen---ford-credit-2021-05-10 vom 10. Mai 2021

WEKO, 2021-05-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen---ford-credit-2021-05-10

FR: WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen---ford-credit-2021-05-10 du 10 mai 2021

IT: WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen---ford-credit-2021-05-10 del 10 maggio 2021

Erwägungen

E. 3

Aufl. 2011, Art. 5 N 34. 461 Vgl. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 269), Art. 5 N 402. 462 BBl 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 441 Rz 1287. 463 Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 61), Art. 5 N 375. 464 Vgl. in dem Sinne RPW 2012/3, 660 Rz 34 ff., Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel. 465 Vgl. Berechnungsformel in Rz 76. 466 Zum Informationsaustausch über vertraglich vereinbarte Gebühren vgl. B.3.4. 467 RPW 2011/4, 589 Rz 429 f., ASCOPA.

111

nachgewiesen werden konnte –,468 ist hier eine umfassende Vergleichbarkeit der ausgetauschten Preisinformationen gegeben, weil beim Fahrzeugleasing die Informationen einzel- nen Fahrzeugklassen zugeteilt werden können und die Informationen so auch über Fahrzeug- marken hinweg gut vergleichbar sind.469 Zudem konnte für den vorliegenden Fall eine abgestimmte Verhaltensweise hinsichtlich dieser Preise nachgewiesen werden.470 405. Die abgestimmten Verhaltensweisen über Zinssätze, Restwerte und Gebühren sowie die Vereinbarung über die Gebühren bei MWST-Rückerstattungen sind somit als Preisabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren. 406. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Zinssätze, Restwerte oder Gebühren keine Preise im eigentlichen Sinne, sondern nur einen Preisbestandteil darstellten, würde dies nichts am Ergebnis ändern. Preisbestandteile werden ebenso von der Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG erfasst wie Preise, sofern sie für die Preissetzung nicht vernachlässigbar sind.471 Werden hingegen lediglich unbedeutende Preisbestandteile festgelegt, d. h. solche, die keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben und keinen oder nur einen sehr geringen Einfluss auf den Entscheidungsprozess der Konsumenten und Konsumentinnen haben, so fällt dieser Sachverhalt nicht unter den Vermutungstatbestand.472 Sowohl der Zins- satz als auch der Restwert haben vorliegend einen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe der zu entrichtenden Leasingraten. Auch Gebühren gehen unmittelbar als Preis zu Lasten der Lea- singnehmerinnen. Es liegen somit, selbst wenn die genannten Wettbewerbsparameter nicht als Preise im eigentlichen Sinne betrachtet werden sollten, zumindest gewichtige Preisbe- standteile vor, sodass auch in diesem Fall das Vorliegen von Preisabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu bejahen wäre. 407. Aus der Qualifikation als Preisabreden folgt, dass für die betroffenen Abreden über Zinssätze, Restwerte und Gebühren sowie über Gebühren bei MWST-Rückerstattungen die Vermutung greift, dass eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegt. C.6.8.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 408. Die Vermutung der Beseitigung des

wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. C.6.8.2.1 Relevanter Markt 409. Zur Prüfung der Marktverhältnisse wird vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁴⁷³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen

468 RPW 2011/4, 588 Rz 425 ff., ASCOPA. 469 Vgl. dazu Rz 419 f. 470 Vgl. C.6.3.2. 471 BBl 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4; ANDREAS HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2017, 121–145, 132 f. 472 Vgl. Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23.9.2014 E. 5.4.22 m. w. H., Siegenia-Aubi AG/WEKO. 473 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVerG 2C.75/2014 vom 28.1.2015 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer.

112

Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁴⁷⁴ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.⁴⁷⁵ Daneben können auch quantitative Beurteilungsmethoden, wie der SSNIP-Test, herangezogen werden. Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁴⁷⁶ (i) Marktgegenseite 410. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist die Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Verfahrensgegenstand ist vorliegend der Informationsaustausch, insbesondere im Zusammenhang mit Leasingzinssätzen und weiteren preisrelevanten Parametern. Die aufgrund der Leasingzinsen entstehenden Kosten werden durch die Leasingnehmerinnen, sprich durch die Endkunden, getragen. Die nachfolgende Marktabgrenzung erfolgt deshalb aus Sicht der Endkunden. (ii) Sachlich relevanter Markt 411. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11. Abs. 3 Bst. a VKU⁴⁷⁷, analog). 412. Hierzu wird nachfolgend zuerst die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Leasingdienstleistungen dargestellt. Anschliessend wird aufgezeigt, inwiefern Captives bezüglich der Leasingkonditionen mit Non-Captives sowie anderen Captives in einem Konkurrenzverhältnis stehen. 1. Bisherige Praxis 413. Die Marktabgrenzung ist zwar in jedem Einzelfall vorzunehmen, die bisherige Praxis kann aber erste Hinweise dafür geben, wie die Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Im Rahmen früherer Beurteilungen von Zusammenschlussvorhaben hat die WEKO innerhalb eines Gesamtmarktes Finanzdienstleistungen verschiedene Teilmärkte identifiziert, die allenfalls noch weiter zu segmentieren sind. Innerhalb des Teilmarktes für Leasing hat sie mehrheitlich dazu tendiert, einen separaten Markt für das Fahrzeug-Leasing abzugrenzen.⁴⁷⁸ 414. Ford Credit bringt diesbezüglich vor, dass es eine Betrachtung von Captives als nicht zueinander in Konkurrenz stehende Unternehmen «gefestigter Praxis» der EU-Kommission entsprechen würde. Hierfür wird in erster Linie ein Entscheid der

EU-Kommission⁴⁷⁹ herangezogen. Der Fall PEUGEOT / BNP PARIBAS / OPEL VAUXHALL FINCOS behandelt jedoch in

474 DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 264), Art. 4 Abs. 2 N 16; BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18, 33 f. E. 7.3.1, Buchpreisbindung. 475 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO. 476 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO. 477 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 478 Vgl. hierzu RPW 2015/1, 88 f. Rz 12, Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; letzterer Entscheid verweist auf: RPW 2012/1, 121 Rz 17 ff., Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA i. V. m. RPW 2009/1, 68 Rz 58 ff., BNP Paribas/Entités Fortis SA und RPW 2007/1, 83 Rz 19 ff., Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A. 479 Entscheid der EU-KOMM, M.8460 vom 8.8.2017, PEUGEOT / BNP PARIBAS / OPEL VAUXHALL FINCOS.

113

keinem relevanten Umfang den Bereich Leasing: Leasing wird nur an zwei Stellen⁴⁸⁰ im Rahmen von allgemeinen Ausführungen, mit Verweis auf die vorherige Praxis der EU-Kommission erwähnt, wonach innerhalb des Bereichs Leasing eine Betrachtung eines Teilmarktes für Fahrzeug-Leasing denkbar wäre. Die konkreteren Marktbehandlungen betreffen explizit den separaten Bereich des «motor vehicle lending», d. h. eine Kreditfinanzierung von Fahrzeugen. Auch schon deshalb ist dieser Entscheid für die vorliegende Problematik, wenn überhaupt, nur beschränkt heranzuziehen. Auch wurde die Marktabgrenzung, wie immer bei Phase I-Prüfungen, schlussendlich explizit offengelassen. Derselbe Zusammenschluss wurde im Übrigen auch durch die WEKO im Rahmen einer vorläufigen Prüfung analysiert. Hierbei wurde von einem sachlich relevanten Markt für Automobil-Leasing ausgegangen.⁴⁸¹ Auch die Darstellung des Entscheids der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 i. S. INTESA / CAPITALIA / IMI INVESTIMENTI / UNICREDITO / FIDIS RETAIL durch Ford Credit ist entsprechend nicht einschlägig: So betrifft auch dieser Entscheid den Bereich von Konsumkrediten zwecks Finanzierung vom Kauf von Automobilen.⁴⁸² Sodann wird auch in diesem Entscheid explizit festgehalten, dass die entsprechende Fragestellung aufgrund der vorgenommenen Marktanalyse nicht abschliessend beantwortet werden kann und dementsprechend offen gelassen wird.⁴⁸³ 415. Hingegen ist auch die EU-Kommission im Automobil-Bereich sowohl vor, als auch nach dem PEUGEOT / BNP PARIBAS / OPEL VAUXHALL FINCOS-Entscheid von einem Markt für Leasing, allenfalls unterteilt in Operating Leasing versus Financial Leasing, ausgegangen.⁴⁸⁴ Danach namentlich i. S. DAIMLER / BMW / CAR SHARING JV.⁴⁸⁵ Zuvor beispielsweise i. S. VOLKSWAGEN FINANCIAL SERVICES / DIETEREN / VOLKSWAGEN DIETEREN FINANCE JV.⁴⁸⁶ 416. Zusammenfassend entspricht eine Betrachtung eines sachlich relevanten Marktes für Fahrzeugleasing der einschlägigen Praxis der WEKO sowie der EU-Kommission. 2. Konkurrenzverhältnis zwischen Captives und Non-Captives 417. Endkunden haben – unabhängig von der Marke des Leasing-Fahrzeugs – immer die Möglichkeit, beim Leasing zwischen den Angeboten der jeweiligen Captives und den verschiedenen Non-Captives zu wählen. So sind die grundlegenden Dienstleistungen und Rahmenbedingungen hinsichtlich des Leasings von Captives weitestgehend vergleichbar mit denjenigen von Non-Captives. Bei Konkurrenzanalysen seitens der Captives wurden Vergleiche mit den Konditionen von Non-Captives regelmässig vorgenommen. Das Bestehen eines Konkurrenz-

480 Entscheid der EU-KOMM, M.8460 vom 8.8.2017, Rz 15 und 17, PEUGEOT / BNP PARIBAS / OPEL VAUXHALL FINCOS. 481 Vgl. RPW 2017/4, 575 Rz 18 m. w. H., Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos. 482 «[...] quello del credito al consumo per il finanziamento dell'acquisto di autoveicoli [...]», siehe Entscheid der EU-KOMM, M.3067 vom 25.4.2003, Rz 45, INTESA / CAPITALIA / IMI INVESTIMENTI / UNICREDITO / FIDIS RETAIL. 483 «L'analisi di mercato svolta dalla Commissione non ha in ogni modo fornito risposte univoche riguardo alla questione in esame, e pertanto non permette di dare una risposta definitiva al problema se gli operatori "captive" e "merchant" competano o meno nello stesso mercato. La concentrazione notificata viene pertanto esaminata nei vari scenari possibili.», siehe Entscheid der EU-KOMM, M.3067 vom 25.4.2003, Rz 45, INTESA / CAPITALIA / IMI INVESTIMENTI / UNICREDITO / FIDIS RETAIL. 484 Wobei das vorliegend betrachtete Fahrzeugleasing gemäss der Definition der EU-Kommission einem «Operating Leasing» entspricht. 485 Entscheid der EU-KOMM, M.8744 vom 7.11.2018, Rz 83 f. m. w. H., DAIMLER / BMW / CAR SHARING JV. 486 Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.6436 vom 20.12.2011, Rz 15–31 m. w. H., VOLKSWAGEN FINANCIAL SERVICES / DIETEREN / VOLKSWAGEN DIETEREN FINANCE JV.

115

421. Diese E-Mail zeigt auf, dass die Captives (in casu Ford Credit) selber in ihrer Konkurrenzanalyse nicht zwischen Captives und Non-Captives unterschieden haben und die Angebote der anderen Captives massgebend für das eigene Marktverhalten waren. 422. Ein weiteres Beispiel eines Konkurrenzvergleichs hinsichtlich Leasingkonditionen der Captives ist eine von Ford Credit im Jahr 2010 erstellte «Competitive Overview», welche bei Ford Credit sowohl für die Marke Ford als auch für die Marke Volvo verwendet wurde. 489 Dieses Dokument enthält detaillierte Angaben zu modellspezifischen Sonderzinssätzen der anderen Captives:

Abbildung 88: Quelle: [...] (Excel-Datei «Leasing Offers Competitive OverviewQ4 2010.xls»). 423. Vor diesem Hintergrund kann – spiegelbildlich zur Situation auf den Produktmärkten für Automobile⁴⁹⁰ – von einem Konkurrenzverhältnis zwischen Captives verschiedener Marken ausgegangen werden. Dass hinsichtlich von Leasingkonditionen ein eigentlicher Interbrand-Wettbewerb herrscht zeigt sich auch schon allein aufgrund der Tatsache, dass Leasingkonditionen und insbesondere konkrete (Sonder-)Zinssätze in Rahmen von Promotionsaktivitäten prominent beworben werden. Solche Werbung unter Nennung konkreter (Sonder-)Zinssätze zielt gerade darauf ab, die Endkunden zum Kauf eines Fahrzeugs beispielsweise von Ford anstatt von Volkswagen zu bewegen. Diesbezüglich hält auch Ford Credit in der Stellungnahme explizit fest, dass von ihr erwartet werde, dass sie den Absatz ihrer Fahrzeuge mit attraktiven Angeboten für die Kunden fördere. Dies spricht im Übrigen auch gegen die ebenfalls von Ford Credit in der Stellungnahme vorgebrachte These, wonach die Leasingkonditionen im Wesentlichen erst nach dem Entscheid für ein Fahrzeug und dem entsprechenden Fahrzeugpreis von Relevanz sind. 424. Auch der Inhalt des Informationsaustausches selbst spricht gegen die Behauptung, Captives würden lediglich gegenüber Non-Captives als Konkurrenten auftreten. Schliesslich würde es der wirtschaftlichen Logik widersprechen, mit einem erheblichen Aufwand einen Austausch über Preise und Konditionen aufrechtzuerhalten, obwohl die Beteiligten nicht in einem Konkurrenzverhältnis zueinanderstehen.

489 Vgl. hierzu Rz 274 ff. 490 Vgl. Ziff. 6 der Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek), <www.weko.admin.ch> > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen (8.5.2020); vgl. RPW 2012/3, 559 ff. Rz 173 ff., BMW, bestätigt durch Urteil des BVGer B- 2157/2006 vom 13.11.2015 E. 7, Bayerische Motoren Werke AG/WEKO.

116

425. Schliesslich lässt die diesbezügliche Argumentation von Ford Credit ausser Acht, dass Art. 5 Abs. 3 KG für Unternehmen gilt, die «[...] tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen». Selbst bei Berücksichtigung des Arguments, dass Captives aktuell nicht miteinander im Wettbewerb stünden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese ihr Geschäftsmodell relativ kurzfristig ändern und auch Leasings von gruppenfremden Fahrzeugen finanzieren könnten. Es gibt keine Schranken oder Hindernisse, welche sie daran hindern, das Geschäftsmodell auszuweiten, wie dies bei einem Teil der Captives bereits der Fall ist: So finanzieren gewisse Captives Occasionsfahrzeuge aller Marken.⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund ist auch eine Segmentierung des Marktes in Neufahrzeuge sowie Occasionsfahrzeuge nicht angezeigt. Eine derartige Segmentierung würde auch nichts am Ergebnis der vorliegenden Verfügung ändern, zumal der Informationsaustausch die bei Occasionsfahrzeugen, namentlich auch bei Ford Credit, typischerweise zur Anwendung kommenden Standardzinssätze umfasste. Auch die Preisbestandteile betreffend Gebühren und Restwerte kommen bei Occasionsfahrzeugen gleichermassen wie bei Neufahrzeugen zur Anwendung. 426. Auch eine Segmentierung des Leasingmarktes in verschiedene Teilmärkte für jeweils unterschiedliche Fahrzeugklassen wäre, analog zur praxisgemässen Einteilung nach Fahrzeugklassen in den entsprechenden Produktmärkten, denkbar. So ging die WEKO in ihrer Praxis zu Personenwagen nicht von einem Gesamtmarkt aus, sondern vielmehr von einer Unterteilung in unterschiedliche Märkte nach Fahrzeugklassen wie «Kleinwagen», «untere Mittelklasse» und «Luxusklasse».⁴⁹² Auch die Captives betrachten bei konkreten Konkurrenzvergleichen teilweise nur konkurrierende Marken innerhalb bestimmter Marktsegmente.⁴⁹³ Da der Informationsaustausch allerdings sämtliche Fahrzeugklassen betraf, erübrigt sich im vorliegenden Fall eine weitergehende Segmentierung. 427. Zusammengefasst sind Captives – zumal sich die durch sie vertretenen Fahrzeugmarken auf den Automobilmärkten bezüglich der Preise für Fahrzeuge ebenfalls konkurrenzrenn – hinsichtlich der Höhe der vorliegend betrachteten Leasingzinssätze, Restwerte und Gebühren dem Wettbewerb zwischen den jeweiligen Fahrzeugmarken ausgesetzt und dementsprechend als Konkurrenten zu betrachten.

E. 4

Schlussfolgerungen zum sachlich relevanten Markt 428. Zusammenfassend kann von einem sachlich relevanten Markt für Automobilleasing ausgegangen werden, welcher die Leasing-Dienstleistungen sowohl von Captives als auch von Non-Captives umfasst. (iii) Räumlich relevanter Markt 429. 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 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁴⁹⁴ 430.

Bezüglich des sachlich relevanten Marktes für Automobilleasing existieren nationale regulatorische Rahmenbedingungen, weil das Leasing von Fahrzeugen dem Konsumkreditgesetz unterstellt ist. So sind beispielsweise in Art. 11 KKG Anforderungen bezüglich Form

und Inhalt von Leasingverträgen festgelegt. Ein grenzüberschreitendes Leasing, d. h. von Leasing- gesellschaften mit Sitz im Ausland für Fahrzeuge in der Schweiz, findet nicht statt. Sowohl

491 [...]. 492 Vgl. RPW 2012/3, 559 ff. Rz 173 ff., BMW. 493 [...]. 494 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m. w. H., Publigroupe SA et al./WEKO.

117

Captives als auch Non-Captives sind – teilweise mit Hilfe von nationalen (Tochter-)Gesellschaften – ausschliesslich gegenüber Endkunden in der Schweiz tätig. Zudem bedingt auch die Betreuung von Händlern, wie bspw. die Beratung und individuelle Händlerbesuche, eine gewisse geographische Nähe. Umgekehrt ist innerhalb der Schweiz keine regionale Differenzierung hinsichtlich der Leasingkonditionen ersichtlich, was gegen eine weitere Unterteilung des räumlich relevanten Marktes spricht. Der räumlich relevante Markt ist daher, auch entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO⁴⁹⁵, national abzugrenzen. (iv) Fazit 431. Basierend auf den Erkenntnissen aus der vorliegenden Untersuchung kann vorliegend von einem nationalen Markt für Automobileasing, welcher Dienstleistungen sowohl von Captives als auch von Non-Captives umfasst, ausgegangen werden. C.6.8.2.2 Aussen- und Innenwettbewerb 432. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. 433. Basierend auf der oben vorgenommenen Abgrenzung des relevanten Marktes kann festgehalten werden, dass die Captives in Konkurrenz mit den Non-Captives stehen, welche nicht am untersuchten Informationsaustausch teilgenommen haben. Letztere machen einen nicht vernachlässigbaren Anteil am vorliegend betrachteten Markt aus und bieten ihre Dienstleistungen für Fahrzeuge aller Marken an. Es besteht daher Aussenwettbewerb in der Form aktueller Konkurrenz durch die Non-Captives. 434. Aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden. C.6.8.3 Zwischenergebnis 435. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann aufgrund des Wettbewerbs durch die Non-Captives widerlegt werden. Es gilt daher zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt. C.6.9 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 436. 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). 437. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁴⁹⁶ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.⁴⁹⁷ Mit anderen Wor-

495 Vgl. RPW 2017/4, 575 Rz 18 m. w. H., Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos. 496 BGE 143 II 297, 324 E. 5.1, Gaba; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.1, BMW; zuletzt Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Rz 131, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, <www.weko.admin.ch> > Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 497 BGE 143 II 297, 324 E. 5.5, Gaba.

118

ten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁴⁹⁸ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb auswirken. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁴⁹⁹ 438. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die von Ford Credit und den übrigen Captives praktizierten abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren sowie die Vereinbarung über Gebühren bei MWST-Rückerstattungen Preisabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen. Diese Abreden können wegen der Gesamtumstände, namentlich aufgrund der Marktabdeckung der Captives sowie der umfassenden Preisabreden über Zinssätze, Restwerte und Gebühren nicht als Bagatelle qualifiziert werden. C.6.10 Zwischenergebnis 439. Es liegen – im Rahmen der Gesamtabrede – den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Ford Credit und den übrigen Captives zu Zinssätzen, Restwerten und Gebühren im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a i. V. m. Abs. 1 KG sowie eine Vereinbarung zwischen Ford Credit und den anderen Captives zu Gebühren bei einer MWST-Rückerstattung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a i. V. m. Abs. 1 KG vor. 440. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. C.6.11 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 441. 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. 442. Aus Art. 5 Abs. 2 lit. a KG geht hervor, dass die Abrede notwendig gewesen sein muss, damit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Bei Marktinformationssystemen müssen die ausgetauschten Daten in Bezug auf ihre Charakteristika so beschaffen sein, «dass sie nur mit den Risiken verbunden sind, die im Hinblick auf die Verwirklichung der geltend gemachten Effizienzgewinne unerlässlich sind».⁵⁰⁰ Selbst wenn im vorliegenden Fall ein Informationsaustausch zu einer Steigerung der Effizienz hätte führen können, so wäre ein solcher Effekt bereits mit aggregierten Daten möglich gewesen.⁵⁰¹ Der praktizierte Informationsaustausch war in dieser Form daher nicht notwendig. Es sind auch

498 BGE 143 II 297, 315 E. 5.2, Gaba; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 530 f. E. 3.1, Siegenia-Aubi AG/WEKO; zuletzt Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Rz 131, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, <www.weko.admin.ch> > Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 499 BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2, Gaba; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.2, BMW; zuletzt Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Rz 131, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, <www.weko.admin.ch> > Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 500 EU-Horizontalleitlinien (Fn 289), Rz 101. 501 Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, 2004, 152.

119

keine weiteren Effizienzgründe ersichtlich, welche üblicherweise mit prokompetitiven Informationsaustauschen erreicht werden können. So handelt es sich insbesondere nicht um ein Kostenbenchmarking, welches es den Unternehmen erlaubt hätte, ihre Kosten zu

optimieren. 443. Die vorliegende Prüfung ergibt, dass keine Rechtfertigungsgründe für die Preisabreden zwischen den Captives ersichtlich sind. C.6.12 Ergebnis 444. Mangels Rechtfertigung aus Effizienzgründen sind die Preisabreden zwischen Ford Credit und den übrigen Captives in Form abgestimmter Verhaltensweisen hinsichtlich Zinssätze, Restwerte und Gebühren sowie in Form einer Vereinbarung über Gebühren bei Rückerstattungen der MWST unzulässig nach Art. 5 Abs. 3 lit. a i. V. m. Abs. 1 KG. C.7 Massnahmen 445. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer EVR. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 446 f.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 450 ff.). C.7.1 Anordnung von Massnahmen 446. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁵⁰² 447. Aus den Erwägungen resultiert, dass Ford Credit zwischen Juli 2006 und März 2014 im Rahmen einer Gesamtabrede an einem Informationsaustausch teilgenommen hat. Dieser Informationsaustausch betraf insbesondere Preisabreden in Form abgestimmter Verhaltensweisen bezüglich Zinssätzen, Restwerten und Gebühren respektive in Form einer Vereinbarung über die Gebühren bei MWST-Rückerstattungen. 448. Ford Credit wird untersagt, sich mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Restwerte, und Gebühren in einer unzulässigen Weise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG auszutauschen (vgl. C.6.3 und C.6.4). 449. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁵⁰³

502 RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., Tunnelreinigung; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 61), Art. 30 N 58 f. 503 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multi-pay/WEKO; Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3.10.2007 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO.

120

C.7.2 Sanktionierung C.7.2.1 Allgemeines 450. 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 besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁵⁰⁴ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁵⁰⁵ 451. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK⁵⁰⁶ und Art. 30 bzw. 32 BV⁵⁰⁷ sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁵⁰⁸ C.7.2.2

Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 452. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllen. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet.

C.7.2.2.1 Unternehmen 453. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.⁵⁰⁹ 454. Ford Credit hat sich an den festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt und war zum Tatzeitpunkt als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG zu qualifizieren (vgl. Rz 216). C.7.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 455. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede 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

504 Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff., insbesondere 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 505 BBl 2002 2022, 2034 Ziff. 2.1.1. 506 Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK; SR 0.101). 507 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101). 508 BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 14, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 12, Gebro/WEKO. 509 Statt vieler: OFK KG-BORER (Fn 460), Art. 49a N 6.

121

die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁵¹⁰ Nicht massgebend für die Frage der Sanktionierbarkeit ist, ob die unzulässigen Abreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben.⁵¹¹ 456. 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 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 Wettbewerb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.⁵¹² Das Bundesgericht hat in seinem Urteil Gaba⁵¹³ die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt, wonach auch solche Abreden direkt sanktionierbar sind.⁵¹⁴ 457. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. C.7.2.3 Vorwerfbarkeit 458. Gemäss der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵¹⁵, welcher das Bundesverwaltungsgericht gefolgt ist⁵¹⁶, 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.⁴⁵⁹ Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine

510 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 23–68, 34. 511 BGE 143 II 297, 337 ff. E. 9, Gaba. 512 BBl 2002 2022, 2037 Ziff. 2.1.3; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 61), Art. 49a N 6 ff. m. w. H. 513 BGE 143 II 297, Gaba. 514 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 B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 14.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 13.1, Gebro/WEKO. 515 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2 (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 B-2157/2006 vom 3.10.2007 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., insbesondere Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2007 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. 516 Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 14.3.5, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 13.2.5, Gebro/WEKO.

122

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.⁵¹⁷ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden 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.⁵¹⁸ 460. Die Untersuchung ergab, dass die Mitarbeitenden von Ford Credit, welche an den Captive-Meetings teilgenommen haben und die mittels des Informationsaustausches erlangten Informationen erhielten, Kadermitglieder waren. So haben seitens Ford Credit insbesondere die Herren [...] (vormaliger [...], [...]) [...] des Unternehmens) und [...] [...] an den Captive-Meetings sowie an den weiteren Informationsaustauschen bzw. an der Vereinbarung zwischen den Captives teilgenommen.⁴⁶¹ Dass sich die seitens Ford Credit Beteiligten einer zumindest kartellrechtlich heiklen Verhaltensweise bewusst waren, zeigt sich insbesondere darin, dass diese auch nach dem Rückzug von [...] aus den Captive-Meetings – welcher erklärermassen vor dem Hintergrund kartellrechtlicher Bedenken erfolgte – ⁵²⁰ weiterhin am vorliegenden Informationsaustausch teilnahmen. Zudem war Ford Credit auch an der Löschung von

Protokollen⁵²¹ direkt beteiligt. Ein (Eventual-)Vorsatz bezüglich der vorgenommenen Handlungen ist daher in Bezug auf Ford Credit ohne Weiteres zu bejahen. 462. Schliesslich ist festzuhalten, dass Ford Credit in ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2021 bezüglich der Vorwerfbarkeit – wie auch im Zusammenhang mit der Sanktionierbarkeit im Allgemeinen sowie der konkreten Sanktionsbemessung – geltend macht, dass hierbei eine Praxisänderung seitens der WEKO zu berücksichtigen sei, dies insbesondere gegenüber der Untersuchung i. S. «ASCOPA» und führt hierzu generell aus, dass die WEKO praxismässig Informationsaustausche nicht unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG betrachten würde. Hierzu ist festzuhalten, dass die vorliegend betrachtete Verhaltensweise bereits im Juli 2006 aufgenommen wurde, die Verfügung i. S. «ASCOPA» jedoch erst Ende 2011 erlassen wurde. Eine präjudizielle Wirkung dieses Entscheides auf den vorliegenden Sachverhalt kann somit bereits von vornherein grösstenteils ausgeschlossen werden. Aber auch bei einer näheren Betrachtung der Verfügung i. S. «ASCOPA»^w erweist sich die seitens Ford Credit dargelegte Sichtweise als falsch: So werden darin eine Reihe an für den damals vorliegenden Fall relevanten Entscheiden der WEKO aufgeführt, welche nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG als sanktionierbar betrachtet wurden,⁵²² darunter auch solche betreffend Informationsaustausche⁵²³ sowie einschlägige Fälle von Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV aus der EU-Praxis⁵²⁴. Darüber hinaus wurde ausgeführt, weshalb im damals vorliegenden Einzelfall lediglich von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1

517 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m. w. H., SIX/DCC. 518 Vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2007 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. 519 Vgl. Rz 102. 520 Vgl. Rz 93. 521 Vgl. Rz 97. 522 Vgl. RPW 2011/4, 586 f. Rz 411–419, ASCOPA. 523 Darunter RPW 2004/3, 726 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B sowie RPW 2012/3, 615 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen. 524 Vgl. RPW 2011/4, 587 Rz 420, ASCOPA.

123

KG auszugehen sei.⁵²⁵ Dementsprechend wurde auch explizit nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörden zukünftig den Austausch sensibler Informationen als Preisabrede qualifizieren könnten.⁵²⁶ Zusammenfassend stossen somit sämtliche Vorbringen von Ford Credit im Zusammenhang mit einer angeblichen Praxisänderung seitens der WEKO ins Leere. C.7.2.4 Bemessung 463. 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, angemessen zu berücksichtigen ist. 464. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁵²⁷ näher präzisiert (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁵²⁸ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten

Grenzen festzulegen ist.⁵²⁹ C.7.2.4.1 Konkrete Sanktionsberechnung 465. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i) Basisbetrag 466. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 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 vorangingen.⁵³⁰ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

525 Vgl. RPW 2011/4, 588 f. Rz 425–430, ASCOPA. 526 Vgl. RPW 2011/4, 589 Rz 430, ASCOPA. 527 Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5). 528 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli's Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a KG N 14; sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 529 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 530 In diesem Sinne auch 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

124

1. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 467. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Vorliegend wird auf die seitens Ford Credit in den Geschäftsjahren 2011 bis 2013 erzielten Umsätze auf dem vorliegend betrachteten relevanten Markt abgestellt. 468. Für die Sanktionsberechnung werden die von Ford Credit auf dem nationalen Markt für Automobilleasing erzielten Zinsumsätze herangezogen, wobei dieser Markt konkret Leasingdienstleistungen für PKWs, leichte Nutzfahrzeuge und Occasionsfahrzeuge dieser Fahrzeugkategorien umfasst. Für die Sanktionierung werden sämtliche Aktivitäten von Ford Credit auf dem entsprechenden Markt herangezogen, dies unabhängig von der diese Aktivitäten betreffenden Automobilmarke.⁵³¹ Bezüglich des Vorbringens von Ford Credit in der Stellungnahme, wonach der Basisbetrag ohne Einbezug von Occasionsfahrzeugen berechnet werden sollte, kann auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung verwiesen werden.⁵³² 469. Basierend auf den oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit CHF [...]. 2. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 470. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.⁵³³ Es gilt deshalb zu prüfen, wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. 471. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es zu prüfen, wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu

qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁵³⁴ Faktoren im Vordergrund. 472. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung 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.⁵³⁵

20.08.2012, Rz. 326 und 332 m. w. H. in Fn 176, Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), <www.weko.admin.ch> > Aktuell > Letzte Entscheide (20.4.2020). 531 Vgl. hierzu Rz 6. 532 Vgl. hierzu Rz 425. 533 Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 34), 2 f (Erläuterung zu Art. 3 SVKG). 534 D. h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 127–150, 139. 535 Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 34), 3 (Erläuterung zu Art. 3 SVKG).

125

473. In der bisherigen Praxis haben sich die Wettbewerbsbehörden im Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen mit einem Informationsaustausch befasst und einen Basisbetrag von 7 % angesetzt.⁵³⁶ Allerdings hatte die WEKO in diesem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung bejaht. Eine solche liegt in casu nicht vor, was einen tieferen Basisbetrag von 5 % rechtfertigt. (ii) Dauer des Verstosses 474. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.⁵³⁷ 475. Die Erhöhung liegt innerhalb dieses Rahmens im Ermessen der WEKO und richtet sich nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf. Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner jüngeren Rechtsprechung bei Wettbewerbsverstössen, die länger als fünf Jahre andauern, grundsätzlich von gleichmässigen bzw. von wiederkehrenden über die Zeitachse auftretenden Auswirkungen aus. Daher sei in solchen Fällen eine lineare Erhöhung der Sanktion angebracht. Dies entspreche einer stufenweisen Erhöhung von 0,8333 % pro angefangenen Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde.⁵³⁸ 476. Wie erwähnt⁵³⁹ haben sich die Captives und damit auch Ford Credit im Juli 2006 darüber geeinigt, den monatlichen Informationsaustausch weiterzuführen. Es ist diesbezüglich festzuhalten, dass Ford Credit in der Stellungnahme vom 18. Februar 2021 vorgebracht hat, dass sie den Informationsaustausch bereits am 21. Januar 2014 und damit ca. zwei Monate vor der Untersuchungseröffnung am 10. März 2014 eingestellt habe. Diese Behauptung nimmt Bezug auf eine einzelne Zeile aus einer mehrseitigen handschriftlichen Notiz von Herrn [...] von Ford Credit anlässlich des 24. Captive-Meeting vom 21. Januar 2014, auf welcher geschrieben steht, «[...] Ford Credit zieht sich zurück.» Es ist jedoch in

keiner Weise ersichtlich, auf wen oder was sich dieses Satzfragment bezieht. Jedenfalls liegen, im Gegensatz zu den Rückzügen von [...] und [...],⁵⁴⁰ keinerlei Beweismittel für eine Einstellung der Verhaltensweise vor. Das Gegenteil ist der Fall: So hat Ford Credit am 4. März 2014 in einem E-Mail mit dem Betreff «AW: Leasing-Survey und Benchmark 03.2014» seinen aktuellen Beitrag zum aktuellen Leasing-Survey sowie Benchmark an [...] gesandt.⁵⁴¹ Darüber hinaus wurden bei Ford Credit die entsprechenden Excel-Tabellen für die Monate Januar bis März 2014 sichergestellt.⁵⁴² Was Ford Credit betrifft, hat der Austausch somit bis zum Tag der Hausdurchsuchungen (11./12. März 2014) angedauert, woraus folgt, dass Ford Credit für eine Dauer von 93 Monaten am Austausch teilgenommen hat. Dies führt dazu, dass der Basisbetrag um 77,5 % erhöht wird.

536 Vgl. RPW 2012/3, 650 f. Rz 325 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. 537 Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 34), 3 (Erläuterung zu Art. 4 SVKG). 538 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 755, Swisscom ADSL/WEKO. 539 Vgl. oben Rz 121 f. 540 Vgl. hierzu Rz 94–96. 541 [...]. 542 [...].

126

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände 477. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. 478. Erschwerende und mildernde Umstände sind nicht ersichtlich. So kann namentlich die seitens Ford Credit in der Stellungnahme vorgebrachte Einstellung der Verhaltensweise ca. zwei Monate vor Untersuchungseröffnung widerlegt werden, so dass keine Grundlage für eine Sanktionsreduktion gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG vorliegt. Bezüglich des seitens Ford Credit in der Stellungnahme vorgebrachten Argument, wonach die lange Verfahrensdauer als mildernder Umstand zu berücksichtigen sei, kann auf die entsprechenden vorherigen Ausführungen verwiesen werden.⁵⁴³ (iv) Maximalsanktion 479. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Im vorliegenden Fall wird die Maximalsanktion nicht erreicht. C.7.2.4.2 Verhältnismässigkeitsprüfung 480. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁵⁴⁴ Der im vorliegenden Verfahren festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Verfügungsadressatin tragbar. Anzeichen, dass sie durch die Sanktionen in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. C.7.2.5 Ergebnis 481. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen und unter Würdigung der Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO für Ford Credit eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 7'774'777.– für den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, als angemessen. C.7.3 Weitere Anordnungen/Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 482. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.⁵⁴⁵ Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten respektive Papiausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegen Ford Credit sowie aller Teilverfügungen betreffend die EVR gegenüber den anderen Untersuchungsadressatinnen kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten respektive gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt

der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original- Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben respektive die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

543 Vgl. hierzu Rz 55. 544 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m. w. H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. 545 Siehe Rz 16.

127

D Kosten 483. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁵⁴⁶ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren ver- ursacht hat. 484. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn auf- grund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Im vorliegenden Fall wird das Vorliegen einer unzulässi- gen Abrede bejaht, so dass eine Gebührenpflicht gegeben ist. 485. Sind wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in glei- chem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermange- lung besonderer Umstände, welche das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro- Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wird. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Prakti- kabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁵⁴⁷ Auch vorliegend werden die Gebühren den zum jeweiligen Zeitpunkt aktuellen Untersuchungsadressatinnen zu gleichen Teilen auf- erlegt. 486. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser rich- tet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausfüh- renden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall be- trauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. 487. In der Teilverfügung vom 26. Juni 2019 (vgl. Rz 34) wurden die Gebühren allen damali- gen Untersuchungsadressatinnen ausser Ford Credit anteilmässig und gestützt auf das Ver- ursacherprinzip auferlegt. So wurden die effektiv verursachten Verfahrenskosten bis zum Zeit- punkt des Erlasses der Teilverfügung je zu einem Neuntel den Untersuchungsadressatinnen ausser Ford Credit auferlegt. Diesem Umstand wird nachfolgend Rechnung getragen. Zudem ist in Bezug auf Ford Credit zu berücksichtigen, dass ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Teil- verfügung vom 26. Juni 2019 die Kosten nicht mehr unter den neun Untersuchungsadressa- tinnen aufzuteilen sind. Nach dem Gesagten sind die Kosten für Ford Credit wie folgt zu be- rechnen: a. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses der Teilverfügung vom 26. Juni 2019 488. Am Tag des Erlasses der Teilverfügung betragen die für das Verfahren «22-0446» be- nötigten Arbeitsstunden [...] Stunden, was einem Betrag von CHF [...] entspricht. Von diesen Kosten wurden acht Neuntel den Verfügungsadressatinnen der Teilverfügung, das heisst je CHF [...], auferlegt. Der übrige Neuntel, CHF [...], wird somit Ford Credit auferlegt, weil Ford Credit erst am Ende des EVR-Verfahrens aus diesem ausschied. Eine separate Ausscheidung der Kosten betreffend Ford Credit für den Zeitraum zwischen dem definitiven Ausscheiden aus dem EVR-Verfahren ist in mehrerlei Hinsicht nicht angezeigt: So hat Ford Credit das EVR-Verfahren gleichermassen wie die anderen damaligen EVR-Parteien mitverursacht. Zudem hat Ford Credit auch nach deren Ausscheiden aus dem EVR-Verfahren Kosten verursacht aufgrund von mit dem EVR-Verfahren direkt oder indirekt zusammenhängenden Verfahrenss- chritten, so beispielsweise im Zusammenhang mit der Bereinigung von

Geschäftsgeheimnissen sowie der Akteneinsicht vor Ort in die Selbstanzeigeakten. Auch ist festzuhalten, dass Ford Credit aufgrund der Zustellung des Antrags betreffend die Teilverfügung zur Kenntnis von der entsprechenden Kostenauflegung hatte. Schliesslich ist es keineswegs erwiesen,

546 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 547 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

128

dass eine individuelle Anrechnung des Aufwands betreffend Ford Credit für den betreffenden Zeitraum in einer tieferen Belastung resultieren würde. 489. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV⁵⁴⁸ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand beläuft sich vorliegend auf CHF [...] für die Hausdurchsuchungen. Von diesen Auslagen wurden den Verfügungsadressatinnen der Teilverfügung gesamthaft schon acht Neuntel, das heisst je CHF [...], auferlegt. Der übrige Neuntel, [...], wird somit Ford Credit auferlegt. b. Ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Teilverfügung vom 26. Juni 2019⁴⁹⁰. Zu den obigen Beträgen der Verfahrenskosten werden diejenigen Gebühren hinzuge-rechnet, die bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens gegenüber Ford Credit entstanden sind. Nicht erfasst werden hierbei insbesondere die aufgrund des durch FCA eingeleiteten Rechtsmittelverfahrens entstehenden Verfahrenskosten. Der Zeitaufwand für die vorliegende Untersuchung ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Teilverfügung beläuft sich auf insgesamt [...] Stunden. Die Verfahrenskosten ab Erlass der Teilverfügung betragen somit gesamthaft CHF [...]. c. Total der Verfahrenskosten⁴⁹¹. Demnach belaufen sich die Ford Credit zu auferlegenden Verfahrenskosten auf CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...] E Ergebnis⁴⁹². Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu fol-gendem Ergebnis: 493. Ford Credit nahm zwischen Juli 2006 und März 2014 im Rahmen einer Gesamtabrede an einem Informationsaustausch teil. 494. Dieser Informationsaustausch betraf insbesondere die Preiselemente Zinssätze, Restwerte und Gebühren, bezüglich deren Preisabreden in Form von drei abgestimmten Verhaltensweisen und einer Vereinbarung vorliegen. 495. Diese Verhalten stellen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i. V. m. Art.

E. 5

Abs. 3 lit. a KG über Preise im Automobilleasing dar (vgl. 0). 496. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden (vgl. C.6.8.2). 497. Diese Verhalten beeinträchtigen den Wettbewerb erheblich (vgl. C.6.9) und können nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden (vgl. C.6.11). 498. Es handelt sich somit um unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 KG (vgl. C.6.12). 499. Ford Credit wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, sich mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Restwerte, und Gebühren in einer unzulässigen Weise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG auszutauschen.

548 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

129

500. Ford Credit ist an diesen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie ist dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 450 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung von CHF 7'774'777.– angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 481). 501. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Ford Credit die Verfahrenskosten von CHF [...] zu tragen (vgl. Rz 491).

130

F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

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