

WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen-2019-06-26 vom 26. Juni 2019

WEKO, 2019-06-26, DE

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen-2019-06-26

FR: WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen-2019-06-26 du 26 juin 2019

IT: WEKO leasing-und-finanzierung-von-fahrzeugen-2019-06-26 del 26 giugno 2019

Erwägungen

E. 47

Ibidem.

E. 48

Da [...] erst ab 2012 an den Captive-Meetings teilgenommen hat, gelten nur die ersten drei Bullet Points für diese Verfügungsadressatin. Beim zweiten Bullet Point handelt es sich bei [...] nur um Vertragsabschlussgebühren.

16

56. 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 Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. 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.^{49 57.} Ob die Verfügungsadressatinnen solche Abreden getroffen haben und ob zwischen ihnen eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Erwägungen erörtert. C.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 58. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist dieses Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.^{50 59.} Wie noch aufgezeigt wird, tauschten die Verfügungsadressatinnen preisrelevante Informationen aus, und zwar insbesondere über die in der Schweiz angewandten Preise im Bereich des Leasings von Fahrzeugen. Der Sachverhalt hat demnach Auswirkungen auf den Schweizer Markt. 60. Auf Ausführungen zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden. C.2 Zuständigkeit 61. Die Verfügungskompetenz der WEKO ist in Art. 18 Abs. 3 KG, Satz 1 umfassend formuliert: Sie trifft alle Entscheide und erlässt alle Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. 62. Der Abschluss einer Untersuchung durch Genehmigung einer EVR stellt für die davon Betroffenen eine verfahrensabschliessende Anordnung dar, die grundsätzlich von der WEKO zu erlassen ist (Art. 18 Abs. 3 KG). Ausnahmsweise ist die Kammer für Teilverfügungen der WEKO für Vorabverfügungen zuständig, dies aber nur dann, wenn die Genehmigung einer EVR nur gegenüber einem Teil der Verfahrensparteien erfolgt (Art. 19 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Abs. 1 des GR-WEKO51). Vorliegend werden die EVR mit den Verfügungsadressatinnen genehmigt. Die Verfügungsadressatinnen umfassen jedoch lediglich acht von neun

Untersuchungs- adressatinnen, da Ford Credit keine EVR abgeschlossen hat. Aus diesem Grund ist die Kam- mer für Teilverfügungen der WEKO für den Erlass der vorliegenden Verfügung zuständig, während die Untersuchung gegen Ford Credit ordentlich fortgeführt und am Ende durch die WEKO abgeschlossen wird.

E. 49

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.

E. 50

RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-KG, Roger Zäch et al (Hrsg.), Zürich, 2018, Art. 2 N 55; BBl 1995 I, 468, 535. 51 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

17

C.3 Verfügungsadressatinnen 63. Wie bereits erwähnt haben folgende Unternehmen eine EVR abgeschlossen und bilden daher die Adressatinnen der vorliegenden Verfügung: AMAG Leasing, BMW Finanzdienstleis- tungen, FCA, Multilease, MBFS, Opel Finance, PFSU sowie RCI (vgl. oben Rz 14). C.4 Vorbehaltene Vorschriften 64. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Wa- ren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staat- liche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfül- lung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁵². Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetz- gebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 65. Die Verfügungsadressatinnen unterstehen dem Konsumkreditgesetz⁵³ und als Finanzin- termediäre im Sinne des GwG⁵⁴ auch der Finanzmarktaufsicht. 66. Diese Erlasse enthalten keine Bestimmungen, welche den Wettbewerb in den Bereichen Leasing und Fahrzeugfinanzierung ausschliessen würden. Allerdings führen die zahlreichen Regulierungen – namentlich im KKG⁵⁵ – zu einer weitgehenden Homogenität der Leasing- Dienstleistungen. 67. Im Weiteren wird ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 KG von den Verfügungsad- ressatinnen auch nicht geltend gemacht. C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede 68. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtferti- gen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzu- lässig (Art. 5 Abs. 1 KG). C.5.1 Wettbewerbsabrede 69. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinba- rungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). 70. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch fol- gende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der

⁵² Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E.3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2) Hors-Liste Medikamente/Pfizer. ⁵³ Vgl. Art. 1 f. KKG. ⁵⁴ Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinan- zierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0). ⁵⁵ Vgl. etwa Art. 11

Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung⁵⁶ und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig. 71. Bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europarechtsverträglichkeit gelegt.⁵⁷ Art. 4 KG entspricht denn auch zu weiten Teilen Art. 101 AEUV,⁵⁸ wie auch die Elemente der Teilnehmer einer Abrede (Unternehmen), der Formen einer Abrede (Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweisen) und die Folgen einer Abrede (eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken). Daher wird auch die europäische Rechtsprechung und Lehre für die nachfolgende Begründung herangezogen.⁵⁹ C.5.1.1 Abgestimmte Verhaltensweisen 72. Eine formelle vertragliche Grundlage für ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ist nicht notwendig. Einschlägig sind vielmehr abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen,⁶⁰ wobei sich diese durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen voneinander unterscheiden.⁶¹ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit der Vereinbarung sind unerheblich.⁶² 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.⁶³ 73. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ebenfalls als Wettbewerbsabreden, auch wenn es einem Unternehmen dabei an einem Bindungswillen fehlt. Gemäss der vom BVerG übernommenen konstanten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (nachfolgend: EuGH) handelt es sich bei einer abgestimmten Verhaltensweise um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen «die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt».⁶⁴ Diese

56 So etwa auch das Urteil des BVerG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, Paul Koch AG/WEKO. 57 Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I, 468, 495. 58 Art. 101 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 326 vom 26.10.2012 S. 47. 59 Für das Verhältnis des schweizerischen und europäischen Rechts siehe Verfügung der WEKO vom 29.6.2015, Rz 2251 m.w.H., Badezimmer (noch nicht veröffentlicht). 60 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reiner (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 78 und N 81. 61 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 54; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 100. 62 Urteil des BVerG, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVerG, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. 63 Urteil des BVerG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVerG, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVerG, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. 64 Urteil des EuGH vom 29.2.2016, T-254-12, Rz. 141, Kühne und Nagel; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, Slg. 2009 I-04529 Rz 26; BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 (= RPW 2002/4, 737 f. E. 6.3), Buchpreisbindung; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT in:

Definition ergibt sich aus dem Selbständigkeitspostulat, wonach jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, welche Politik es auf dem gemeinsamen Markt betreiben will.⁶⁵ 74. Der EuGH hielt im Urteil vom 4. Juni 2009 i.S. T-Mobile Netherlands BV folgendes fest: «Zwar nimmt dieses Selbständigkeitspostulat den Unternehmen nicht das Recht, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen, das man selbst auf dem betreffenden Markt an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht, wenn diese Kontakte bezwecken oder bewirken, dass Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen»⁶⁶. 75. Allerdings stellt ein aufgrund von Markt- und Kostenstrukturen bewusst praktiziertes Parallelverhalten noch kein abgestimmtes Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Voraussetzung hierfür ist ein Mindestmass an Koordination der unternehmerischen Strategien zwischen Unternehmen, welche eine Kontaktaufnahme der beteiligten Unternehmen in irgendeiner Form erfordert.⁶⁷ Das Mindestmass an Koordination erfordert jedoch nicht, dass sich Unternehmen über ihre Verhaltensweisen einigen müssten.⁶⁸ Es ist nicht erforderlich, dass die Beteiligten einen gemeinsamen Plan verfolgen, sondern es genügt, wenn durch ihre Abstimmung die Unsicherheit bezüglich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert wird.⁶⁹ 76. Gemäss Praxis der WEKO umfasst eine abgestimmte Verhaltensweise folgende drei Elemente: «[...] eine Abstimmung zwischen den beteiligten Unternehmen, sodann ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten dieser Unternehmen und schliesslich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten, ohne dass sich aber dieses Marktverhalten als solches in einer konkreten Wettbewerbseinschränkung niederschlagen müsste.»⁷⁰ 77. Die abgestimmte Verhaltensweise ist in erster Linie vom natürlichen Parallelverhalten abzugrenzen (auch «erlaubtes Parallelverhalten» genannt). Ein erlaubtes Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Ausschlaggebend ist dabei, dass dem Parallelverhalten die autonome Entscheidungsfindung der Unternehmen zugrunde liegt und nicht eine Verhaltenskoordination auf der Basis von ausgetauschten Marktinformationen.⁷¹

65 Vgl. VOLKER EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker Hrsg., Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rz 89; Vincent Martenet/Andreas Heinemann, Droit de la concurrence, 2012, 27 f.; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz 32 m.w.H.; BSK KG-Nydegger/Nadig (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 47 m.w.H. 66 Vgl. Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, Slg. 2009 I-04529 Rz 33. 67 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.15, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.22, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7.2, SFS unimarket AG/WEKO. 68 AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 64), Art. 4

Abs. 1 KG N 34. 69 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 57. 70 RPW 2010/4, 737 Rz 177 m.w.H., Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren; vgl. auch Urteil des BVerfG, RPW 2016/2, 586 E. 4.1, Altimum; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 53; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 64), Art. 4 I N 35; Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-199/92 P Hüls, Slg. 1999 I-04287, Rz 161. 71 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 61.

20

78. In Bezug auf die drei in Rz 76 genannten Voraussetzungen soll an dieser Stelle erwähnt werden, dass die Abstimmung das Marktverhalten zwar beeinflussen muss, es aber nicht notwendig ist, dass sich die Unternehmen parallel verhalten: das Vorliegen eines Parallelverhaltens kann zwar ein Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, sie bildet aber keine Voraussetzung.⁷² Wesentlich ist vielmehr – wie oben dargelegt –, dass die Abstimmung ein bestimmtes Marktverhalten ermöglicht, welches im Wettbewerb mit Risiken verbunden wäre. C.5.1.1.1 Zusammenwirken mittels eines Informationsaustausches (i) Allgemeines ⁷⁹. Der Austausch von Informationen kann es Unternehmen ermöglichen, ihr Marktverhalten zu koordinieren und ihre Verhaltensweisen aufeinander abzustimmen.⁷³ Ein Informationsaustausch kann auf einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern basieren, welche gerade die Sicherstellung des Austausches bezweckt, oder aber ohne eine solche zum Beispiel als Folge einer Kooperationsvereinbarung zwischen Unternehmen entsteht. Der Austausch kann einseitig, unmittelbar zwischen Wettbewerbern oder indirekt über eine gemeinsame Einrichtung oder einen Dritten erfolgen.⁷⁴ Inhaltlich kann es sich beispielsweise um statistische Daten handeln, die innerhalb eines Verbands für die Prämienberechnung oder zwecks Vergleich der Kostenstrukturen («Benchmarking») ausgetauscht werden.⁷⁵ Informationen können aber auch ausgetauscht werden, um Preiserhöhungen oder Preissenkungen anzukündigen.⁷⁶ ⁸⁰. Ein Informationsaustausch kann, je nach den konkreten Umständen und der Art, wie dieser organisiert ist, wettbewerbsfreundliche oder wettbewerbsfeindliche Auswirkungen haben. So können Unternehmen beispielsweise mithilfe einer Benchmarking-Analyse ihre Kosten und Effizienz mit denjenigen von Wettbewerbern vergleichen und so ihre Performance und Wettbewerbsfähigkeit verbessern. Wettbewerbsfördernd wirkt sich ein Informationsaustausch beispielsweise auch dann aus, wenn dadurch eine Informationsasymmetrie ausgeglichen wird oder Forschungskosten gesenkt und die Wahlmöglichkeiten der Kunden verbessert werden können, wovon letztlich die Konsumenten und Konsumentinnen profitieren.⁷⁷ Auf gewissen Märkten, wie zum Beispiel bei Banken oder Versicherungen, kann etwa der Austausch von Aufzeichnungen über das Verbraucherverhalten bei Unfällen oder Kreditausfällen zur Aufhebung einer Informationsasymmetrie führen und damit zu Effizienzgewinnen beitragen.⁷⁸ ⁸¹. Im Weiteren kann der Informationsaustausch auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, da die mit dem Austausch einhergehende Steigerung der Markttransparenz die

⁷² KOMM, ABl. 1994 L 243/1, Rz 127, Carton. ⁷³ Ein Überblick über die ökonomische Literatur von Informationsaustauschen und deren wettbewerbsrechtlichen Implikationen findet sich in KAI-UWE KÜHN/XAVIER VIVES, Information Exchange Among Firms and their Impact on Competition, 1995, Luxemburg, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. Siehe auch KAI-UWE KÜHN, Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms», Economic Policy, 16:167–204. ⁷⁴ Vgl. 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. 13 Rz 55 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien). 75 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 147. 76 Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 104. 77 Vgl. RPW 2007/1, 166 f. Rz 212 m.w.H., Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungs-bereich; EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 57. 78 Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 57 und 95 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 105; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 64), Art. 4 I N 86; RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 f, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich.

21

Entstehung von Marktkonzentration und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen begünstigt.⁷⁹ Informationsaustausch erleichtert nicht nur die Kollusion, sondern kann auch zu wettbewerbswidriger Marktverschliessung führen.⁸⁰ Ferner kann das so erworbene Wissen dazu führen, dass die Unternehmen die Strategien ihrer Wettbewerber kennen, was wiederum Entscheidungen in Bezug auf das eigene Marktverhalten beeinflussen kann.⁸¹ ⁸². Im wirksamen Wettbewerb treffen Unternehmen ihre Entscheidungen frei, legen ihre Wettbewerbspositionen individuell und autonom fest und bauen ihre Geschäftsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten dadurch aus, dass sie sich von Konkurrenten durch vorteilhaftere Konditionen differenzieren. Die durch den Informationsaustausch herbeigeführte Transparenz des Marktes birgt nun – ob gewollt oder nicht – ein potenzielles Risiko für diese Autonomie der Wirtschaftsteilnehmer. Würden sich die Unternehmen in ihren Entscheidungen von dem Wissen beeinflussen lassen, welches sie durch den Informationsaustausch erwerben, könnte dies unter Umständen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Die Unternehmen würden in einem solchen Fall die praktische Zusammenarbeit bewusst an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.⁸² Diese Tatsache wird auch in der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und den Richtlinien der Europäischen Kommission⁸³ berücksichtigt, indem sie den Informationsaustausch dann als wettbewerbs-schädlich betrachten, wenn dieser die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringert. (ii) Relevanten Merkmale bei der Beurteilung eines Informationsaustausches ⁸³. Die relevanten Merkmale für die Beurteilung der Wirkungen eines Informationsaustausches auf dem Markt umfassen einerseits die Marktstruktur und andererseits die Charakteristika der ausgetauschten Informationen selber. 1. Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes ⁸⁴. Im Allgemeinen können Unternehmen auf stark konzentrierten, transparenten, nicht-komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten leichter ein Kollusionsergebnis erzielen als dies auf zersplitterten Märkten möglich wäre.⁸⁴ In Bezug auf die Markttransparenz sei darauf hingewiesen, dass der Zweck eines Informationsaustausches gerade dieser ist, diese zu erhöhen und durch den Abbau der Markt-komplexität, die Verringerung der Instabilität oder den Ausgleich der Asymmetrie die Kollusion zu begünstigen. 2. Charakteristika der ausgetauschten Informationen ⁸⁵. Die hier nachfolgend dargestellten Merkmale für die Beurteilung der Auswirkungen eines Informationsaustausches auf den Wettbewerb fokussiert in erster Linie auf diejenigen, welche für die Beurteilung der Wettbewerbsschädlichkeit herangezogen werden.

⁷⁹ Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N 166. ⁸⁰ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74). ⁸¹ Vgl. RPW 2007/1, 167 Rz 212 m.w.H., Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; EU-Horizontalleitlinien

(Fn 74), Rz 58. 82 Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 101 m.w.H. 83 Vgl. RPW 2011/4, 529 f. Rz 391 ff., Ascopa; RPW 2007/1, 166 f. Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; RPW 2011/4, 518 ff., Benchmarking Hypothekarzinsmargen. 84 Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 77 ff.; RPW 2011/4, 520, Benchmarking Hypothekarzinsmargen, RPW 2007/1, 144 Rz 37; 167 Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 64), N 97.

22

a. Strategische Informationen 86. Als besonders schädlich für den Wettbewerb gilt der Austausch von vertraulichen Unternehmensinformationen, namentlich solche, welche es erlauben, die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren.⁸⁵ Insbesondere der Austausch über Preise und Mengen erlaubt es Wettbewerbern etwa, ihre Preise zu erhöhen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile zu verlieren oder während der Preisanpassungsphase einen Preiswettbewerb auszulösen.⁸⁶ b. Marktabdeckung 87. Das Risiko wettbewerbsbeschränkender Wirkungen eines Informationsaustausches steigt, wenn die daran beteiligten Unternehmen einen grossen Teil des relevanten Marktes abdecken. Umgekehrt können Wettbewerber, die nicht am Austausch teilnehmen, den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Austausches entgegenwirken.⁸⁷ c. Aggregierte vs. unternehmensspezifische Daten 88. Ob sich ein Informationsaustausch schädlich auf den Wettbewerb auswirkt, hängt auch vom Detaillierungsgrad der Daten ab, die ausgetauscht werden. Der Austausch aggregierter Daten, die also nur schwer Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen zulassen, hat eine wesentlich geringere wettbewerbsbeschränkende Wirkung als der Austausch unternehmensspezifischer Daten. Je detaillierter die Daten, desto leichter kann das Verhalten der Konkurrenz antizipiert und das eigene Verhalten darauf angepasst werden.⁸⁸ d. Alter der Daten 89. Im Gegensatz zu aktuellen oder zukunftsbezogenen Daten erscheint der Austausch historischer Daten aus kartellrechtlicher Sicht weniger problematisch. Ab wann Daten als historisch gelten, hängt zum einen vom Datentyp, aber auch von der Aggregation, der Häufigkeit des Datenaustausches und den Merkmalen des relevanten Marktes ab, so zum Beispiel von dessen Stabilität oder Transparenz.⁸⁹ Es gibt keine fixe Schwelle, ab wann Daten alt genug sind, um kein Wettbewerbsrisiko mehr darzustellen.⁹⁰ e. Häufigkeit des Informationsaustausches 90. Werden Informationen in zeitlich kurzen Abständen ausgetauscht, erleichtert dies einem Unternehmen, die eigene Strategie an das Verhalten der Wettbewerber anzupassen, da allfällige Verhaltensveränderungen sofort erkannt werden können.⁹¹ Gleichzeitig mildert es den Anreiz für Unternehmen, neue Kunden mit Preissenkungen zu gewinnen versuchen, wenn die Wettbewerber jede Strategieveränderung sofort erkennen und darauf reagieren können.

85 Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 159. 86 Vgl. RPW 2007/1, 167 Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich und EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 73. 87 Vgl. EU-Horizontalleitlinie (Fn 74), Rz 87 f. 88 Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 160; EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 89; RPW 2007/1, 167 Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich. 89 Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 90; RPW 2007/1, 167 Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 64), Rz 94. 90 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG

(Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 161. 91 Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 91; RPW 2007/1, 167 Rz 213, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich.

23

f. Öffentliche vs. nicht öffentliche Informationen 91. Informationen gelten dann als öffentlich, wenn der Zugang sowohl Wettbewerbern als auch Kunden (hinsichtlich Kosten) zu gleichen Konditionen offensteht und nicht an eine bedeutende Investition, sei dies Kosten oder Zeit, gebunden ist. Der Austausch solcher öffentlichen Informationen dürfte grundsätzlich keine wettbewerbsbehindernden Auswirkungen haben. Es sei jedoch anzumerken, dass alleine der Umstand, dass Informationen z.B. von Kunden oder Wiederverkäufern erlangt werden können, nicht auch zwingend bedeutet, dass sie als öffentlich gelten.⁹² g. Öffentlicher vs. nicht öffentlicher Informationsaustausch 92. Ein Informationsaustausch gilt dann als öffentlich, wenn der Zugang zum Resultat der ausgetauschten Informationen allen Marktteilnehmern zu denselben Bedingungen offensteht. Alleine aus der Tatsache, dass Informationen öffentlich ausgetauscht werden, kann jedoch nicht auch gefolgert werden, dass daraus keine schädlichen Folgen für den Markt entstehen würden.⁹³ C.5.1.1.2 Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise in casu 93. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob die drei Voraussetzungen für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise im vorliegenden Fall erfüllt ist, das heisst ob (1) eine Abstimmung (ein Mindestmass an Koordination), (2) ein Marktverhalten und (3) ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten der Verfügungsadressatinnen gegeben sind.⁹⁴ (i) Abstimmung 94. Aus der nachfolgende Tabelle wird ersichtlich, bezüglich welcher Elemente die Verfügungsadressatinnen einen regelmässigen Austausch über nicht öffentliche, nicht aggregierte und geheime Informationen aufrechterhielten und überdies das Ergebnis dieser Austausche nicht allen Marktteilnehmern, sondern nur den teilnehmenden Captives zur Verfügung stellten:

Qualifikation der ausgetauschten Information Inhalt der Information Aggregationsniveau Aktualität der Information Frequenz des Austausches Zugriff auf Information Standard- und Sonderzinsätze Preis teilweise vertraulich individualisiert gegenwärtig und zukünftig (Gültigkeitsdauer) hohe Frequenz (monatlich) nicht öffentlich Zinssätze Automessen Preis vertraulich individualisiert gegenwärtig und zukünftig regelmässig (vor den Automessen) nicht öffentlich Penetrationsraten Verkaufszahlen / Ergebnisse vertraulich individualisiert historisch und gegenwärtig ad hoc (einmal jährlich) nicht öffentlich

92 Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 92 f. 93 EU-Horizontalleitlinien (Fn 74), Rz 94; RPW 2011/4, 520, Benchmarking Hypothekarzinsmargen; RPW 1999/4, 598 f., Beratung betreffend hoheitliche und kommerzielle Tätigkeiten der Zuchtorganisationen von Rindern. 94 Vgl. Rz 76.

24

Vertragsgebühren Preisbestandteil weniger vertraulich individualisiert gegenwärtig ad hoc, punktuell nicht öffentlich Restwerttabelle Preisbestandteil teilweise vertraulich individualisiert gegenwärtig und zukünftig ad hoc, punktuell nicht öffentlich Kommissionen Preisbestandteil vertraulich individualisiert gegenwärtig und zukünftig hohe Frequenz (monatlich) nicht öffentlich

Tabelle 1: Darstellung des Sekretariats. 95. Wie die Tabelle illustriert, haben die Verfügungsadressatinnen im vorliegenden Fall in Bezug auf das Leasing detaillierte,

unternehmensspezifische Informationen über Standard- und Sonderzinssätze sowie Zinssätze im Zusammenhang mit den Automessen, darunter auch Informationen über zukünftige Preisbestandteile ausgetauscht. Der Austausch erfolgte per E-Mail, via Teamspace und über persönliche Kontakte. Dabei waren die an diesen Austauschen beteiligten Personen Mitarbeitende auf Managementstufe in ihren jeweiligen Firmen. Darüber hinaus stammten die Informationen teilweise nicht aus öffentlichen Quellen, waren aktuell, nicht aggregiert und der Austausch fand in einer hohen Frequenz statt. Das Ergebnis des Austausches blieb überdies vertraulich und wurde anderen Marktteilnehmern nicht zur Verfügung gestellt. Allein schon die Charakteristika der ausgetauschten Informationen sind als sehr starkes Indiz für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich des Marktverhaltens zu werten. 96. Hinzu kommt die Beurteilung der Markteigenschaften des betroffenen Marktes: Die Dienstleistungen im Bereich des Leasings können als weitgehend homogen qualifiziert werden. Die detaillierten Vorgaben im Konsumkreditgesetz betreffend Form und Inhalt von Leasingverträgen führen zu einer Standardisierung dieser Finanzdienstleistungen. Auch hinsichtlich weiterer Elemente, wie typische Laufzeiten von Leasingverträgen und weiteren Vertragsbedingungen – namentlich die Voraussetzung des Abschlusses einer Vollkaskoversicherung – sind die Dienstleistungen der einzelnen Anbieter weitestgehend vergleichbar. Aufgrund dieser Homogenität der Dienstleistungen wird die Koordination zwischen Marktteilnehmern durch den Informationsaustausch stark erleichtert. 97. Hinsichtlich der Marktkonzentration⁹⁵ ist schliesslich festzuhalten, dass die Anzahl der im Bereich Automobileasing tätigen Akteure sehr überschaubar ist. Diese sind: Captives, sowie wenige Non-Captives (Cembra Money Bank AG, EFL Autoleasing AG, BANK-Now AG, Cashgate AG). Am vorliegenden Informationsaustausch beteiligte sich der Grossteil der in diesem Bereich tätigen Marktteilnehmer. Gemeinsam mit der Tatsache, dass die Daten überdies nicht aggregiert ausgetauscht wurden und somit den einzelnen Teilnehmern zugeordnet werden konnten, bestand ein erhöhtes Risiko für ein koordiniertes Verhalten, welches sich wettbewerbsbeschränkend auswirken kann. 98. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass sich die Verfügungsadressatinnen unter Zuhilfenahme von systematisch organisierten Treffen, regelmässigem Informationsaustausch und der Zusammenstellung von detaillierten Informationen in Form von Tabellen sowie deren Verbreitung über eine Vielzahl preisrelevanter Parameter austauschten, was eine Abstimmung darstellt.

95 Vgl. Rz 81.

25

(ii) Marktverhalten 99. In vielen klassischen Abredefällen lässt sich auf dem Markt ein gleichförmiges Verhalten der Teilnehmer beobachten. In der einfachsten Konstellation verlangen die Kartellmitglieder denselben Preis, in komplexeren Fällen sehen sie beispielsweise gleichgerichtete Preiserhöhungen vor oder stimmen sich über Zuschläge und andere Preisbestandteile ab. Wie bereits erwähnt (vgl. oben Rz 78), ist für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise nicht erforderlich, dass sich die Teilnehmer an der Abrede homogen verhalten. Das Verhalten kann auch heterogen sein, wesentlich ist dabei, dass das Marktverhalten nicht selbständig erfolgt, sondern aufgrund der Abstimmung die mit dem freien Wettbewerb verbundenen Unsicherheiten und Risiken umgangen werden. 100. Im vorliegenden Fall lässt sich beobachten, dass sich die Zinssätze der Verfügungsadressatinnen im Allgemeinen am Verlauf des generellen Zinsumfeldes

orientieren, sich jedoch nicht durch vollständige Gleichförmigkeit auszeichnen. Es stellt sich nun die Frage, ob dieses Verhalten bezüglich des Festsetzens von Leasingzinsen durch den Informationsaustausch in einer Art und Weise beeinflusst wurde, dass von einem abgestimmten Marktverhalten ausgegangen werden kann. Auf diese Fragestellung wird nachfolgend bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs zwischen Informationsaustausch und Marktverhalten eingegangen. (iii) Kausalzusammenhang 101. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt die widerlegbare Vermutung, dass die Abstimmung das Marktverhalten der Wettbewerber beeinflusst hat, sofern sie weiterhin auf dem Markt tätig sind. Diese Kausalitätsvermutung zwischen Abrede und der daraus folgenden Verhaltensweise gilt umso mehr, wenn die Abstimmung regelmässig während eines langen Zeitraumes stattfindet.⁹⁶ Grundsätzlich dürfte es sinnvoll sein, diese Vermutung auch in der schweizerischen Praxis vorzunehmen, dürften doch kaum relevante Unterschiede zwischen einem Informationsaustausch in der Schweiz und einem solchen in der EU vorhanden sein. Auf dieser Grundlage kann daher vermutet werden, dass sich der langandauernde, systematische Informationsaustausch auf das Marktverhalten der Verfügungsadressatinnen ausgewirkt hat. 102. Im vorliegenden Fall bleibt es aber nicht bei dieser Vermutung, da der Kausalzusammenhang zwischen den ausgetauschten Informationen und dem Marktverhalten der Verfügungsadressatinnen belegt werden kann. Die sehr detaillierten Daten aus dem Informationsaustausch wurden von den Verfügungsadressatinnen als wertvolles Arbeitsinstrument betrachtet. Die Informationen wurden beispielsweise für Marktanalysen und -berichte verwendet. Zudem verblieben die mit dem Austausch gesammelten Informationen nicht nur in den Händen derjenigen Personen, die an den Meetings teilnahmen (und die bei den Verfügungsadressatinnen bereits selber wichtige strategische Positionen bekleideten), sondern wurden auch intern in der Gruppe weitergeleitet. Sie flossen in die strategische Entscheidungsfindung ein und diverse Verfügungsadressatinnen bestätigten, dass sie ihre Preisstrategie auch kurzfristig anpassen konnten.⁹⁷ 103. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die ausgetauschten Informationen (Zinssätze, Gebühren, Kommissionen, Penetrationsraten, Verrechnungssätze, Rückerstattung MwSt.) die Markttransparenz entscheidend erhöhten. Durch die Menge der Informationen sowie deren hohen Detaillierungsgrad wurden die Kenntnisse der Verfügungsadressatinnen über die Aktivitäten ihrer Wettbewerber verbessert und die strategische Unsicherheit der Marktteilnehmer hinsichtlich des Verhaltens der jeweiligen Wettbewerber weitestgehend beseitigt. Das eigene

⁹⁶ Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-343 Rz 51, wonach die Vermutung widerlegt werden kann, die Beweislast bei den Parteien liegt. ⁹⁷ [...].

26

Marktverhalten erfolgte stets im Wissen um das Marktverhalten der Konkurrenten. Das installierte Marktinformationssystem ging weit über eine Fühlungnahme⁹⁸ zwischen den Unternehmen hinaus. Es kann daher sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Marktverhalten und dem Informationsaustausch bejaht werden. (iv) Fazit zur abgestimmten Verhaltensweise 104. Es kann abschliessend festgestellt werden, dass in casu alle drei Elemente für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise (Abstimmung, Marktverhalten und Kausalität) gegeben sind. Im Gegensatz zum Fall ASCOPA ging es vorliegend um ein von den Verfügungsadressatinnen errichtetes Marktinformationssystem, das ein lückenloses Monitoring

ermöglicht hat.⁹⁹ Bei der Festlegung ihres Marktverhaltens, das heisst, bei der Fixierung der Standard- und Sonderzinssätze, konnten die Verfügungsadressatinnen nicht vom Wissen absehen, das sie im Rahmen des regelmässigen Informationsaustausches erwarben. Tatsächlich führte das lückenlose Monitoring dazu, dass sie umfassend über das Verhalten ihrer Wettbewerber informiert waren. Dieses Monitoring erlaubte ihnen, die Strategien ihrer Wettbewerber, insbesondere bezüglich der Leasingätze, zu kennen und Verhalten dementsprechend daran anzupassen. C.5.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 105. Nach dem Gesetzeswortlaut des Art. 4 Abs. 1 KG muss eine Abrede zusätzlich zu einem bewussten und gewollten Zusammenwirken auch «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine solche liegt dann vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und das freie Spiel von Angebot und Nachfrage daher nur eingeschränkt stattfinden kann.¹⁰⁰ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich des Weiteren auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹⁰¹ Eine Abrede bezweckt dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».¹⁰² Dabei genügt es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.¹⁰³ 106. Gemäss den EU-Horizontalleitlinien wird ein Informationsaustausch, der Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt zum Ziel hat, als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen. Die Prüfung, ob ein Informationsaustausch einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck hat, erfolgt anhand des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem er

98 Vgl. Rz 74. 99 RPW 2011/4, 589, Rz 430, ASCOPA. 100 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 118; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 42 und 51. 101 BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 63; 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. 102 BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 50), Art. 4 Abs. 1 N 131; 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 60), Art. 4 Abs. 1 N 69. 103 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 60), Art. 4 Abs. 1 N 71; 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.

27

stattfindet. Es wird deshalb geprüft, ob der Informationsaustausch seinem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.¹⁰⁴ 107. Die europäische Praxis und Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Informationsaustausch dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn der Austausch firmenspezifische Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten betraf. Diese Praxis wurde zum Beispiel im Bananen-Fall gefestigt, indem festgehalten wurde, dass bei einem Austausch solcher Informationen eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezweckt wird, wenn diese objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken («restriction by object»)¹⁰⁵ Wird der vorliegende Informationsaustausch vor diesem Hintergrund beurteilt,

so ist jedenfalls nach eu-ropäischer Praxis ohne Weiteres von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen. 108. Wie bereits aufgezeigt wurde, waren die ausgetauschten Informationen firmenspezifisch, sehr detailliert und betrafen zudem teilweise auch zukünftiges Preisverhalten. Überdies musste auch die Menge der ausgetauschten Informationen sowie deren Merkmale einen Einfluss auf die Strategie der Unternehmen gehabt haben.¹⁰⁶

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