Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-581/2012

Urteil vom 16. September 2016

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Stephan Breitenmoser und Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiber Matthias Amann.

Parteien

Nikon AG,
Im Hanselmaa 10, 8132 Egg b. Zürich,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Roger Staub und Boris Wenger,
Froriep AG, Bellerivestrasse 201, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 betreffend Vertikalabreden / Verhinderung von Parallelimporten (Untersuchung Nr. 22-0396).

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Egg im Kanton Zürich, welche gemäss Handelsregister den Handel mit optischen Produkten der Nikon Corporation, Tokyo, bezweckt. Der Nikon-Konzern ist weltweit im Bereich Herstellung und Verkauf optischer Produkte tätig. Der europäische Vertrieb von Fotoapparaten, Kameraobjektiven und Blitzlichtgeräten erfolgt durch verschiedene, der Nikon Europe B.V., Amsterdam, unterstellte regionale Vertriebsgesellschaften sowie über Generalimporteure, der Vertrieb in den USA durch die dort ansässige Nikon Inc. Die Beschwerdeführerin selbst beliefert mehrere Grosshändler sowie diverse Einzelhändler in der Schweiz.

B.
B.a Am 24. März 2010 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin die Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) gegen die Beschwerdeführerin sowie weitere Unternehmen wegen Verdachts auf Verstösse gegen Art. 5 KG mit (Verfahren Nr. 22-0396; Untersuchungsakten, act. 8 [= U-act. 8; Nummerierung gemäss Aktenverzeichnis vom 16. Februar 2012]). Begründet wurde die Verfahrenseröffnung mit einer Anzeige der mit fototechnischen Geräten handelnden W._____ AG, bzw. Hinweisen auf eine mögliche Behinderung von Parallelimporten. Gleichentags wurde in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin eine Hausdurchsuchung durchgeführt (Durchsuchungsbefehl vom 22. März 2010: U-act. 7). Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. April 2010 (BBl 2010 2421; Art. 28 KG).

B.b Anlässlich der Anhörung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz am 5. September 2011 wurden im Rahmen von Art. 40 KG mehrere Personen befragt, darunter der vormalige Vertriebsverantwortliche der Beschwerdeführerin, B._____, sowie der vormalige Präsident und Delegierte des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, G._____; weitere Einvernahmen fanden am 19. September 2011 statt (U-act. 355 ff.).

B.c Am 28. November 2011 erliess die Vorinstanz im Verfahren Nr. 22-0396 gegen die Beschwerdeführerin folgende Verfügung:

> „1. Es wird festgestellt, dass folgende Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländ-

dische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener im Fürstentum Liechtenstein) in die Schweiz führen resp. führten und somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellen resp. darstellten:

1.1. Händlerverträge 'Distributor' zwischen Nikon AG und den Grossisten [...];

1.2. Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkameras 'D3S' sowie 'D3X' in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;

1.3. Händlerverträge 'Nikon Professional Dealer' zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;

1.4. Vertriebsverträge 'Grosshandel' und 'Einzelhandel' zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern;

1.5. 'Retail Dealer Sales Agreements' sowie 'Internet Dealer Sales Agreements' zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA;

1.6. 'Distributor's Agreements' zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien;

1.7. 'Distributorship Agreement' zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...] (Griechenland);

1.8. 'Resale Agreements' zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen.

2. Nikon wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässigen Gebietsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 12'537'907 belastet.

3. Die Untersuchung gegen [X._____ AG] wird ohne Kostenfolge eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 447'446.10. Sie werden vollumfänglich Nikon auferlegt.

5. [Eröffnung]“

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die in Nikon-Vertriebsverträgen statuierten Import- und Exportverbote seien geeignet, den schweizerischen Markt für Fotoapparate, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte vom Ausland abzuschotten, um höhere Preise im Inland zu erzielen; die Umsetzung

der Vertragsklauseln sei durch die firmeninterne E-Mail-Korrespondenz dokumentiert (angefochtene Verfügung, Rz. 98 ff., 254 ff.). Die Gewährung absoluten Gebietsschutzes falle unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Zwar sei vorliegend nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auszugehen (Rz. 352 ff.); doch sei eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gegeben (Rz. 487 ff.). Eine Rechtfertigung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei nicht ersichtlich (Rz. 520 ff.). Damit sei der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (Rz. 530 ff.). Für die im Zeitraum vom Frühjahr 2008 bis zum Herbst 2009 erfolgten Wettbewerbsbeschränkungen erscheine daher eine Sanktion im Umfang von 5 % des Umsatzes der Beschwerdeführerin in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten angemessen (Rz. 546 ff.).

C.

C.a Gegen die Sanktionsverfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

„1. Dispositiv Ziffern 1, 2 und 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 seien vollumfänglich aufzuheben.

2. Die Untersuchung 22-0396 gegen Nikon AG sei ohne Folgen für Nikon AG einzustellen.

3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Untersuchung 22-0396 gegen Nikon AG ohne Folgen für Nikon AG einzustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.

Verfahrensanträge:

1. Das Beschwerdeverfahren sei bis zum rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe SA (Urteil B-2977/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010) zu sistieren.

2. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

3. Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in ungeschwärzte Versionen der geschwärzten Aktenteile der Akten der Vorinstanz zu gewähren. Eventualiter, soweit die geschwärzten Aktenteile der Beschwerdeführerin nicht

offengelegt werden, seien die geschwärzten Aktenteile aus den Akten zu entfernen.

4. Es sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerdeschrift und ihren Beilagen diejenigen Angaben zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.

5. Soweit das Gericht andere Aktenstücke als die Beschwerdeschrift und ihre Beilagen gegenüber Dritten und/oder im Fall einer Entscheidpublikation offen legen will, sei der Beschwerdeführerin vorgängig Gelegenheit zu geben, diejenigen Aktenstücke zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen sind.

6. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.

7. Es seien durch das Gericht Beweisaussagen der Herren [G._____] und [B._____] gemäss Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP einzuholen.

8. Falls das Gericht eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auf Grundlage der vorinstanzlichen Akten wider Erwarten für erstellt erachten sollte, sei ein ökonomisches Gutachten von einem unabhängigen Sachverständigen zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden ökonomischen Fragen einzuholen.

9. Es sei nach Abschluss des Schriftenwechsels eine öffentliche Parteiverhandlung gemäss Art. 40 VGG anzuordnen.“

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung verfassungsmässiger und prozessualer Rechte durch die Vorinstanz (Beschwerde, Rz. 59 ff., 104 ff., 169 ff., 187 ff.). Das schweizerische Kartellgesetz sei auf die strittigen ausländischen Verträge nicht anwendbar (Rz. 216 ff.). Im Übrigen sei der geographisch strukturierte Vertrieb des Nikon-Konzerns Ausfluss bestehender Patentrechte an Nikon-Produkten (Rz. 83 ff., 268 ff., 279 ff.). Auch könnten ausländische Vereinbarungen nicht der schweizerischen Konzernniederlassung zum Vorwurf gemacht werden (Rz. 119 ff.). Die strittigen Vertragsklauseln stellten weder absolute Gebietsschutzabreden dar (Rz. 296 ff.) noch seien sie geeignet, eine Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zu bewirken (Rz. 447 ff., 774 ff.). Von den Vertragsparteien seien die Klauseln auch nicht gelebt worden (Rz. 611 ff.). Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung sei nicht nachgewiesen, vielmehr habe das Preisniveau im Inland jenem im europäischen Ausland entsprochen; zudem habe auf Herstellerebene wirksamer

Wettbewerb geherrscht (Rz. 774 ff., 811 ff.). Schliesslich erscheine auch die Sanktionshöhe als unangemessen (Rz. 900 ff.).

C.b Mit Zwischenverfügung vom 21. Februar 2012 wurde das vorliegende Beschwerdeverfahren in Gutheissung von Verfahrensantrag Ziff. 1 der Beschwerdeführerin bis zum Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* angesichts der grundsätzlichen Natur der sich dabei stellenden Rechtsfragen sistiert.

D.
Mit Verfügung vom 4. Juni 2012 ordnete die Vorinstanz die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung vom 28. November 2011 an, vorbehältlich der als Geschäftsgeheimnisse qualifizierten Erwägungen. Gegen diese Publikationsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 5. Juli 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Vorinstanz angewiesen, auf die Publikation einzelner Textstellen der Sanktionsverfügung zu verzichten. Mit Urteil vom 26. Mai 2016 hat das Bundesgericht die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen (2C_1065/2014).

E.
E.a Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Juni 2012 (eröffnet am 29. Januar 2013) die Beschwerde in Sachen *Publigroupe* gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 (B-2977/2007) abgewiesen hatte (BGE 139 I 72), wurde die Sistierung des vorliegenden Verfahrens mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 1. Februar 2013 aufgehoben.

E.b Mit Vernehmlassung vom 22. April 2013 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. In der Sache wurde im Wesentlichen an den Erwägungen im angefochtenen Entscheid festgehalten.

E.c Mit Eingabe vom 24. Juni 2013 bezeichnete die Beschwerdeführerin mehrere geschwärzte Stellen in den vorinstanzlichen Akten, welche offenzulegen seien; eventualiter sei deren Inhalt zu umschreiben. In der Folge wurde das Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerin mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 teilweise gutgeheissen.

E.d Mit Replik vom 4. Oktober 2013 erneuerte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdeanträge. In der Sache wurde im Wesentlichen an den bisheri-

gen Ausführungen festgehalten. Zudem wurden die schriftlichen Erklärungen zweier Mitarbeiter von Schwestergesellschaften der Beschwerdeführerin (Beilage 2: K._____, General Manager, Nikon GmbH, Düsseldorf; Beilage 3: P._____, General Manager, Nikon Polska Sp. Z o.o., Warschau) sowie mehrere Rechtsgutachten eingereicht (Beilage 1: Martin Nettesheim/Stefan Thomas, Extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts: völkerrechtlicher Rahmen und EU-rechtliche Praxis; Beilage 4: Stefan Thomas, Kartellrechtliche Beurteilung einer geographischen Bezugsbeschränkung; Beilage 5: Felix Uhlmann, Verfügung der Wettbewerbskommission i.S. Untersuchung 22-0396).

E.e Zu den Erklärungen der Nikon-Länderverantwortlichen K._____ und P._____ nahm die Vorinstanz mit Schreiben vom 6. November 2013 Stellung. Mit Duplik vom 16. Dezember 2013 hielt die Vorinstanz im Wesentlichen an ihren bisherigen Vorbringen fest.

E.f Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wies der Instruktionsrichter den Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend formelle Erhebung von Beweisaussagen des vormaligen Verwaltungsratspräsidenten sowie des vormaligen Verkaufsleiters der Beschwerdeführerin wie auch den Verfahrensantrag betreffend Einholung eines ökonomischen Gutachtens gemäss Ziffern 7 und 8 der Beschwerdeschrift sowie Ziffern 1 und 2 der Replik einstweilen ab.

E.g Am 3. Juni 2014 wurde vor Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Anlässlich der Verhandlung stellte die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanträge:

„1. Es sei [B._____] als Zeuge gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 162 StPO einzuvernehmen.

2. Es sei [G._____] als Auskunftsperson gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 112 Abs. 1 und 178 lit. g StPO zum mit Antrag des Sekretariats der Vorinstanz vom 27. April 2011 noch nicht vorgebrachten Sachverhalt einzuvernehmen.

3. Eventualiter zu den Verfahrensanträgen 1 und 2 seien Beweisaussagen der Herren [G._____] und [B._____] gemäss Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 64 BZP einzuholen.

4. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei bis zu den rechtskräftigen Entscheiden des Bundesgerichts in Sachen Elmex und Gebro zu sistieren.“

Mit verfahrensleitendem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts gleichen Datums wurden die Verfahrensanträge 1, 2, 3 und 4 abgewiesen.

F.
Auf weitere Vorbringen der Parteien im vorliegenden Verfahren wird im Rahmen nachstehender Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Sanktionsverfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde bei Zustellung der angefochtenen Verfügung am 15. Dezember 2011 (vgl. U-act. 397) mit Postaufgabe der vorliegenden Beschwerde am 30. Januar 2012 gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Der Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 50'000.00 wurde rechtzeitig geleistet. Auf die Beschwerde ist damit grundsätzlich einzutreten.

2. Verfahrensanträge

2.1 Einvernahmen

Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 hatte die Beschwerdeführerin beantragt, die formellen Beweisaussagen von G._____, vormals Präsident und Delegierter des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, sowie von B._____, vormals Verkaufsleiter der Beschwerdeführerin (Verfahrensantrag Ziff. 7), einzuholen. Die Vorinstanz hatte die beiden Unternehmensvertreter am 5. und 19. September 2011 im Rahmen von Art. 40 KG unter anderem zur beschlagnahmten elektronischen Firmenkorrespondenz befragt (U-act. 388, 389). Auf die von der Beschwerdeführerin in der Folge

beantragte förmliche Befragung im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 64 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) verzichtete die Vorinstanz mit der Begründung, eine erneute Befragung sei weder geboten noch verhältnismässig, zumal von einer Beweisaussage unter Strafandrohung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien (U-act. 389, S. 32; angefochtene Verfügung, Rz. 66). Vor Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, der Inhalt der erhobenen Aussagen sei weiterhin strittig und der Beweiswert höher, wenn die Aussagen unter Strafandrohung erfolgten (Beschwerde, Rz. 156 ff., 945 f.; Replik, Verfahrensantrag Ziff. 1; Rz. 384). Weitere Parteieingaben hierzu erfolgten am 6. November bzw. 5. Dezember 2013. Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wurde der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin nach vorläufiger Beurteilung abgewiesen. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 stellte die Beschwerdeführerin den modifizierten Verfahrensantrag, es seien G._____ als Zeuge und B._____ als Auskunftsperson einzuvernehmen, eventualiter seien deren förmliche Beweisaussagen einzuholen (Verhandlungsprotokoll, S. 3). Mit verfahrensleitendem Beschluss gleichen Datums wies das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensantrag ab mit der Begründung, von einer erneuten Befragung sei kein Erkenntnisgewinn zu erwarten, im Übrigen sei der modifizierte Antrag verspätet (Protokoll, S. 3). Ergänzend ist Folgendes festzuhalten:

2.1.1 Das Kartellsanktionsverfahren ist zunächst Verwaltungsverfahren (BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, *Publikationsverfügung i.S. Nikon*, E. 8.2). Zur Anwendung gelangen mithin die einschlägigen Vorschriften des Kartell- und Verwaltungsverfahrensgesetzes (vgl. BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.1, m.w.H.; BVGer, B-6513/2015, 18. Februar 2016, *Alluvia*, E. 4.2.2, 4.3; B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 62, 79 ff.). Ergänzende Bestimmungen des Bundesrechts bleiben vorbehalten (Art. 4 VwVG). Im Übrigen sind für das Kartellsanktionsverfahren die strafprozessualen Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beachten (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 2.2.2, m.w.H.), welche indes im Verwaltungssanktionsverfahren weder in voller Strenge zur Anwendung gelangen noch absolut gelten (s.u., E. 5.1). Teilweise wird in der Lehre ergänzend die analoge Anwendung einzelner Bestimmungen der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) gefordert (THOMI/WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, in: Jusletter vom 13. Juni 2016, Rz. 14 ff.; vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 651, m.w.H.).

Nach Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden sowie Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärung erforderlichen Auskünfte zu erteilen; das Recht zur Auskunftsverweigerung richtet sich nach Art. 16 f. VwVG. Art. 16 Abs. 1 VwVG verweist diesbezüglich auf Art. 42 BZP. Im Weiteren können die Wettbewerbsbehörden nach Art. 42 Abs. 1 KG Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten; Art. 64 BZP ist sinngemäss anwendbar. Nach Art. 64 Abs. 1 BZP kann der Richter eine Partei zur Beweisaussage über bestimmte Tatsachen unter Strafandrohung bei falscher Aussage verhalten, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet. Ist die Partei eine juristische Person, wird sie im Parteiverhör durch ein vom Richter bestimmtes Mitglied mit Organeigenschaft vertreten (Art. 63 Abs. 2 BZP). Als Organe gelten bei der Aktiengesellschaft Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle sowie im Rahmen der Übertragung der Geschäftsführung die Geschäftsleitung (Art. 698 ff., 716b OR).

2.1.2 Die Beschwerdeführerin sieht in der Befragung unter Strafandrohung keinen Verstoss gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (während umgekehrt unter Berufung auf dieses Verbot die Verwertung belastender Angaben gerügt wird: s.u., E. 5.3.1), sondern begründet vielmehr den Antrag auf förmliche Befragung mit dem angeblich höheren Beweiswert der Aussagen. Sie übersieht allerdings, dass formellen Beweisaussagen ebenso wie Zeugenaussagen gegenüber Angaben von Auskunftspersonen trotz Strafandrohung bei falscher Aussage keine per se höhere Beweiskraft beizumessen ist; eine generelle Rangordnung der Beweise existiert nicht (vgl. zur analogen Rechtslage im Strafverfahren: HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 54 Rz. 5; § 63 Rz. 4; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 10 StPO N. 5; FRANZ RIKLIN, Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 3; WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 28). Die prozessuale Rolle des Befragten ist in erster Linie ausschlaggebend für die Frage des Aussageverweigerungsrechts, das vorliegend nicht zur Debatte steht. In Bezug auf den Beweiswert der Aussagen gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 65 Abs. 1 BZP, Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 StPO). Abzustellen ist auf Inhalt und Kontext der Aussagen, insbesondere auf Widerspruchsfreiheit, Schlüssigkeit und Aussageverhalten, sowie auf die Übereinstimmung mit der objektiven Beweislage. Diesbezüglich ist festzuhalten,

dass G._____ und B._____ bereits anlässlich der Anhörung vor der Vorinstanz vom 5. und 19. September 2011 ausführlich befragt wurden (vgl. U-act. 388, 389). Deren Ausführungen betreffend einzelne E-Mails und Vertragsklauseln sind aus den Protokollen vom 5. und 19. September 2011 ersichtlich, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, inwieweit die Vorinstanz überhaupt darauf abgestellt hat. Dass die protokollierten Antworten in sich widersprüchlich oder unklar seien, wurde auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Von einer erneuten Befragung unter Strafandrohung waren daher keine neuen Erkenntnisse zu erwarten (wobei Art. 64 Abs. 1 BZP, wonach der Richter eine Partei zur Beweisaussage verhalten *„kann“*, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet, dem Richter ein Ermessen einräumt).

Im Übrigen ist aufgrund der Akten zweifelhaft, ob die vorinstanzlich als Unternehmensvertreter befragten G._____ und B._____ überhaupt noch für die Beschwerdeführerin tätig sind. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 hat die Beschwerdeführerin, offenbar aufgrund des Ausscheidens von B._____ aus dem Unternehmen, ihren ursprünglichen Verfahrensantrag modifiziert und im Hauptpunkt dessen Befragung als Zeuge beantragt (Verhandlungsprotokoll, S. 3, Verfahrensantrag Ziff. 2). Bezüglich Zeugenaussagen gilt indes das zum Beweiswert förmlicher Beweisaussagen von Parteivertretern Gesagte. Ebenfalls mit modifiziertem Verfahrensantrag vom 3. Juni 2014 hat die Beschwerdeführerin im Hauptpunkt die Befragung von G._____ als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 Bst. g StPO beantragt (Verhandlungsprotokoll, S. 3, Verfahrensantrag Ziff. 2). In der Lehre wird teilweise eine Einvernahme von Unternehmensmitarbeitern im Kartellsanktionsverfahren in analoger Anwendung von Art. 178 Bst. g StPO als Auskunftsperson postuliert; zur Begründung wird auf das Aussageverweigerungsrecht des für den Kartellrechtsverstoss möglicherweise Verantwortlichen verwiesen (THOMI/WOHLMANN, a.a.O., Rz. 14 ff.). Eine Aussageverweigerung ist vorliegend jedoch nicht geltend gemacht worden, zudem ist G._____ mittlerweile aus dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin ausgeschieden (SHAB [...]). Im Übrigen ist für eine (erneute) formlose Befragung auch kein Rechtsschutzinteresse erkennbar.

2.2 Sistierung

Ebenfalls abgewiesen wurde anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 der Antrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Be-

schwerdeverfahrens bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die hängigen Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Sachen *Elmex* (B-506/2010, B-463/2010). Im Unterschied zum Verfahren in Sachen *Publigroupe*, in welchem unter anderem die Tragweite der strafprozessualen Verfahrensgarantien im Kartellsanktionsverfahren höchstrichterlich zu klären war (BGE 139 I 72, E. 2 ff.), was eine zwischenzeitliche Sistierung des vorliegenden Verfahrens angezeigt erscheinen liess (s.o., C.b), waren in den *Elmex*-Fällen vor Bundesgericht keine Rechtsfragen von vergleichbarer präjudizieller Wirkung in Bezug auf das vorliegende Verfahren zu beantworten. Eine erneute Sistierung war daher verfahrensökonomisch nicht angezeigt. Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht die Beschwerden in Sachen *Elmex* inzwischen abgewiesen (2C_180/2014; noch nicht publiziert).

2.3 Akteneinsicht

Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 hatte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Einsicht in vorinstanzlich nicht offengelegte Akten beantragt, eventualiter die Entfernung der betreffenden Aktenstücke aus den Verfahrensakten (Verfahrensantrag Ziff. 3). In Substantiierung ihres Antrags bezeichnete die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. Juni 2013 zahlreiche geschwärzte Stellen in den vorinstanzlichen Akten, welche offenzulegen seien; eventualiter sei deren Inhalt zu umschreiben. Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerin im beantragten Umfang gut und ordnete die Offenlegung an. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vor Bundesverwaltungsgericht vom 3. Juni 2014 erneuerte die Beschwerdeführerin ihren Verfahrensantrag, *"soweit damit die Entfernung von geschwärzten Aktenteilen aus den Akten beantragt werde"* (Verhandlungsprotokoll vom 3. Juni 2014, S. 3), allerdings ohne Erläuterung, auf welche Aktenstellen sich der Antrag beziehe. Auch wurde nicht dargelegt, inwiefern und aus welchen Gründen der Antrag über das mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 gutgeheissene Begehren vom 24. Juni 2013 hinausgehe. Unklar blieb damit auch, ob Aktenstellen betroffen seien, auf welche in der angefochtenen Verfügung Bezug genommen werde, und inwiefern es diesbezüglich an einem überwiegenden Geheimhaltungsinteresse fehle. Der Verfahrensantrag ist mithin abzuweisen, soweit darauf (noch) einzutreten ist.

2.4 Geschäftsgeheimnisse

Die Beschwerdeführerin hatte ferner beantragt, es sei ihr Frist anzusetzen zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen (Beschwerde, Verfahrensanträge Ziff. 4 und 5). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 25. April 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass es der Beschwerdeführerin frei stehe, Informationen bzw. Aktenstücke zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln seien; auf die Verfahrensanträge betreffend diesbezügliche Fristansetzung bzw. vorgängige Gehörseinräumung wurde indes nicht eingetreten. Die Beschwerdeführerin hat in der Folge keine Geschäftsgeheimnisse benannt (s.u., E. 11).

2.5 Ökonomisches Gutachten

Schliesslich hatte die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ein ökonomisches Gutachten einzuholen zur Frage der Marktauswirkungen (Beschwerde, Verfahrensantrag Ziff. 8). Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Feststellungen der Vorinstanz würden teilweise von den Ergebnissen des Gutachtens der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 abweichen (Beschwerde, Rz. 947 f.). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wurde der Verfahrensantrag abgewiesen. Ergänzend festzuhalten ist, dass die Vorinstanz eine vertiefte Marktanalyse gestützt unter anderem auf die elektronischen Geschäftsdaten (SAP) der Beschwerdeführerin, auf die Daten einer von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen Analyse des Marktforschungsinstituts GfK Switzerland AG sowie auf Daten von Erhebungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission vorgenommen hat (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 430 ff., 453 ff., 462 ff., 480 ff., 494 ff.; Anhänge, S. 149 ff.; U-act. 66). Die Beschwerdeführerin hat zudem vorinstanzlich ein Parteigutachten der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 im Umfang von über 120 Seiten eingereicht (U-act. 333, Beilage 1) sowie im Beschwerdeverfahren – nebst drei Rechtsgutachten – ein ökonomisches Ergänzungsgutachten der BAK Basel Economics AG vom Januar 2012 (Replikbeilage 24). Weitere Beweiserhebungen erschienen vor diesem Hintergrund sowie angesichts der Rechts- und Beweislage (s.u., E. 7.5.6 ff.) nicht angezeigt.

3. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, verschiedene Klauseln in den Vertriebsverträgen der Beschwerdeführerin sowie mehrerer ausländischer Konzern-Gesellschaften bezweckten eine vertikale Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Dabei handelt es sich um folgende Verträge bzw. Klauseln (angefochtene Verfügung, Dispositivziffer 1; Rz. 98 ff.):

- Vertriebsverträge zwischen der Beschwerdeführerin und sechs inländischen Grosshändlern (Ende 2004 bis Ende August 2009) mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 14 ff.):

  § 6 Ziff. 1:
  "Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet beziehen."

- Vertriebsverträge für die Kameramodelle "D3S" sowie "D3X" zwischen der Beschwerdeführerin und diversen Einzelhändlern in der Schweiz (ab November 2008 bzw. November 2009) mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 32, 33):

  Ziff. 3:
  "Der Händler verpflichtet sich, die Nikon D3X/D3S nur bei Nikon oder bei einem von Nikon autorisierten Nikon D3X/D3S[-]Händler in der Schweiz oder dem Fürstentum Liechtenstein zu beziehen."

- Vertriebsverträge "Nikon Professional Dealer" zwischen der Beschwerdeführerin und sechs Einzelhändlern in der Schweiz (2007 bis Oktober 2010) mit folgender Bestimmung (U-act. 11, S. 68):

  § 4 Ziff. 1:
  "Der 'NPSD' [Nikon Professional Service Dealer] darf die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder einem anderen von Nikon autorisierten 'NPSD' im Vertragsgebiet beziehen."

- Selektivvertriebsverträge zwischen den Nikon-Niederlassungen in Deutschland (2004 bis 2009), Österreich (ab 2006), Slowenien (ab 2007) und Ungarn sowie diversen Gross- und Einzelhändlern in den jeweiligen Ländern (U-act. 66, Beilagen 34, 35, 38, 39, 45, 46) mit folgender Bestimmung (Wortlaut gemäss deutscher Vertragsfassung):

  Art. 4 Ziff. 1:
  "Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon[-]Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen."

- "Retail Dealer Sales Agreements" und "Internet Dealer Sales Agreements" zwischen Nikon Inc., USA, und diversen amerikanischen Einzelhändlern (U-act. 353, 354), unter anderem mit folgender Bestimmung:

  Ziff. 13:
  "In no event shall customer [dealer] directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory [USA]."

- Vertriebsvertrag zwischen Nikon UK limited, Grossbritannien, und verschiedenen britischen Einzel- und Grosshändlern mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 54, 55):

  Ziff. 1.1.:
  "The distributor shall sell throughout the United Kingdom the products mentioned in the attached schedule [...]."

- Vertriebsvertrag zwischen Nikon Europe B.V., Niederlande, und dem griechischen Generalimporteur mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilage 73):

  Ziff. 5 Abs. 2:
  "However, the [D]istrib[u]tor may sell the products direc[tl]y or indirectly within any country of the European Community (EC), and[,] after its entry into force[,] [of] the European Economic Area (EEA), but the Distributor shall refrain, outside the territory and in [the] relation to the Products, from seeking customers, from establishing any branch and from maintaining any distribution depot."

- Vertriebsverträge zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O, Polen, und verschiedenen Gross- und Einzelhändlern in Polen mit jeweils folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 49, 50):

  Ziff. 2.3.:
  "The Purchaser shall therefore acquire the right to purchase Products from Nikon for the purpose of further resale on the Territory [Poland]".

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Unzulässigkeit der genannten Vertragsklauseln gemäss Art. 5 Abs. 1 KG festgestellt (Dispositivziffer 1) und gestützt darauf die Beschwerdeführerin gemäss Art. 49a KG mit einem Betrag von rund 12.5 Mio. Fr. belastet (Dispositivziffer 2). Dabei ging die Vorinstanz von einer ungleichen Interessenlage zwischen den verschiedenen Abredepartnern aus und stellte die Untersuchung gegen die mitbeteiligten Vertragshändler in der Folge ein (angefochtene Verfügung, Rz. 347 ff.: *"Interessenasymmetrie"*; Rz. 327, 330: *"dem Druck von Nikon gebeugt"*). Der Tatbestand von Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen

marktbeherrschender Unternehmen) wurde in die Untersuchung nicht einbezogen (zur Normkonkurrenz: FRANZ HOFFET, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 1997, Art. 5 N. 132 f.). Der Missbrauchstatbestand bildet damit nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. angefochtene Verfügung, Dispositivziffern 1 und 2; in analoger Weise verfuhr die Europäische Kommission in mehreren Wettbewerbsfällen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Automobilen: vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 348).

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das schweizerische Kartellgesetz sei auf ausländische Vereinbarungen sowie den Vertrieb patentrechtlich geschützter Güter nicht anwendbar (Beschwerde, Rz. 216 ff.). Ferner rügt die Beschwerdeführerin verschiedene Verfahrensmängel sowie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Rz. 59 ff., 96 ff., 104 ff., 119 ff., 125 ff., 161 ff., 169 ff., 173 ff., 183 ff., 187 ff.). In der Sache macht sie geltend, weder eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt noch eine solche bewirkt zu haben (Rz. 296 ff., 447 ff., 611 ff., 774 ff., 811 ff.). Im Übrigen treffe die Beschwerdeführerin kein Verschulden (Rz. 104 ff., 119 ff., 894 ff.). Schliesslich sei die Sanktionshöhe unangemessen (Rz. 900 ff.).

4. Geltungsbereich

Zunächst ist zu prüfen, ob der vorliegende Sachverhalt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wird. Nach Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

4.1. Persönlicher Geltungsbereich

4.1.1 Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Gemäss Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die angefochtene Sanktionsverfügung ist an die Adresse der Beschwerdeführerin als schweizerische Konzernniederlassung gerichtet, das heisst weder an

die involvierten ausländischen Schwestergesellschaften noch an die europäische Muttergesellschaft bzw. die Konzernzentrale in Japan.

4.1.2 Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest (Rz. 72): *"Sämtliche Konzerngesellschaften der Nikon-Gruppe sowie die ihr angeschlossenen Vertriebsunternehmen sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren."* Demnach wäre die Unternehmensqualität nicht dem Konzern als Ganzem, sondern den einzelnen Vertriebsgesellschaften zuzusprechen. Davon geht auch die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die rechtliche Eigenständigkeit und die behauptete Vertragsautonomie der einzelnen Konzernniederlassungen aus (Beschwerde, Rz. 24 ff., 115, 124, 889). Gestützt darauf macht sie geltend, die Verantwortung für die in den ausländischen Verträgen vorgesehenen Exportverbote könne nicht ihr, sondern allenfalls ihren Schwestergesellschaften bzw. der im Ausland domizilierten Muttergesellschaft angelastet werden; in der angefochtenen Verfügung werde die Beschwerdeführerin mithin zu Unrecht für fremdes Verhalten bestraft (Beschwerde, Rz. 119 ff.; Replik, Rz. 159 ff.).

Die Vorinstanz beruft sich demgegenüber im Beschwerdeverfahren auf eine Konzernbetrachtung; die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung seien in diesem Sinne zu verstehen (Vernehmlassung, Rz. 66). Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin an der Umsetzung der ausländischen Exportverbote aktiv mitgewirkt und auch von der Abschottung des Heimmarktes profitiert; es sei daher sachgerecht, ihr eine Mitverantwortung an der Gebietsaufteilung anzulasten (Vernehmlassung, Rz. 65 f.; Duplik, Rz. 91 ff.).

4.1.3 Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen persönlichem Geltungsbereich, Verfügungsadressat und Sanktionssubjekt. Der persönliche Geltungsbereich ist gemäss Art. 2 Abs. 1 KG an den Unternehmensbegriff geknüpft. Vorliegend stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftlicher Einheit zusammengefasst sind. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (BGer, 2C_484/2010, 29. Juni 2012, *Publigroupe,* E. 3 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 26 ff.; B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge,* E. 2.4; B-2977/2007, 27. April 2010, *Publigroupe*, E. 4.1; JÜRG

BORER, Kommentar zum KG, 3. Aufl. 2011, Art. 2 KG N. 11; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 2 KG N. 27; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 136 ff.). Demzufolge gelten Abreden innerhalb des Konzerns nicht als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. konzerninterne Umstrukturierungen nicht als Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG, sofern es den Konzerngesellschaften trotz rechtlicher Selbständigkeit an wirtschaftlicher Unabhängigkeit fehlt; umgekehrt ist bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 26 ff.; B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge,* E. 2.4; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 27; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 11; ZÄCH, a.a.O., Rz. 256; KUBLI, a.a.O., S. 136 ff.).

An der wirtschaftlichen Selbständigkeit fehlt es, wenn die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften rechtlich zu kontrollieren vermag; strittig ist, inwieweit diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt werden muss (vgl. dazu BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 26 ff.; B-2977/2007, 27. April 2010, *Publigroupe*, E. 4.1; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 11; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 27; ZÄCH, a.a.O. Rz. 256; LANG/JENNY, Keine Wettbewerbsabrede im Konzern – Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2009, S. 307 ff.; zur Revision von Art. 963 Abs. 2 OR: ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung – Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 49 ff., m.w.H.; zum europäischen Recht: MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 18, m.w.H.).

4.1.4 Weder im Kartell- noch im Verwaltungsverfahrensgesetz ist geregelt, an wen eine kartellrechtliche Verfügung zu richten ist. Parteien sind gemäss Art. 6 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung berührt werden. Die Fähigkeit, als Partei am Verwaltungsverfahren teilzunehmen und Adressat einer anfechtbaren Verfügung zu werden, setzt demzufolge grundsätzlich die Rechtsfähigkeit des betroffenen Unternehmens voraus. Die Parteifähigkeit privatrechtlicher Organisationseinheiten ist anhand der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit zu bestimmen (ISABELLE HÄNER, Kommentar VwVG, 2008, Art. 6 VwVG N. 48, Art. 48 VwVG N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013,

Rz. 444, 934 f.). Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit wird die Parteifähigkeit von Gesetzes wegen auch den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 562, 602 OR) zugesprochen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Art. 48 VwVG N. 5; MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 VwVG N. 13). Sonstige, nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften, wie insbesondere einfache Gesellschaften, scheiden als Partei eines Verwaltungsverfahrens und demzufolge als Verfügungsadressaten aus. Bei solchen nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften ist eine Verfügung an diejenigen natürlichen oder juristischen Personen zu richten, welche Mitglieder dieser Rechtsgemeinschaft sind (vgl. BGE 132 I 256, E. 1.1; BVGer, A-1513/2006, E. 3.4; HÄNER, a.a.O., Art. 48 VwVG N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 444, 935 f.). Entsprechend kommt dem Konzern mangels eigener Rechtspersönlichkeit im Kartellverfahren praxisgemäss keine Parteistellung zu (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 68 ff.; B-2977/2007, 27. April 2010, *Publigroupe*, E. 4.1 ff.). Generell wird in der schweizerischen Lehre die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. KUBLI, a.a.O., S. 181 ff., m.w.H.; zur Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verfügungsadressaten: HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 59 ff.). Gleiches gilt im europäischen Recht (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 27, m.w.H.).

Im Fall *Publigroupe* hat das Bundesgericht festgehalten, dass es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn eine Kartellsanktion der verantwortlichen Muttergesellschaft auferlegt wird (2C_484/2010, 29. Juni 2012, E. 3.4 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Diese Auffassung wird in der schweizerischen Lehre überwiegend geteilt (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 60 f.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 18, 35 ff.; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a KG N. 98; LAURENT MOREILLON, Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 50 KG N. 8; PATRIK DUCREY, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum KG, 2. Aufl. 1997, Art. 50 N. 8), teilweise aber auch abgelehnt (PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a KG N. 13; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 157; BORIS KASTEN, Sippenhaftung vs. Konzernprivileg? Wettbewerbs-

rechtliche Entscheide bei Konzernsachverhalten, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung – Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 15 ff., 30 ff.; KUBLI, a.a.O., S. 208 ff., 210 ff.). Die höchstrichterliche Praxis entspricht in diesem Punkt jener der europäischen Wettbewerbsbehörden (EuGH, Rs. C-97/08 P, 10. September 2009, *Akzo,* Slg. 2009 I 8237, Rz. 58; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 14 ff.). Im Urteil in Sachen *Swisscom ADSL* vom 14. September 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht in einem obiter dictum erwogen, dass sich auch eine Sanktionierung der in der Schweiz domizilierten *Tochter*gesellschaft als zulässig erweisen kann, wenn die Muttergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften ihren Sitz im Ausland haben (B-7633/2009, Rz. 74; nicht rechtskräftig). Dies wird auch in der Lehre so vertreten (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 61; ablehnend: TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98). In der Europäischen Union wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher Konzerngesellschaften einer Wirtschaftseinheit ausgegangen (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 23 ff.).

4.1.5 Dazu ist vorliegend festzuhalten, dass das Konzernprivileg von Art. 2 Abs. 1bis KG zwar bedeutet, dass konzerninterne Absprachen und Umstrukturierungen nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst werden, nicht aber, dass eine Tochtergesellschaft gegenüber Sachverhalten, welche von der Mutter- oder einer Schwestergesellschaft veranlasst werden, unter Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit ohne Weiteres einwenden kann, es handle sich um "fremdes" Verhalten. So ist nach dem Gesagten im Rahmen von Art. 7 KG unbestritten, dass sich die Tochtergesellschaft die kumulierte Konzernmacht anrechnen lassen muss. Die von der Beschwerdeführerin anerkanntermassen zu verantwortenden inländischen Importverbote sind entsprechend im Lichte der konzernweiten Vertriebspolitik zu beurteilen, zu welcher auch die von der Vorinstanz beanstandeten ausländischen Exportverbote gehören. Ohnehin nicht von "fremdem" Verhalten gesprochen werden kann zudem, soweit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine aktive Mitwirkung bei der Umsetzung der ausländischen Exportverbote anlastet. Insofern kann vorliegend offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich teilweise vertragsautonom gehandelt hat.

Im Übrigen ist zu unterscheiden zwischen persönlicher Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einerseits und Verantwortlichkeit im Konzernverhältnis an-

dererseits. Soweit die Beschwerdeführerin aufgrund der vorinstanzlich verfügten Sanktion für angeblich fremdes Verhalten eine Verletzung des Schuldprinzips rügt (Beschwerde, Rz. 104 ff., 119 ff.), ist nicht der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes angesprochen, sondern die Frage der Zurechnung der Sanktion; darauf wird zurückzukommen sein (wobei auch der Einwand der Beschwerdeführerin zu prüfen sein wird, sie habe die Vertriebsverträge ihrer Schwestergesellschaften nicht gekannt: Beschwerde, Rz. 115; s.u., E. 8.2.5). In persönlicher Hinsicht erweist sich das Kartellgesetz jedenfalls als anwendbar.

4.2 Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1 KG anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht und auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Dabei ist gemäss Lehre und Rechtsprechung ein objektivierter Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Vereinbarung ihrem Wesen nach, das heisst objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG N. 71; BVGer, B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge,* E. 5.3.2.6; B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW*, E. 2.2.3; B-5685/2012, 17. Dezember 2015, *Altimum,* E. 4.1; der Verweis der Beschwerdeführerin auf RPW 1999/3, S. 509 ff., E. 4.4., ist hingegen nicht einschlägig; s.u. E. 6.2.1). In vergleichbarer Weise wird in der Europäischen Union auf die der Vereinbarung objektiv innewohnende Tendenz bzw. auf den sich aus dem Verhalten der Beteiligenden objektiv erschliessenden Unternehmensplan abgestellt (vgl. Art. 101 AEUV; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 21; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 33 ff., m.w.H.; EuGH, Rs. C-501/06 P, 6. Oktober 2009, Slg. 2009 I 9291, *GlaxoSmithKline,* Rz. 58; Rs. C-31/11, 14. März 2013, *Allianz Hungária*, Rz. 37; vgl. auch Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 32 ff.), wobei im Falle einer sogenannten "Kernbeschränkung" (u.a. vertikale Gebietsaufteilung) per se ein wettbewerbsbeschränkender Zweck angenommen wird (Art. 4 Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1; EuGH, Rs. C-31/11,

14. März 2013, *Allianz Hungária*, Rz. 41; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 40; vgl. auch Gutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 33 f.).

Die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer wettbewerbsrelevanten Vereinbarung ist vorliegend im Grundsatz unbestritten (s.u., E. 7.1). Bestritten wird hingegen, dass die beanstandeten in- und ausländischen Vertriebsverträge des Nikon-Konzerns eine Behinderung von Parallelimporten in der Schweiz bezweckt oder bewirkt hätten; darauf ist nachstehend näher einzugehen (E. 4.3).

4.3 Räumlicher Geltungsbereich

4.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, es fehle in casu an einem ausreichenden Bezug zur Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG. Voraussetzung einer Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (und damit der Zuständigkeit der Schweizer Kartellbehörden) sei das Vorliegen von qualifizierten Auswirkungen der strittigen Abrede im Inland. Die reine Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem hiesigen Markt genüge nicht. Die Vorinstanz habe es unterlassen, den entsprechenden Nachweis zu führen. Sie gehe fälschlicherweise davon aus, dass vertragliche Exportverbote, die sich lediglich theoretisch auf dem schweizerischen Markt auswirkten, vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erfasst würden; dies verstosse gegen völkerrechtliche Prinzipien (Beschwerde, Rz. 223 ff., 247 ff., 378 ff.; Replik, Rz. 17 ff.; Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 349).

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, zum Zeitpunkt der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung sei in der Regel nicht bekannt, welche Auswirkungen eine strittige Wettbewerbshandlung habe; dies herauszufinden sei Sache der Untersuchung. Folglich müsse auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 Abs. 2 KG die blosse Möglichkeit substanzieller Auswirkungen genügen; die materielle Beurteilung bleibe der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 KG vorbehalten. Entscheidend sei daher nicht, ob ausländische Exportklauseln explizit im Hinblick auf den Schweizer Markt verfasst seien, sondern ob diese objektiv geeignet seien, den Wettbewerb in der Schweiz zu beeinträchtigen (angefochtene Verfügung, Rz. 74 ff.; Vernehmlassung, Rz. 112 ff.; Duplik, Rz. 5, 8 ff.).

4.3.2 Gemäss dem im Völkerrecht verankerten Territorialitätsprinzip ist die Befugnis von Staaten zu hoheitlichem Handeln auf deren Staatsgebiet beschränkt; dasselbe gilt für den Geltungsbereich staatlicher Gesetze. Hingegen lässt das Auswirkungsprinzip die Anwendung von Gesetzen auf Sachverhalte zu, die sich zwar im Ausland zutragen, jedoch im Inland auswirken (vgl. ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von Büren/Cottier [Hrsg.], Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, 1997, S. 102 f., m.w.H.; zur Terminologie: MAX GUTZWILLER, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, in: Anton Heini [Hrsg.], Elemente der Rechtsidee, 1964, S. 149 ff., m.w.H.). Die völkerrechtliche Zulässigkeit und Tragweite des Auswirkungsprinzips war bis in die zweite Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts umstritten, gilt heute aber bei moderater Handhabung als im Grundsatz international anerkannt (BGE 127 III 219, *Rhône-Poulenc*, E. 3.a; ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 2015, Rz. 593 ff., mit Hinweis auf den *Lotus*-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofs von 1927; ZÄCH, a.a.O., Rz. 271 ff., m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 20; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 42 ff., m.w.H.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 87; ebenso: Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 12 ff., 32 ff., 38). Allerdings werden in Theorie und Praxis teilweise qualifizierte Anforderungen an den Binnenbezug gestellt. Die US-amerikanische Jurisdiktion hat die Formel entwickelt, wonach die Auswirkungen unmittelbar, wesentlich und vorhersehbar zu sein haben (*"direct, substantial and reasonably foreseeable"*); in der Praxis legen die US-Behörden ihre Zuständigkeit jedoch teilweise extensiv aus, was im Ausland wiederholt auf Kritik gestossen ist (vgl. LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 45 f., 47; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 13 ff., m.w.H.). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stützt sich nicht explizit auf das Auswirkungsprinzip; die Zulässigkeit extraterritorialer Anwendung von Gemeinschaftsrecht auf Sachverhalte mit Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt ist jedoch im Grundsatz unbestritten (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 50 ff., m.w.H.; vgl. auch Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 26 ff.). Voraussetzung für eine Anwendung EU-rechtlicher Wettbewerbsregeln ist das Vorliegen einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (Binnenmarktkriterium), ferner die Spürbarkeit der Auswirkungen (Aufgreifkriterium; EU-Kommission, *De minimis*-Bekanntmachung vom 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., m.w.H.).

4.3.3 In der Schweiz ist das Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG verankert. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip sowie in Anlehnung an die US-amerikanische und europäische Praxis wird in der schweizerischen Kartellrechtslehre überwiegend eine einschränkende Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG vertreten. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich: Mit der Forderung, die Wettbewerbsbeschränkung habe "unmittelbar" und "vorhersehbar" zu sein, ist primär der Kausalzusammenhang zwischen vorgeworfenem Tun und wettbewerbsbehinderndem Erfolg sowie die Vorwerfbarkeit des Verhaltens angesprochen, mit der Forderung, die Auswirkung habe "wesentlich" bzw. "spürbar" zu sein, das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 21; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 51 ff.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 268; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 926). Dabei ergibt sich ein Abgrenzungsproblem zu den materiellen Beurteilungskriterien gemäss Art. 5 und Art. 49a KG, insbesondere zum Begriff der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung sowie zur Verantwortlichkeitsproblematik (s.u., E. 7, 8.2). Vereinzelt wird daher auch gefordert, die Intensität der Auswirkungen sei gesamthaft im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen (BÄR, a.a.O., S. 93; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53), zumal zu Beginn einer Untersuchung in der Regel nicht feststehe, welche Auswirkungen eine strittige Wettbewerbshandlung im Einzelnen habe, weshalb für die Einleitung eines Kartellverfahrens die blosse Möglichkeit von Auswirkungen genügen müsse (LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53). Ein entsprechendes Ermessen ergibt sich allerdings bereits aus Art. 27 KG, wonach für die Eröffnung einer Untersuchung blosse Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ausreichen (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 21). Zu beachten ist im Übrigen die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG, wonach als Wettbewerbsabreden Vereinbarungen gelten, welche eine Wettbewerbsbeschränkung *„bezwecken oder bewirken“*. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 257 f., 382 ff.) folgt daraus, dass unter den sachlich-räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes nicht nur tatsächliche, sondern auch potenzielle Auswirkungen von Wettbewerbsabreden fallen (BGE 127 III 219, *Rhône-Poulenc*, E. 3.b; BVGer, B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge,* E. 5.3.2.6; B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW*, E. 2.2.3; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N. 11, m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 2 N. 21; ZÄCH, a.a.O., Rz. 244).

4.3.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich wiederholt einlässlich mit dem räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes befasst. Es hielt

fest, dass Art. 2 Abs. 2 KG keine besondere Intensität der Auswirkungen vorschreibe. Der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sei weit zu fassen, wobei die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aussage. Erst im Rahmen der materiellen Beurteilung habe eine vertiefte Prüfung der strittigen Verhaltensweise zu erfolgen. Abstrakte Kriterien wie Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit seien nur beschränkt justiziabel (B-506/2010, 19. Dezember 2013, *Elmex*, E. 3.3; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 21; B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW*, E. 2.3). Diese Praxis ist in der Lehre teilweise begrüsst (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, S. 508), teilweise unter Verweis auf völkerrechtliche Prinzipien sowie im Hinblick auf bestehende Vollzugsschwierigkeiten im Ausland kritisiert worden (RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2014, S. 231; GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 2016, S. 325).

In casu zu beurteilen ist das in den schweizerischen Verträgen der Beschwerdeführerin statuierte Importverbot für im Ausland vertriebene Vertragsware (s.o., E. 3). Ergänzend dazu sehen die Vertriebsverträge der Nikon-Gruppe in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn ein ausdrückliches Exportverbot für Vertragswaren in Länder ausserhalb des EWR vor. Ebenso ist in den US-Verträgen ein generelles Exportverbot verankert. Zudem enthalten die Vertriebsverträge in Grossbritannien, Griechenland und Polen Klauseln, welche den Vertrieb auf das jeweilige Vertragsgebiet beschränken. Zu Recht ist die Vorinstanz vor diesem Hintergrund zum Schluss gelangt, die genannten Klauseln seien insgesamt objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu beeinträchtigen (angefochtene Verfügung, Rz. 147 ff., 170 ff.). Potenzielle Auswirkungen auf die Schweiz bzw. Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung sind damit gegeben. Auf den konkreten Inhalt der Verträge sowie deren Umsetzung wird zurückzukommen sein (s.u., E. 7.1, 7.2.3). Den Nachweis einer direkten Absicht der Abredepartner hatte die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 257 f., 382 ff.) hingegen nicht zu führen (s.o., E. 4.2; zur Vorwerfbarkeit: s.u., E. 8.2). Dies gilt im Übrigen, wie ausgeführt, auch in der Europäischen Union. Zwar verweist das von der Beschwerdeführerin eingereichte Parteigutachten der Professoren Nettesheim und Thomas (Replik-Beilage 1, S. 29 ff., 34 ff., 37 f., 40) auf den Umstand, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil

in Sachen *Javico* zum Schluss gelangt ist, dass eine Vertragsklausel, welche einem in der EU ansässigen Händler den Vertrieb ausserhalb des europäischen Binnenmarkts überträgt, zugleich jeden Verkauf in einem anderen Gebiet, einschliesslich jenes der Europäischen Gemeinschaft, sowohl durch Direktverkauf als auch durch Rücklieferung aus dem Vertragsgebiet, untersagt, eine Wettbewerbsbeschränkung im Binnenmarkt weder bezwecke noch bewirke (28. April 1998, C-306/96, Rz. 19 ff.), doch hat der Gerichtshof in späteren Urteilen unmissverständlich festgehalten, dass eine Vereinbarung, die ihrer Natur nach auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sei, sich nicht damit rechtfertigen lasse, dass mit ihr auch andere Zwecke verfolgt werden (EuGH, Rs. T-4902, 27. Juli 2005, *Brasserie Nationale*, Slg. 2005 II-3033, Rz. 85; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 36, m.w.H.).

Davon abgesehen lässt sich das in den US-Verträgen statuierte umfassende und absolute Exportverbot (Ziff. 13 US-Verträge; U-act. 353, 354) auch nicht mit angeblicher Rücksichtnahme auf US-amerikanische Exportrestriktionen (Beschwerde, Rz. 265 ff.) plausibel begründen; die Berufung auf die territoriale Vermarktung von Schutzrechten (Beschwerde, Rz. 268 ff.) wiederum ändert nichts an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Einfuhrbeschränkungen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG; s.u., E. 4.4). Überhaupt erscheint die Einwendung der Beschwerdeführerin, die Vertragsparteien hätten bei der Redaktion der strittigen Exportverbotsklauseln in den ausländischen Händlerverträgen nicht an die Schweiz gedacht (Beschwerde, Rz. 262, 268 ff., 275 ff.), schon angesichts der starken wirtschaftlichen Verflechtung der Schweiz mit dem Ausland sowie aufgrund der institutionellen Unabhängigkeit der hiesigen Wettbewerbsbehörden wenig glaubhaft, wobei es sich bei den regionalen Vertriebsgesellschaften um Niederlassungen eines in Compliance-Fragen keineswegs unerfahrenen international tätigen Konzerns handelt; im Übrigen schützt blosse Unkenntnis nicht vor den Rechtsfolgen (s.u., E. 8.2). Nicht von extraterritorialer Anwendung des Kartellgesetzes gesprochen werden kann, soweit die im Inland ansässige Konzernniederlassung an der Durchsetzung der ausländischen Vertragsklauseln von ihrem schweizerischen Sitz aus aktiv mitgewirkt hat. Die Frage des ausreichenden Binnenbezugs stellt sich überdies nur hinsichtlich der ausländischen Verträge; in Bezug auf die schweizerischen Verträge liegt ein Inlandsachverhalt vor (wobei zwischen Import- und Exportverboten ein Sachzusammenhang besteht). Die Vorinstanz ist daher in räumlicher Hinsicht zu Recht von der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausgegangen und damit von ihrer Zuständigkeit zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts.

4.4 Immaterialgüterrechte

Art. 3 Abs. 1 KG enthält einen Vorbehalt im Hinblick auf Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen nicht unter das Gesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben; Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, unterliegen hingegen der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

4.4.1 Die Vorinstanz vertrat in der angefochtenen Verfügung die Auffassung, Beschränkungen von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte würden in jedem Fall der kartellrechtlichen Beurteilung unterliegen (angefochtene Verfügung, Rz. 79 ff.). Die Beschwerdeführerin wendet ein, die von den amerikanischen und europäischen Vertriebsverträgen betroffenen Produkte seien teilweise patentrechtlich geschützt. Das US-amerikanische Patentrecht beruhe auf dem Prinzip der nationalen Erschöpfung, das EWR-Recht auf dem Prinzip der regionalen Erschöpfung. Die vertraglichen Ausfuhrbeschränkungen entsprächen internationalen Standards und seien aus immaterialgüterrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf den strafähnlichen Charakter direkter Sanktionen sei der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 KG eng auszulegen (Beschwerde, Rz. 83 ff., 244 ff., 268 ff.).

4.4.2 Zwischen staatlich verliehenen Monopolrechten und der Zielsetzung des Kartellgesetzes, den Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG), besteht naturgemäss ein gewisses Spannungsverhältnis: Immaterialgüterrechte dienen dem Schutz geistiger Schöpfungen sowie der marktwirtschaftlichen Innovationsförderung; von ihnen geht (je nach Betrachtungshorizont) sowohl eine wettbewerbsfördernde als auch (zeitlich begrenzt) eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aus. Insoweit das Kartellgesetz "wirksamen Wettbewerb" als dynamischen Prozess versteht, sind ihm solche Ambivalenzen immanent. Hinzu kommt das generelle Missbrauchspotenzial subjektiver Rechte (zum Ganzen: Botschaft KG 1995, S. 511 ff.; RETO HILTY, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N. 1 ff., m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 21 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 20 ff., 290 ff.). Immaterialgüterrechte sind in der Regel befristet; im Übrigen gelten mit Inverkehrsetzung der immaterialgüterrechtlich geschützten Ware die daran bestehenden Schutzrechte im Allgemeinen als erschöpft. Dies ist nach dem Grundsatz der nationalen Erschöpfung bei Inverkehrsetzung im Inland der Fall; nach

dem Grundsatz der internationalen Erschöpfung genügt bereits die Inverkehrsetzung im Ausland. Von regionaler Erschöpfung wird dagegen gesprochen, wenn Immaterialgüterrechte bei Inverkehrsetzung in bestimmten Ländern erlöschen (z.B. gemeinsamer Markt). In der Rechtspraxis sind sämtliche Idealtypen verbreitet (zum Ganzen: BGE 126 III 129, *Kodak,* E. 1.a, m.w.H.).

Ist ein Immaterialgüterrecht an einer im Ausland rechtmässig in Verkehr gebrachten Sache aus Sicht des rechtsanwendenden Staates im Inland erschöpft, lassen sich Parallelimporte nicht unter Berufung auf Schutzrechte verhindern. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt im schweizerischen Marken- und Urheberrecht der Grundsatz der internationalen Erschöpfung (BGE 122 III 469, *Chanel*; 124 III 321, *Nintendo*). Mit Urteil vom 7. Dezember 1999 erkannte das Bundesgericht im Patentrecht hingegen auf nationale Erschöpfung; zugleich hielt es fest, das Kartellgesetz sei auf die Verhinderung von Einfuhren patentrechtlich geschützter Güter anwendbar, sofern die Inverkehrsetzung im Ausland unter vergleichbaren Bedingungen wie im Inland erfolgt sei (BGE 126 III 129, *Kodak,* E. 9). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wurde im Zuge der Kartellgesetzrevision im Jahr 2003 in Art. 3 Abs. 2 KG der Satz eingefügt, wonach Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen. Den Materialien lässt sich entnehmen, dass die Gesetzesnovelle vorwiegend durch das Anliegen der Marktöffnung sowie der Senkung des inländischen Preisniveaus motiviert war (Botschaft KG-Revision 2003, BBl 2002, S. 2022, 2029, Ziff. 1.3.2.). Ebenfalls in Reaktion auf die *Kodak*-Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde im Jahr 2008 in Art. 9a Abs. 1 PatG (SR 232.14) die europaweite Erschöpfung festgeschrieben (mit Ausnahme u.a. pharmazeutischer Produkte; zum Ganzen: HILTY, a.a.O., Art. 3 Abs. 2 KG N. 16 ff., m.w.H.).

4.4.3 Im Lichte des vorstehend Gesagten kommt es vorliegend für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht auf die Erschöpfung des Schutzrechts und damit auch nicht auf die Bedingungen der Inverkehrsetzung der von Nikon im Ausland vertriebenen Produkte an, da Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG keinen entsprechenden Vorbehalt enthält; in der Lehre wird dies als qualifiziertes Schweigen ausgelegt und angenommen, das revidierte Gesetz gehe über das Bundesgerichtsurteil in Sachen *Kodak* hinaus (HILTY, a.a.O., Art. 3 Abs. 2 KG N. 7; ZÄCH, a.a.O., Rz. 305; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 205 f.; FELIX

SCHRANER, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, 2010, Rz. 171). Zu diesem Schluss gelangte im Übrigen auch ein internes Rechtsgutachten der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2008 (U-act. 10, S. 8). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Vergleichbarkeit der Bedingungen der Inverkehrsetzung (Beschwerde, Rz. 91 f.) zielen daher an der Sache vorbei. Soweit die Beschwerdeführerin überdies geltend macht, in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG sei lediglich von *"Einfuhrbeschränkungen"* die Rede, nicht von Ausfuhrbeschränkungen (Beschwerde, Rz. 84 ff.), ist festzuhalten, dass vertragliche Exportverbote ebenso wie vertragliche Importverbote geeignet sind, eine Beschränkung des Parallelhandels und damit der Einfuhren zu bewirken. Dass der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 KG im Hinblick auf den strafähnlichen Charakter direkter Sanktionen eng auszulegen wäre (Beschwerde, Rz. 93), trifft überdies nicht zu; der Grundsatz *nulla poena sine lege* findet wohl im Rahmen von Art. 49a KG sinngemäss Anwendung, nicht aber im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG. Im Übrigen ergäbe eine solch enge Auslegung in casu auch keinen Sinn: Da vertragliche Importverbote ebenso wie vertragliche Exportverbote lediglich die jeweiligen Vertragshändler im Inland bzw. Ausland binden, während vertragsungebundene Händler keiner Beschränkung unterworfen sind, entfaltet erst eine Kombination von Import- und Exportklauseln, wie sie die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zur Last legt, umfassende Wirkung. Die Frage, ob auf ausländische Verträge auch in räumlicher Hinsicht das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt, ist wiederum gestützt auf Art. 2 Abs. 2 KG nach dem Auswirkungsprinzip zu beantworten (s.o.). Ist dies der Fall, entspricht es durchaus dem Willen des Gesetzgebers, eine wettbewerbsrechtlich nicht gerechtfertigte Abschottung des inländischen Markts auch nicht unter Berufung auf die nationale Erschöpfung von Immaterialgüterrechten zuzulassen (BVGer B-506/2010, 19. Dezember 2013, *Elmex*, E. 8.2.2, 8.3.3).

5. Prozessuale Rügen

Die Beschwerdeführerin rügt weiter die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Soweit sie geltend macht, die Vorinstanz habe das Legalitäts- und Schuldprinzip (Beschwerde, Rz. 59 ff., 104 ff., 119 ff.), das Rückwirkungsverbot (Beschwerde, Rz. 96 ff.) sowie die Beweisführungs- und Begründungspflicht (Beschwerde, Rz. 125 ff., 183 ff.) verletzt, wird auf die entsprechenden Vorbringen im Rahmen der materiellen Beurteilung zurückzukommen sein. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin verschiedene Verfahrensmängel geltend: die fehlende Unabhängigkeit der Sanktionsbehörde (Beschwerde, Rz. 187 ff.), die Verwertung widerrechtlich erlangter

Beweise (Beschwerde, Rz. 169 ff., 173 ff.) sowie die Verletzung des Gehörsanspruchs (Beschwerde, Rz. 161 ff.). Darauf ist im Folgenden näher einzugehen. Im Anschluss daran folgen allgemeine Erwägungen zum Beweismass.

5.1 Strafähnliche Rechtsnatur

Die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen zeichnen sich durch einen abschreckenden sowie vergeltenden Zweck aus und sind hinsichtlich ihrer Höhe von der Schwere des Verstosses abhängig. Ihnen kommt daher ein pönaler bzw. strafähnlicher (oder "strafrechtsähnlicher") Charakter zu, und zwar unbesehen des Umstands, dass die Massnahmen im Kartellrecht verankert sind. Dies hat das Bundesgericht im *Publigroupe*-Urteil klargestellt (BGE 139 I 72*,* E. 2.2.2, m.w.H.). Die Qualifizierung hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren grundsätzlich die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien zu beachten sind, die für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72, E. 2.2.2). Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, *Publikationsverfügung i.S. Nikon*, E. 8.2), weshalb die Verfahrensgarantien der EMRK nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen (EGMR, Nr. 73053/01, 23. November 2006, *Jussila*, Rz. 43; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 651). Zu beachten ist ferner, dass Kartellsanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einem Unternehmen auferlegt werden; Verfügungsadressaten sind juristische oder natürliche Personen (s.o., E. 4.1). Auch juristische Personen sind grundsätzlich Träger verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien, doch sind Einschränkungen zu beachten, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben (BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.4; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 645; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 294 ff.). Schliesslich gelten die strafprozessualen Garantien nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.5, m.w.H.). Diese Grundsätze werden im Folgenden zu berücksichtigen sein.

5.2. Unabhängigkeit der Behörde

Die Beschwerdeführerin rügt die fehlende Unabhängigkeit der Sanktionsbehörde (Beschwerde, Rz. 187 ff.). Zutreffend ist, dass die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission angesichts des Einbezugs von Interessenvertretern sowie von öffentlichen Funktionsträgern den Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV bezüglich Unabhängigkeit und Gewaltenteilung nicht in jeder Hinsicht entspricht. Das Bundesgericht hat im *Publigroupe*-Entscheid festgehalten, dass es gemäss EGMR-Rechtsprechung ausreicht, wenn die konventionsrechtlichen Vorgaben in einem Rechtsmittelverfahren vor einem unabhängigen Gericht eingehalten werden, in welchem die kartellrechtliche Sanktion in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf Beschwerde hin mit voller Kognition überprüft wird (BGE 139 I 72, E. 4.3 ff., m.w.H.). Dies ist im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich der Fall (vgl. Art. 2 VGG und Art. 12, 32, 49 VwVG; BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 58 ff.; s.u. E. 7.5.6 ff.). Die Rüge der Beschwerdeführerin in diesem Punkt erweist sich damit als unbegründet.

5.3 Beweiserhebung

Nach Art. 40 Satz 1 KG haben Beteiligte an einer Wettbewerbsabrede sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (s.o., E. 2.1). Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 und 17 VwVG (Art. 40 Satz 2 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten; Art. 64 BZP ist sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; für diese Zwangsmassnahmen sind Art. 45 ff. VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG). Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 39 KG). Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis Fr. 100'000.– belastet. Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, wird mit einer Busse bis Fr. 20'000.– bestraft (Art. 55 KG).

5.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Sekretariat der Wettbewerbskommission habe ihr mit Schreiben vom 27. April 2010 unter Hinweis

auf die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG einen Fragebogen zugesandt mit der Aufforderung, sämtliche Vertriebsverträge von Nikon mit Gross- und Detailhändlern in der EU sowie in den USA und in Hongkong einzureichen. Dieses Vorgehen verstosse gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs; die Verträge dürften daher nicht zulasten der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden (Beschwerde, Rz. 169 ff.). Zudem habe die Vorinstanz am 24. März 2010 eine Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin durchgeführt und dabei unter anderem die elektronische Firmenkorrespondenz beschlagnahmt; mangels ausreichenden Anfangsverdachts sei die Massnahme widerrechtlich, weshalb zulasten der Beschwerdeführerin nicht auf die entsprechenden Dokumente abgestellt werden dürfe (Beschwerde, Rz. 173 ff.).

5.3.2 Voraussetzungen und Inhalt des Aussage- und Herausgabeverweigerungsrechts im Kartellsanktionsverfahren (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz *"nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare"*) sind in der Lehre umstritten (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40 KG N. 4; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 42 KG N. 16 ff., m.w.H.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 16 ff., 23 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des "legal privilege", 2010, S. 166 ff., m.w.H.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 238 ff., 257 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 578 ff., m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 2008 ff.; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 81 ff., 90 ff., m.w.H.). Art. 16 VwVG, der vorliegend sinngemäss anwendbar ist (Art. 40 KG), verweist auf Art. 42 BZP. Aus dieser Bestimmung lässt sich bei weiter Auslegung ein Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht des an einer Abrede beteiligten Unternehmens herleiten (BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 86 ff.; LANG, a.a.O., Rz. 16; a.M.: BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 16; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 40 KG N. 17 ff.). Im Übrigen besteht gemäss EGMR-Rechtsprechung gestützt auf Art. 6 EMRK ein generelles Recht des Beschuldigten, in einem Strafverfahren nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, bzw. ein generelles Verbot, im Strafverfahren auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch ungebührlichen Druck oder Zwang gegen den Willen des Beschuldigten erlangt wurden

(BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.2, mit Verweis auf die EGMR-Praxis). Nach der Praxis des Bundesgerichts können sich auch Unternehmen bzw. juristische Personen auf ein entsprechendes Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht berufen (BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.4, m.w.H.; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 81 ff., 90 ff.). Allerdings gilt dieses Recht nicht absolut; vielmehr ist unter Abwägung sämtlicher involvierter Interessen im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob ein ungebührlicher Druck oder Zwang ausgeübt wurde (BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.5, m.w.H.).

In diesem Sinne hat das Bundesgericht festgehalten, dass es nicht von vornherein gegen verfassungsmässige Rechte verstösst, ein Unternehmen in einem Sanktionsverfahren zur Herausgabe von sachverhaltsbezogenen Dokumenten zu verpflichten. Die Mitwirkungspflicht nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG ist nicht EMRK-widrig; im verwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren besteht keine generelle Verpflichtung, auf das Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen (BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.6, 3.4.). Art. 40 VStrR und Art. 158 StPO, welche eine entsprechende Belehrung für das Verwaltungsstrafverfahren bzw. die Strafuntersuchung vorschreiben, sind im Kartellverfahren – jedenfalls im Rahmen schriftlicher Beweiserhebung – nicht unmittelbar anwendbar (Art. 39 KG; BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 134 ff.). Mit Urteil vom 24. Februar 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, lediglich eine selbständige, auf vorgängige Bestreitung der Mitwirkungspflicht hin ergangene, spezifische Auskunftsverfügung sei allenfalls als unzulässiger Zwang im Sinne von Art. 6 EMRK zu werten, nicht aber ein formloses Auskunftsformular mit Hinweis auf die gesetzliche Auskunftspflicht (B-2050/2007, 24. Februar 2010, *Mobilfunkterminierung,* E. 5.7.5.1, m.w.H.). Vorliegend beschränkte sich die Vorinstanz auf die Zusendung eines Fragebogens mit formloser (nicht in die Form einer anweisenden Verfügung gekleideter) Aufforderung. Ein ungebührlicher Druck oder Zwang ist mithin vorliegend nicht gegeben. Zudem wurde erstinstanzlich, soweit ersichtlich, kein Aussage- bzw. Editionsverweigerungsrecht geltend gemacht (vgl. Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333). Die Rüge erscheint damit im Beschwerdeverfahren auch als verspätet (vgl. BGE 132 II 485 E. 4; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1623 f.).

Im Übrigen enthält der strittige Fragebogen, der überdies auf eine Strafandrohung verzichtet, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ei-

nen ausdrücklichen Verweis auf das in Art. 16 VwVG statuierte Aussageverweigerungsrecht (U-act. 45). Abgesehen davon besteht gemäss EGMR-Rechtsprechung kein Verwertungsverbot für Beweismittel, welche unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren (EGMR, 19187/91, 17. Dezember 1996, *Saunders*, Rz. 69; vgl. auch BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 101 ff., m.w.H.). Dies gilt insbesondere für Dokumente, die im Rahmen einer Hausdurchsuchung oder bei Dritten beschafft werden könnten (RAUBER, a.a.O., S. 192 ff.; vgl. Art. 42 KG). Die Rüge in Bezug auf das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet; die strittigen Angaben sind verwertbar, auf die herausgegebenen Verträge kann abgestellt werden.

5.3.3 Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden auf Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet (Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG). Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung mit Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 22. März 2010 angeordnet (U-act. 7). Beim Durchsuchungsbefehl handelt es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon ist eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 149/150, m.w.H.). Unterbleibt sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls (Art. 46 Abs. 2 VwVG) als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, kann nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden (HANGARTNER, a.a.O., S. 259; BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 150, m.w.H.). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin weder den Durchsuchungsbefehl angefochten noch vorinstanzlich Einsprache gegen die Beschlagnahme und Sichtung der elektronischen Dateien erhoben. Sie ist daher mit der Rüge im vorliegenden Verfahren nicht zu hören.

Im Übrigen ist der hinreichende Tatverdacht entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin vorliegend zu bejahen, zumal an den Anfangsverdacht keine hohen Anforderungen zu stellen sind; insbesondere ist eine substantiierte Anzeige, wie sie in casu vorlag, als ausreichend zu erachten (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 52). Ein weitergehender *"dringender"* Tatverdacht ist hingegen nicht erforderlich (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 51). Auch die für den Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführerin erforderliche Verhältnismässigkeit (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG

N. 48 ff.) ist angesichts der Schwere des in Frage stehenden Verstosses bei vertikalen Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich zu bejahen (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 61). Die Rüge erscheint daher auch in der Sache als unbegründet. Auf die anlässlich der Hausdurchsuchung erhobenen Beweise, insbesondere die elektronische Firmenkorrespondenz, kann abgestellt werden.

5.4 Akteneinsicht

Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe vorinstanzlich nicht Einsicht in sämtliche Verfahrensakten erhalten; für nicht vollständig offengelegte Aktenstücke gelte ein Verwertungsverbot (Beschwerde, Rz. 161 ff.).

Die Vorinstanz beruft sich demgegenüber auf ihre Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen Dritter; soweit Akten nicht vollständig offengelegt worden seien, habe sie deren Inhalt umschrieben (Vernehmlassung, Rz. 90 ff.).

5.4.1 Das Akteneinsichtsrecht ergibt sich aus dem verfassungsmässig verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 32 Abs. 2 BV). Im Verwaltungsverfahren sieht Art. 26 VwVG ein Akteneinsichtsrecht vor. Nach Art. 27 VwVG darf die Einsichtnahme verweigert werden, soweit wesentliche private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde vom wesentlichen Inhalt Kenntnis und ausserdem Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Bezeichnung von Gegenbeweismitteln gegeben hat (Art. 28 VwVG). Nach Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 25 KG N. 47).

5.4.2 Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 beantragte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Einsicht in vorinstanzlich nicht offengelegte Akten (Verfahrensanträge, Ziff. 3). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Einsichtsbegehren im beantragten Umfang gut. Gemäss Bundesgerichtspraxis gilt eine nicht schwerwiegende oder wiederholte Gehörsverletzung trotz formeller Natur des Anspruchs als geheilt, wenn die Gehörsgewährung vor einer Rechtsmittelinstanz mit umfassender Kognition nachgeholt wird (BGE 127 V 431, E. 3.d.aa; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 273). Dies ist vorliegend geschehen (vgl. Art. 12, 32, 49 VwVG; s.o.,

E. 5.2). Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht die Akteneinsicht mit der Zustimmung der Betroffenen begründet (Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013, S. 2); aus der nachträglichen Einräumung kann daher nicht ohne Weiteres auf eine vorinstanzliche Gehörsverletzung geschlossen werden. Vielmehr hat sich die Vorinstanz auf ein Geheimhaltungsinteresse berufen und den Inhalt der nicht vollständig offengelegten Akten umschrieben. Eine Verletzung von Verfahrensrechten ist nicht erkennbar.

5.5 Beweismass

Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedenen Punkten die Beweiswürdigung der Vorinstanz und macht gestützt darauf eine Verletzung der Unschuldsvermutung geltend (Beschwerde, Rz. 125 ff.). Im Einzelnen werden die entsprechenden Rügen im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen sein (s.u., E. 7 und 8). Es erscheint indes angezeigt, vorweg in allgemeiner Weise auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden Grundsatzfragen einzugehen.

5.5.1 Nach Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3; BVGer, B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge*, E. 6.4.4; NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 49a - 53 KG, Rz. 248 ff.; ESTHER TOPHINKE, Basler Kommentar zur StPO, Bd. I, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 79). Im Strafprozessrecht und Verwaltungsstrafrecht gilt der Grundsatz *in dubio pro reo* (Art. 10 Abs. 1 StPO). Als Beweislastregel besagt der Grundsatz, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Als Beweismassregel folgt daraus, dass das Gericht eine Tatsache nur als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 StPO). Der Grundsatz gilt nur für Tatfragen, nicht für Rechtsfragen (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.1; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG, Rz. 248 ff.; TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 StPO N. 76). Das Strafgericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO); dabei ist es an sein pflichtgemässes Ermessen gebunden (TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 StPO N. 54 ff.).

Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG). Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet

(BGE 130 II 482, E. 3.2; AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Art. 12 VwVG N. 16). Allgemein gelangt im Verwaltungsrecht das Regelbeweismass des vollen Beweises (Überzeugungsbeweis, *certitude*) zur Anwendung, das heisst, eine Behörde darf eine Tatsache nur als bewiesen annehmen, wenn sie deren Vorhandensein nicht ernsthaft bezweifelt (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2; BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 727; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*vraisemblance prépondérante*) als genügend erachtet; die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint (vgl. BGE 119 V 7, E. 3.c.bb; BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen genügt generell ein blosses Glaubhaftmachen (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 729; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). Auch im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 723; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 483).

5.5.2 Die Unschuldsvermutung gilt grundsätzlich auch im Verwaltungssanktionsverfahren (BGE 105 Ib 117, E. 1.a; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 486; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 728), doch ist strittig, ob im Kartellrecht das reguläre Beweismass (so KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 5 KG N. 617; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, S. 288 f.; DAVID ET AL., Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, Rz. 1293 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 616 ff.; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, S. 1345) oder ein reduziertes Beweismass (so ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 30 KG N. 101 f.; WALTER A. STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das Kartellgesetz in der Praxis, 2000, S. 23; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, S. 275 ff.; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter vom 2. Februar 2015, Rz. 8 ff.; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, "Si unus cum una...": Vom Beweismass im Kartellrecht, Baurecht 2005,

S. 119; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, AJP 1999, S. 844) zur Anwendung gelangen soll. Die Forderung nach Beweiserleichterungen im Kartellrecht wird mit der Komplexität ökonomischer Sachverhalte, der Interdependenz des Verhaltens von Marktbeteiligten, den in der Regel nur beschränkt vorhandenen bzw. nur schwer zu beschaffenden Marktdaten sowie der faktischen Unmöglichkeit empirischer Aussagen zu künftigen oder hypothetischen Entwicklungen begründet. Da wirksamer Wettbewerb von seinem Wesen her dynamisch angelegt ist, sind Aussagen zu künftigen oder alternativen Marktentwicklungen in der Regel unumgänglich, während eine Vielzahl von Annahmen, wie beispielsweise zur Substituierbarkeit von Gütern oder zur Preiselastizität der Nachfrage, zwangsläufig auf Hypothesen beruhen. Im Urteil in Sachen *Publigroupe* hat das Bundesgericht festgehalten, dass in Kartellverfahren in der Regel *"die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. [...] Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung [...] kaum möglich."* Die Anforderungen an den Nachweis entsprechender Tatsachen dürfen daher gemäss Bundesgericht mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden. *"Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen"* (BGE 139 I 72, E. 8.3.2).

Dem folgt die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts. Zwar ist das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen *Baubeschläge* zum Schluss gelangt, im Kartellsanktionsverfahren gelte grundsätzlich das Erfordernis des "Vollbeweises" (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 4.3.2, 6.4.5), was in der Lehre teilweise kritisiert und als Widerspruch zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Elmex* dargestellt wurde (CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 9; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“, a.a.O., S. 275). Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in den *Elmex*-Urteilen keinen bestimmten Beweisgrad festgelegt, sondern einerseits auf das im Verwaltungsverfahrensrecht geltende Regelbeweismass verwiesen, andererseits auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* (B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 5). Derselbe relativierende Hinweis findet sich auch in den *Baubeschläge*-Urteilen (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 4.3.7 f., m.w.H.; zur unterschiedlichen Sachverhaltskonstellation: STEPHAN BREITENMOSER, Beweis- und

verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Jusletter vom 20. April 2015, Rz. 6 ff., 9 ff.). Dies steht im Einklang mit der früheren Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (A-2969/2010, 28. Februar 2012, *Swisscom/ COLT*, E. 13.2; BVGE 2009/35, *Swisscom Bitstrom*, E. 7.4). Im Fall *Swisscom ADSL* hat das Bundesverwaltungsgericht erneut festgehalten, dass im Kartellsanktionsverfahren ein strikter Beweis entfällt, wo ein solcher objektiv nicht möglich ist, wie im Falle der Beurteilung künftiger oder alternativer Marktentwicklungen; diesbezüglich gelangt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung. Hingegen ist der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine der genannten Beweisschwierigkeiten bestehen, beispielsweise in Bezug auf die Teilnahme an einem Kartelltreffen (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 162 f.; ebenso: BVGer, B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW,* E. 3.11.3; B-5685/ 2012, 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3). Im Zivilprozessrecht wird analog etwa für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs nach Art. 41 OR die blosse Wahrscheinlichkeit als ausreichend erachtet (vgl. ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum OR, Art. 41 OR N. 117 ff.), während ein empirischer Nachweis einer hypothetischen Kausalität von vornherein ausser Betracht fällt (vgl. BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3.1, m.w.H.).

Auch im Kernstrafrecht sind die Beweisanforderungen nicht per se höher. Erforderlich ist im Hinblick auf die Unschuldsvermutung in objektiver Hinsicht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit sowie in subjektiver Hinsicht die volle Überzeugung des Richters (RIKLIN, a.a.O., Art. 10 StPO N. 9; HAUSER/ SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., § 54 Rz. 11); ein Schuldspruch ist beispielsweise auch möglich, wenn Aussage gegen Aussage steht (vgl. WOHLERS, a.a.O., Art. 10 StPO N. 27). Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung (auch) im Kartellverfahren nicht absolut, und zwar unbesehen des Umstands, dass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Verwaltungssanktionsverfahren nicht in voller Schärfe zur Anwendung gelangen (BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.4 f.; s.o., E. 5.1). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden. Dabei spielt auch das Beweisthema eine Rolle. So ist mit Blick auf das vorliegende Verfahren zu beachten, dass der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes typischerweise ein ganzes Bündel regionaler Bezugs- und Lieferbeschränkungen mit einer Vielzahl involvierter ausländischer Vertragshändler voraussetzt; darauf wird im Rahmen der Beweiswürdigung zurückzukommen sein (s.u., E. 7.2.2).

5.5.3 Unzulässig erscheint nach dem Gesagten eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet. Hingegen hat das Bundesverwaltungsgericht in Sachen *Baubeschläge* festgehalten, dass eine blosse Beweislastverschiebung zulasten des angeschuldigten Unternehmens zulässig ist, sofern das Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich wirksam zu verteidigen (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 6.4.5). Beweisvermutungen im Sinne von tatsächlichen Schlüssen aus bewiesenen Tatsachen sind gemäss EGMR-Praxis mit der Unschuldsvermutung vereinbar, sofern sie widerlegbar sind (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a -53 KG N. 252, m.w.H.; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge", a.a.O., S. 276). Dies gilt zum einen für gesetzliche Beweisvermutungen, wie sie Art. 5 Abs. 3 und 4 KG darstellen. Zum andern hat dies aber auch für Annahmen gestützt auf bewiesene Tatsachen im Rahmen der Beweiswürdigung zu gelten, beispielsweise indem aus einem schriftlichen Vertrag mangels gegenteiliger Indizien in widerlegbarer Weise geschlossen wird, das schriftlich Fixierte gebe die tatsächlichen Verhältnisse wieder bzw. entspringe in Bezug auf seine Auswirkungen dem Wissen und Willen der Vertragsparteien (s.u., E. 7.2.2 ff.; vgl. BGE 135 II 161, E. 3; 130 II 482, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 484). Dies ist auch in der europäischen Praxis anerkannt (EuGH, Rs. T-550/08, 12. Dezember 2014, *Tudapetrol*, Rz. 86 ff.; MESTMCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 11 ff., m.w.H.). Die Beweislast der Behörde bleibt davon unberührt, ebenso die Pflicht der Behörde zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen (Art. 12 VwVG), doch ist das angeschuldigte Unternehmen im Rahmen seiner Behauptungslast gehalten, gegenteilige Indizien zu benennen bzw. im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG) entlastende Tatsachen und Beweismittel zu bezeichnen (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 677 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 460, 463 ff.); eine entsprechende Obliegenheit ergibt sich im Beschwerdeverfahren ohnehin aus Begründungspflicht und Rügeprinzip (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Diese allgemeinen Vorgaben werden im Rahmen nachfolgender materieller Beurteilung (E. 7) zu beachten sein.

6. Feststellungsinteresse

Die Vorinstanz hat – ergänzend zur Sanktion gemäss Dispositivziffer 2 – in Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung die Unzulässigkeit der strittigen Abreden festgestellt. Die Beschwerdeführerin rügt nicht ausdrücklich, dass für Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ein Feststellungsinteresse

fehle; insoweit die Beschwerdebegehren jedoch die Aufhebung der entsprechenden Dispositivziffer umfassen, sind im Rahmen vorliegender Beschwerde die formellen Voraussetzungen einer selbständigen Feststellung zu prüfen.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, grundsätzlich gehöre die Frage, ob die für die Sanktionierung erforderlichen Tatbestandselemente vorliegen, beim Fehlen eines eigenständigen Feststellungsinteresses nicht ins Dispositiv der Verfügung. Sie bilde vielmehr Bestandteil der Begründung. Im Erkenntnis sei darum in der Regel *„weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde“* (BGE 137 II 199, *Mobilfunkterminierung*, E. 6.2; analog: 2C_484/2010, *Publigroupe,* E. 14 [nicht in BGE 139 I 72 publiziert]). Dies hat bei Anordnung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG grundsätzlich unabhängig davon zu gelten, ob sich die Unzulässigkeit aus Art. 7 oder Art. 5 KG herleitet (zumal sich eine allfällige zivilrechtliche Nichtigkeit unmittelbar aus Art. 20 OR ergibt, ohne dass eine Feststellung der Unzulässigkeit notwendig wäre, vgl. JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 12 - 17 KG N. 32). Zu beachten ist indes, dass das Bundesgericht in den genannten Urteilen die Feststellungen der Wettbewerbskommission entgegen den zitierten Erwägungen lediglich in Bezug auf die Marktbeherrschung aufgehoben hat, wobei in Sachen *Mobilfunkterminierung* der erstinstanzliche Entscheid abweichend vom Fall *Publigroupe* im Missbrauchspunkt bereits von der Beschwerdeinstanz aufgehoben worden war (vgl. BGE 137 II 199, E. 6.6 i.V.m. lit. B, D; 2C_484/2010, E. 14 i.V.m. lit. B.c, C.b [nicht in BGE 139 I 72 publiziert]). Unbesehen dieser unterschiedlichen Ausgangslage ist festzuhalten, dass die Vorinstanz rechtliche Qualifikationen, im Unterschied zu den daraus folgenden Sanktionen und Massnahmen sowie des zugrundeliegenden Verstosses gegen die allenfalls verletzte Rechtsnorm, grundsätzlich nicht im Dispositiv der Verfügung festzustellen hat.

Demzufolge ist Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung bereits aus formellen Gründen aufzuheben. Daher ist nicht näher einzugehen auf den Umstand, dass die Vorinstanz nur zum Teil auf die in Dispositivziffer 1 genannten Verträge abgestellt und im Übrigen unberücksichtigt gelassen hat, dass die Beschwerdeführerin nicht an allen Verträgen als Partei beteiligt war. Ebenso ist bei diesem Ergebnis die Rüge der Beschwerdeführerin nicht zu prüfen, die angefochtene Dispositivziffer 1 sei in zeitlicher und persönlicher Hinsicht zu wenig bestimmt (vgl. Beschwerde, Rz. 183 ff.).

7. Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie 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, sofern sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird unter anderem vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die von der Beschwerdeführerin vereinbarten Importverbote sowie die Exportverbotsklauseln in ausländischen Vertriebsverträgen stellten unzulässige Abreden über die Zuweisung von Gebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar (angefochtene Verfügung, Rz. 98 ff.). Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin wirksamen Wettbewerb auf dem inländischen Markt für Fotoapparate, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte zwar nicht beseitigt (angefochtene Verfügung, Rz. 352 ff.), doch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (angefochtene Verfügung, Rz. 487 ff.). Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG seien nicht ersichtlich (angefochtene Verfügung, Rz. 520 ff.).

Die Beschwerdeführerin wendet im Wesentlichen ein, die vorinstanzlich beanstandeten Klauseln bezweckten keine Wettbewerbsbeeinträchtigung und stellten keine absoluten Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar (Beschwerde, Rz. 192 ff.; 296 ff., 382 ff., 447 ff.). Überdies seien die Vertragsklauseln nicht gelebt worden (Beschwerde, Rz. 611 ff.). Folglich könne auch keine erheblich wettbewerbsbeschränkende Wirkung angenommen werden; im Gegenteil habe im fraglichen Zeitraum auf den relevanten Märkten ein intensiver Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb geherrscht (Beschwerde, Rz. 754 ff., 774 ff.).

7.1 Abrede

Art. 5 Abs. 1 KG setzt zunächst eine Abrede voraus. Nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Die Beschwerdeführerin bestreitet im Grundsatz nicht, dass es sich bei den strittigen Vertragsklauseln um wettbewerbsrelevante Vereinbarungen handelt. Sie macht jedoch geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, die einzelnen Abredepartner zu bezeichnen; dies verletze den Gehörsanspruch und die Verteidigungsrechte der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 742 ff.). Zudem sei eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt worden (Rz. 447 ff., 611 ff., 774 ff.).

7.1.1 In der angefochtenen Verfügung werden die sechs Parteien der inländischen Grossistenverträge genannt (vgl. angefochtene Verfügung, Dispositivziffer 1; Rz. 99 ff., 324 f.: Geschäftsgeheimnis). Von der Beschwerdeführerin selbst werden im Hinblick auf den "Nikon Professional Dealer"-Vertrag sechs inländische Einzelhändler als Vertriebspartner genannt (Beschwerde, Rz. 332); die entsprechenden Verträge finden sich bei den Akten (s.o., E. 3, m.w.H.). Nicht einzeln aufgeführt in der Sanktionsverfügung sind die am Vertriebsvertrag für die Kameramodelle "3DS" und "3DX" beteiligten inländischen Einzelhändler sowie generell die ausländischen Vertragshändler. Dabei stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die jeweiligen Vertragspartner seien der Beschwerdeführerin bekannt (angefochtene Verfügung, Rz. 326, 329). Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten (Beschwerde, Rz. 743). Soweit sie darüber hinaus geltend macht, die Vorinstanz habe aufzuzeigen, wer an der Umsetzung im Einzelnen beteiligt gewesen sei (Beschwerde, Rz. 743 f.), wird darauf zurückzukommen sein (E. 6.2.3).

7.1.2 Auch der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Vereinbarungen ist nach dem Gesagten zu bejahen; es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 4.2 f., 4.3.3). Der Einwand der Beschwerdeführerin, die britischen und polnischen Verträge (U-act. 66, Beilagen 53, 54, 55; 49, 50) hätten nicht die Verkaufsrechte, sondern die Vertriebspflicht des Händlers zum Gegenstand (Beschwerde, Rz. 290, 361 ff., 363 f.), während der Vertrag zwischen der europäischen Konzernzentrale und dem griechischen

Generalimporteur lediglich Aktivverkäufe ins Ausland betreffe (U-act. 66, Beilagen 71, 73, 75), zielt insofern an der Sache vorbei, als die Vorinstanz diesbezüglich nicht auf den Wortlaut der Verträge, sondern auf deren konkrete Umsetzung abgestellt hat (angefochtene Verfügung, Rz. 127, 132, 242 f., 286; 136, 283); darauf wird zurückzukommen sein. Eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG ist vorliegend gegeben, unbesehen der Frage der Umsetzung und der tatsächlichen Auswirkungen (E. 7.2).

7.2 Wettbewerbsbeeinträchtigung

Nach Art. 5 Abs. 1 KG setzt die Unzulässigkeit einer Abrede eine Wettbewerbsbeeinträchtigung von mindestens erheblichem Ausmass voraus. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, vom Gesetzeswortlaut seien nur tatsächliche Auswirkungen von Wettbewerbsabreden erfasst; die strittigen Vertragsklauseln seien aber nie umgesetzt worden. Mit dem blossen Verweis auf den Vertragswortlaut bzw. die aus dem Zusammenhang gerissene interne E-Mail-Korrespondenz der Beschwerdeführerin sei der erforderliche Nachweis der Umsetzung nicht erbracht (Beschwerde, Rz. 219 ff., 250 ff., 300 ff., 399, 611 ff., 635 ff., 670 ff.).

Die Vorinstanz wendet ein, die bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmte Korrespondenz belege, dass die Beschwerdeführerin durch Testkäufe, Rückverfolgung von Seriennummern und Abmahnung von Händlern aktiv auf die Behinderung von Einfuhren in die Schweiz hingewirkt habe (angefochtene Verfügung, Rz. 259 ff., 270 ff.). Dabei sei sie auch gegen passive Verkäufe vorgegangen (angefochtene Verfügung, Rz. 279). Bei fehlender Kooperation der involvierten Unternehmen habe sie die Kündigung bestehender Verträge veranlasst (angefochtene Verfügung, Rz. 280 ff.).

7.2.1 Der wohl überwiegende Teil der Lehre schliesst aus dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die Auswirkungen auf den relevanten Markt hätten im Rahmen von Art. 5 KG tatsächlicher Natur zu sein; die Abrede müsse effektiv umgesetzt worden sein. Die Rede ist von einem auswirkungsbasierten Ansatz (*"effects based approach"*). Zur Begründung wird teils auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG (*"beeinträchtigen";* ZÄCH, a.a.O., Rz. 250; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG N. 70; HOFFET, a.a.O., Art. 5 N. 63), teils auf Art. 96 BV sowie Art. 1 KG verwiesen, wonach das Kartellgesetz die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen

zum Ziel hat (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 5 KG N. 118 ff.; JACOBS, a.a.O., SJZ 2014, S. 231; DERS., Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2015, S. 232; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 612; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 6 N. 5 ff.; Einleitung VertBek N. 3; Ziff. 12 VertBek N. 1 ff.). Umgekehrt findet sich, wie schon unter Art. 2 KG, die Auffassung, es komme (auch) im Rahmen von Art. 5 KG nicht auf die tatsächlichen Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung an; vielmehr reiche gemäss Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG ein blosses Bezwecken einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung aus (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 8, Art. 4 N. 4; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 3, 5; in diesem Sinne auch: RALF M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, S. 571 f., 574 f.). Ferner wird eine vermittelnde Position vertreten; demnach soll zumindest bei Abreden qualifizierten Inhalts, bei welchen von Gesetzes wegen ein besonderes Schädlichkeitspotenzial zu vermuten sei, das blosse Bezwecken genügen (ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 46 ff.). Die genannten Lehrmeinungen unterscheiden dabei nicht zwischen der Umsetzung einer Abrede und dem Eintritt des bezweckten Erfolgs; allerdings ist denkbar, dass eine Vereinbarung zwar umgesetzt wird, die bezweckten Wirkungen aufgrund äusserer Umstände aber ausbleiben. Ebenso ist denkbar, dass eine Abrede lediglich zum Teil umgesetzt wird, im Ergebnis aber dennoch erhebliche Auswirkungen zeitigt. Vereinzelt werden die tatsächlichen Auswirkungen auch als Aspekt der Erheblichkeit aufgefasst (KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 150; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 607; vgl. auch Vertikalbekanntmachung 2010, Ziff. 12, 13; angefochtene Verfügung, Rz. 505 ff.). Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass die Frage der Umsetzung sowie das Vorliegen tatsächlicher Auswirkungen Tatfrage ist, die Qualifikation der (tatsächlichen oder potenziellen) Wirkungen hingegen Rechtsfrage. Zu beachten ist schliesslich, dass bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG der Erfolgseintritt (Beseitigung wirksamen Wettbewerbs) von Gesetzes wegen vermutet wird; die Vermutung kann widerlegt werden (statt vieler: BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 8.3.1; BVGer, 1. Juni 2010, RPW 2010/2, S. 368 ff., *Strassenbelagskartell*, E. 7, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 449).

Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union genügt für ein wettbewerbsbehördliches Eingreifen alternativ ein Bezwecken *oder* Bewirken; steht der wettbewerbsbeschränkende Zweck einer Abrede (sowie eines entsprechenden Potenzials) fest, ist die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen

entbehrlich (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 35, 69 ff. m.w.H.; EuGH, Rs. C-226/11, 13. Dezember 2012, *Expedia*, Rz. 35 ff.; C-67/13 P, 11. September 2014, *Groupement des Cartes bancaires,* Rz. 57; T-4902, 27. Juli 2005, *Brasserie Nationale*, Slg. 2005 II-3033, Rz. 97, m.w.H.; vgl. auch Urteile des EuGH, Rs. 56, 58/64, 13. Juli 1966, *Consten/Grundig*, Slg. 1966, S. 321 ff., 390, sowie vom 30. Juni 1966, *LTM/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, S. 281 ff., 303; Art. 101 AEUV; EU-Kommission, *De minimis*-Bekanntmachung vom 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 20). Insofern lässt sich im EU-Recht von einem (abstrakten) "Gefährdungstatbestand" sprechen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 35, m.w.H.). In Abgrenzung davon berufen sich die zitierten Vertreter des auswirkungsbezogenen Ansatzes in der schweizerischen Lehre auf den historischen Kontext des sogenannten "Missbrauchsprinzips", welches ein von konkreten Auswirkungen unabhängiges "*per se*-Verbot" ausschliesse. Dazu ist allerdings festzuhalten, dass im schweizerischen System im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG eine ebenfalls auswirkungsbezogene Rechtfertigungsmöglichkeit besteht. Zu beachten ist zudem, dass die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer "Missbrauchs-" und europäischer "Verbotsgesetzgebung" spätestens mit Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einem Verbot mit Legalausnahme in der Europäischen Union konzeptionell überholt sein dürfte (vgl.: MARINO BALDI, Für eine "informierte" Wettbewerbspolitik, AJP 2012, S. 1184 f.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff.). Auch stellen Art. 96 BV sowie Art. 1 KG nach allgemeinem Verständnis offene Zielvorgaben dar (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff., 11 ff.).

Allerdings spricht sich die Botschaft des Bundesrats zum Gesetz von 1995 für eine wirkungsbasierte Einzelfallprüfung aus, welche sich nicht nur am Schädlichkeitspotenzial, sondern auch an den konkreten Folgen orientiert (vgl. Botschaft KG 1995, S. 555). Zu beachten ist ferner, dass Art. 5 KG nicht nur die Unzulässigkeit bestimmter Wettbewerbsabreden statuiert, sondern dass das Vorliegen einer unzulässigen Abrede überdies – seit der Gesetzesrevision von 2003 – mit der Sanktionsdrohung von Art. 49a Abs. 1 KG verknüpft ist. Die Formulierung in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wonach eine Sanktion für eine unzulässige Wettbewerbsabrede entfällt, wenn die Abrede bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist, legt den (Umkehr-)Schluss nahe, die Abrede müsse im Hinblick auf eine Sanktion zumindest ursprünglich umgesetzt

worden sein (unabhängig vom bewirkten Erfolg). Die Botschaft zur Gesetzesrevision schweigt sich dazu aus (vgl. BBl 2002, S. 2036 f.). Der pönale Charakter direkter Sanktionen spricht nicht für eine weite Auslegung von Art. 49a KG. Diese Einschränkung gilt allerdings nur für die Sanktions-, nicht auch für die Unzulässigkeitsfolge. Dogmatisch ergibt es an sich wenig Sinn, die Zulässigkeit einer Vereinbarung von deren Umsetzung bzw. vom Erfolgseintritt abhängig zu machen. In der Lehre wird daher auch der Vorschlag gemacht, zwischen Unzulässigkeitsfolge und Sanktionsfolge zu unterscheiden und lediglich im Rahmen von Art. 49a KG eine Umsetzung der Abrede zu fordern (HERBERT WOHLMANN, Verstösse gegen bundesrechtliche Grundsätze des Strafverfahrensrechts bei Sanktionsverfahren im Kartellrecht, in: Jusletter vom 10. August 2015, Rz. 21 ff.). Nichts herleiten lässt sich hingegen aus dem auf Kartellsachverhalte nicht anwendbaren allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs und insbesondere aus Art. 105 Abs. 2 StGB, wonach der Versuch einer Übertretung nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift strafbar ist (a.M.: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG, N. 105 ff.); trotz der pönalen Rechtsnatur von Kartellsanktionen handelt es sich beim Kartellverwaltungsrecht nicht um Nebenstrafrecht im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StGB (vgl. BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.1; 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, *Pubblikationsverfügung i.S. Nikon,* E. 8.2; s.u., E. 8.1).

Laut einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aus dem Jahr 1999 (*vor* Einführung direkter Sanktionen), auf den sich die Beschwerdeführerin beruft (Beschwerde, Rz. 388), setzt Art. 5 KG im Vergleich zum europäischen Recht mehr als nur *"eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung"* voraus (RPW 1999/3, S. 503 ff., *Öl- und Gasbrenner*, E. 4.4, ohne nähere Begründung). Im Urteil in Sachen Tessiner *Strassenbelagskartell* aus dem Jahr 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht in einem obiter dictum festgehalten, eine Abrede, welche nicht praktiziert worden sei und daher keine Auswirkungen auf den Markt gehabt haben könne, falle nicht unter Art. 5 KG (RPW 2010/2, S. 368 ff., E. 7, 9.2.2.4). Mit Urteilen in Sachen *Baubeschläge* hielt das Bundesverwaltungsgericht überdies fest, dass die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede im Einzelfall nachzuweisen seien (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 6.1.3). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt einen "Kausalzusammenhang" zwischen Vereinbarung und Wettbewerbswirkung geprüft (B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge*, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.6 ff., 5.4.23, 5.4.26, 6.1.2, 6.3.30, 6.4.2; ebenso: B-506/2010, 19. Dezember 2013, *Elmex*, E. 8.1.1 ff., 12.1 ff.; B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 561 ff.). Im Fall *BMW* hat das

Bundesverwaltungsgericht demgegenüber erwogen, bei Abreden mit qualifiziertem Inhalt (*hardcore*-Vereinbarungen) erübrige sich die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen (B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW*, E. 9.1.4 f.). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht entschieden, dass in den von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG erfassten Sachverhalten im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung grundsätzlich nicht auf quantitative Kriterien abzustellen ist (2C_180/2014; noch nicht publiziert). Inwieweit dies nicht nur für den gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen, sondern auch für den Nachweis tatsächlicher Auswirkungen der Abrede zu gelten hat, wird die schriftliche Urteilsbegründung zeigen (vgl. auch unten, E. 6.5). Eine Dispensation vom Umsetzungserfordernis ist damit, soweit ersichtlich, jedenfalls nicht verbunden. Es wird daher im Folgenden zu prüfen sein, ob die strittigen Klauseln in casu tatsächlich gelebt wurden (E. 7.2.3).

7.2.2 Vorab ist festzuhalten, dass in einem Kartellsanktionsverfahren trotz Unschuldsvermutung und Untersuchungsgrundsatz (E. 5.5.2, 5.5.3) der Behauptung einer Vertragspartei, die strittige Abrede sei nicht gelebt worden, nicht leichthin zu folgen ist. Zwar kann nach dem Gesagten von einem Vertrag nicht ohne Weiteres auf dessen Vollzug geschlossen werden. Umgekehrt ist die fehlende Umsetzung einer schriftlichen Wettbewerbsabrede nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur anzunehmen, wenn Indizien vorliegen, dass die Parteien die Abrede tatsächlich nicht gelebt haben, und zugleich Indizien fehlen, welche eine Einhaltung der Vereinbarung als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen (B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW,* E. 9.2.4.5). Von der schriftlichen Vereinbarung geht insofern ein doppelter Rechtsanschein aus: einerseits im Hinblick auf die Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen der Parteien (innere Umstände), andererseits im Hinblick auf die Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen (äussere Umstände; vgl. BGer, 4C.259/2005, 14. Dezember 2005, *Courtage*, E. 2; BGE 135 II 161, E. 3; 130 II 482, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 484). Die Beschwerdeführerin trifft dabei im Rahmen der Beweisführung eine Mitwirkungspflicht (s.o., E. 5.3, 5.5).

Weiter ist in beweisrechtlicher Hinsicht zu beachten, dass der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes typischerweise ein ganzes Bündel regionaler Bezugs- und Lieferbeschränkungen mit einer Vielzahl involvierter Vertragshändler voraussetzt. Die Beschwerdeführerin überspannt daher die Beweisanforderungen, wenn sie den Nachweis der Umsetzung in Be-

zug auf jeden einzelnen Vertragshändler und darüber hinaus den Nachweis des Disziplinierungserfolgs in jedem Einzelfall fordert (vgl. Beschwerde, Rz. 714, 720, 743). Zum einen kann der Nachweis der Umsetzung in Bezug auf mehrere Händler nach Massgabe der konkreten Umstände durchaus als Indiz für die Umsetzung des Abredesystems als Ganzes gewertet werden, sofern keine gegenteiligen Hinweise vorliegen. Zum andern bedeutet das Umsetzungserfordernis nicht, dass die *vollständige* Umsetzung der Abrede nachzuweisen wäre; vielmehr erscheint aufgrund des Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 KG eine zumindest teilweise Umsetzung jedenfalls ausreichend, sofern insgesamt von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen ist (E. 6.2.1, 6.5). Daran ändern auch die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in den *Baubeschläge*-Urteilen nichts (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.8, 5.4.26), zumal sich diese auf eine Sachverhaltskonstellation beziehen, in welcher zu beurteilen war, ob die festgestellten Marktwirkungen dem Verhalten der Abredepartner oder aber dem Einfluss eines nicht in die Untersuchung einbezogenen ausländischen Kartells geschuldet waren (vgl. BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.). Im Übrigen setzt die Befolgung einer Kartellvereinbarung keineswegs zwingend Disziplinierungsmassnahmen voraus, wie die Beschwerdeführerin suggeriert; sie übersieht, dass es vorliegend nicht um den Missbrauch von Marktmacht geht. Beweisthema war vielmehr die Behauptung der Beschwerdeführerin, die strittigen Vertragsklauseln seien nicht gelebt worden bzw. der durch den Vertragswortlaut geweckte Rechtsanschein stehe in Bezug auf Inhalt und Umsetzung nicht mit der Rechtswirklichkeit überein. Zum Beweismass kann dabei auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (E. 5.5). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Replik, Rz. 164) ist im Übrigen daran zu erinnern, dass es auch im Rahmen der strafrechtlichen Mittäterschaft *nicht* erforderlich ist, dass ein Tatbeteiligter bei der Planung oder Ausführung jedes einzelnen Delikts mitwirkt; vielmehr genügt es, wenn er insgesamt einen massgeblichen Tatbeitrag leistet (vgl. BGE 126 IV 84, E. 2c/aa; 125 IV 134, E. 3a; 120 IV 17, E. 2d; 120 IV 136, E. 2b; 120 IV 265, E. 2c/aa).

7.2.3 Vorliegend wird der durch die strittigen Vertragsklauseln erweckte Anschein nach Auffassung der Vorinstanz durch die bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmte E-Mail-Korrespondenz bestätigt (angefochtene Verfügung, Rz. 254 ff.). Konkret wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sie habe bei Parallelhändlern systematisch Testkäufe getätigt und anhand der Seriennummern die Herkunft der gekauften Produkte eruiert; in der Folge habe sie ihre ausländischen Schwestergesellschaften ange-

halten, entsprechende Ausfuhren zu unterbinden (angefochtene Verfügung, Rz. 270 ff.). Bei fehlender Kooperation der Handelspartner habe sie auf die Auflösung bestehender Verträge hingewirkt (angefochtene Verfügung, Rz. 280 ff.). Die Beschwerdeführerin räumt ein, Warenströme zurückverfolgt zu haben (Beschwerde, Rz. 616). Sie macht jedoch geltend, dabei sei es um die Einhaltung des konzerninternen Mindestpreises gegangen (*"NNN"*, *"triple-N"*, *"BDNNN"*). Dass einzelne Ländergesellschaften zur Umsatzsteigerung wiederholt Verkäufe unter dem "Mindesthändlerpreis" vorgenommen hätten, zum Nachteil der mit entsprechenden Importen konfrontierten ausländischen Schwestergesellschaften, habe eine Studie vom 30. Juni 2011 gezeigt, wonach die konzerninternen Richtpreise in Deutschland, Polen, Holland, Schweden und Ungarn regelmässig unterschritten worden seien (U-act. 333, Beilage 4, S. 48 f.). Zu demselben Befund gelange man gestützt auf eine Übersicht der Rechnungspreise von Nikon Deutschland und Nikon Polen für die Spiegelreflexkamera D700 (U-act. 333, Beilage 5 und 6). Die von der Vorinstanz zitierte interne Korrespondenz sei vor diesem Hintergrund zu interpretieren (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 154 ff., 573 ff.; Beschwerde, Rz. 617 ff., 670 ff., Beilage 10).

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin angeführte konzerninterne Vergleichsanalyse lediglich einige wenige ausgewählte Länder und Produkte umfasst, welche zudem von der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung teilweise nicht betroffen sind (vgl. U-act. 333, Beilage 4, S. 48 f.). Eine aussagekräftigere Übersicht über Verkaufszahlen und -preise für die in Frage stehenden Produkte der Schwestergesellschaften im relevanten Zeitraum hat die mitwirkungspflichtige Beschwerdeführerin nicht vorgelegt. Immerhin ist aus den zitierten Dokumenten ersichtlich, dass Unterschreitungen der Konzernvorgaben in Bezug auf den Preis tatsächlich stattgefunden haben, wenn auch gemäss Angaben der genannten Studie in Bezug auf einige der genannten Länder (Holland, Deutschland) nur in begrenztem Umfang (vgl. U-act. 333, Beilage 4, S. 49). Im Übrigen kann sich die Beschwerdeführerin bezüglich der unternehmensinternen Preisharmonisierung zwar auf das Konzernprivileg berufen (Art. 2 Abs. 1bis KG); doch weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin (angefochtene Verfügung, Rz. 273, 285), dass das Konzernprivileg zwar Massnahmen im Innenverhältnis erlaubt, nicht aber eine Disziplinierung unabhängiger Händler (wobei konzerninterne Mindestpreise typischerweise dann unter Druck geraten, wenn sie gemessen an regionalen Kaufkraftunterschieden besonders hoch angesetzt sind). Aufgrund der internen Korrespondenz erwiesen ist, dass die Beschwerdeführerin bei ausländischen

Schwestergesellschaften bzw. auf Konzernebene wiederholt Massnahmen gegen unliebsame Parallelhändler gefordert hat bzw. sich in Aussicht stellen liess (vgl. U-act. 19, S. 230; U-act. 16, S. 55, 62, 154; U-act. 17, S. 127, 175). Dass es sich dabei lediglich um Massnahmen gegen Aktivverkäufe, nicht auch gegen Passivverkäufe gehandelt habe, wie die Beschwerdeführerin einwendet (Beschwerde, Rz. 658 ff.), geht aus der zitierten Korrespondenz (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 259, 272, 273, 276, 279) nicht hervor; vielmehr legen die strittigen Schreiben den Schluss nahe, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Bemühung zur Unterbindung des Parallelhandels nicht zwischen Aktiv- und Passivverkäufen unterschieden (s.u., E. 7.3).

So heisst es in einer Nachricht des Vertriebsverantwortlichen der Beschwerdeführerin, B._____, vom 20. April 2009 an den Verantwortlichen der deutschen Konzernniederlassung: *"Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern"* (U-act. 19, S. 230). Der polnischen Schwestergesellschaft wurde mit Datum vom 5. Juni 2009 mitgeteilt (Kopie an Nikon Deutschland sowie die europäische Muttergesellschaft): *"Unfortunately, it seems that your efforts to better control exports from Poland did not show the (desired) success"* (U-act. 16, S. 55). In Reaktion darauf schreibt der polnische Verantwortliche am 3. Juli 2009 (zu einem Zeitpunkt, in welchem weder in Polen noch in der Schweiz Selektivvertriebsstrukturen bestanden): *"We have just introduced a complex of countermeasures against grey",* und: *"countermeasures will lead to grey elimination however it is not possible in 100 %"* (U-act. 16, S. 62). Mit Bezug auf die Lieferung eines ausländischen Grosshändlers in die Schweiz ergeht am 8. Januar 2009 an die deutsche Nikon-Niederlassung die Aufforderung: *"Please do your outmost and stop* [wholesaler] *to do such things"* (U-act. 16, S. 154; Kopie an die Europazentrale). Ferner teilt der schweizerische Vertriebsverantwortliche am 17. Februar 2009 seinen Mitarbeitern mit: *"Soeben hat mich [Nikon] Deutschland informiert, dass* [Schweizer Importeur] *wie wahnsinnig D90 auf dem deutschen Markt sucht. GmbH* [Nikon Deutschland] *wird die Lieferungen blockieren"* (U-act. 17, S. 127). Am 14. Juli 2009 schreibt die Beschwerdeführerin mit Bezug auf parallelimportierte Ware aus Griechenland: *"we need to control the involved box movers and take necessary actions"* (U-act. 17, S. 175).

Dabei ist einzig in der zitierten Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und den polnischen Vertriebsverantwortlichen sowie im Schreiben der Beschwerdeführerin betreffend die Importe aus Griechenland eine mögliche Mindestpreisproblematik erkennbar; allerdings fehlt es in diesen

Fällen an einer Rechtfertigung für Massnahmen im Konzern-Aussenverhältnis. Dass die beschlagnahmte Korrespondenz keinen unmittelbaren Beleg für das Ergreifen entsprechender Massnahmen durch die ausländischen Schwestergesellschaften liefert, wie die Beschwerdeführerin einwendet (Beschwerde, Rz. 629, 714 ff.), ist nicht massgebend; entscheidend ist vielmehr, dass die strittige Korrespondenz den Eindruck vermittelt, die Beschwerdeführerin habe gegenüber ihren ausländischen Schwestergesellschaften sowie der europäischen Konzernzentrale unterschiedslos auf die Durchsetzung von Massnahmen gegen Arbitrage-Geschäfte gedrängt. Auch was die Beschwerdeführerin weiter vorträgt, überzeugt nicht. Dass das Rückverfolgen von Warenströmen der Identifikation von Diebesgut und Fälschungen gedient habe (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 158; Beschwerde, Rz. 674), mag auf Einzelfälle zutreffen, erklärt aber keinesfalls das Ausmass des betriebenen Aufwands sowie die Systematik des Vorgehens. Nicht glaubhaft erscheint zudem, dass Abmahnungen der Beschwerdeführerin gegenüber der polnischen Schwestergesellschaft zum Schutz der deutschen Selektivvertriebsstrukturen erfolgt sein sollen (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 156; Beschwerde, Rz. 672); ein diesbezügliches Interesse der Beschwerdeführerin ist jedenfalls nicht erkennbar, zumal sie eigenen Angaben zufolge unter der Preispolitik der deutschen Niederlassung besonders gelitten haben will (Beschwerde, Rz. 624 ff.). Am Rechtsanschein der Verträge vermögen die Einwendungen der Beschwerdeführerin daher nichts zu ändern; vielmehr verfestigt sich der Eindruck, die Beschwerdeführerin habe zur Verteidigung ihrer Inlandpreise auf die Unterbindung von Parallelimporten in die Schweiz aktiv hingewirkt.

7.2.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, keiner der befragten in- und ausländischen Händler habe ausgesagt, beim Parallelhandel behindert worden zu sein. Auch habe die Vorinstanz bezeichnenderweise keinen einzigen Passivverkauf in die Schweiz identifiziert, gegen den die Beschwerdeführerin vorgegangen wäre. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin aktiv verhindert, dass die europäische Konzernzentrale Parallelimporte aus den USA in die Schweiz unterband (Beschwerde, Rz. 273 ff., 300 ff., 404, 422 ff., 432, 580, 597 ff., 884). Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Umstand, dass die befragten Händler grossmehrheitlich angegeben hätten, keine Ware aus dem Ausland bezogen zu haben, zeige, dass die vertraglichen Importverbote auf Gross- und Einzelhandelsstufe umgesetzt worden seien. Die Ausübung von Druck sei entbehrlich gewesen, da sich die Händler offensichtlich vertragskonform verhalten hätten (angefochtene Verfügung, Rz. 103 ff., 326).

Dazu ist erneut festzuhalten, dass die Vorinstanz das vorliegende Verfahren nicht wegen Missbrauchs von Marktmacht, sondern wegen Verdachts auf Wettbewerbsabreden geführt hat. Die befragten Abredepartner sahen sich also einem Risiko ausgesetzt, in die Untersuchung miteinbezogen zu werden; die von der Vorinstanz verschickten Fragebogen verwiesen denn auch (teilweise) ausdrücklich auf das Aussageverweigerungsrecht im Falle drohender Selbstbelastung (vgl. U-act. 122). Die Mehrzahl der Händler hatte überdies im Hinblick auf die Einführung selektiver Vertriebsstrukturen durch die Beschwerdeführerin ein Interesse an intakten Geschäftsbeziehungen. Ferner stellt eine Disziplinierung von Vertragspartnern vorliegend nicht das entscheidende Beweisthema dar: Halten sich die Abredepartner an eine Vereinbarung, woran beide Seiten naturgemäss ein gewisses Interesse haben, oder bleibt ein Verstoss dagegen unentdeckt, bleibt auch eine entsprechende Reaktion aus. Gegenüber nicht vertragsgebundenen Händlern sowie ausländischen Exporteuren verfügte die Beschwerdeführerin zudem nicht über direkte Einflussmöglichkeiten.

Im Übrigen ist aus dem vorstehend zitierten E-Mail-Verkehr zwar ersichtlich, dass Parallelimporte in gewissem Umfang stattfanden; die Aussagen der inländischen Vertragshändler lassen allerdings darauf schliessen, dass dies jedenfalls auf Grosshandelsstufe nur in begrenztem Umfang der Fall war. So gaben vier der sechs Grossisten an, im fraglichen Zeitraum keine Parallelimporte getätigt zu haben (U-act. 205, 122, 150, 147). Einer der befragten Grosshändler gab an, nur in geringfügigem Ausmass importiert zu haben, wobei es zu keinen Behinderungen gekommen sei (U-act. 195, Frage 7; U-act. 300, Ziff. 1; Beschwerde, Rz. 302 ff.). Ein Grosshändler sagte aus, in erheblichem Umfang Vertragsware aus dem Ausland bezogen zu haben (U-act. 236, Frage 4.b), wofür er von der Beschwerdeführerin mehrfach gerügt und am 3. Oktober 2007 schriftlich abgemahnt worden sei (U-act. 236, Frage 5). Die Beschwerdeführerin wendet ein, die schriftliche Mahnung habe sich auf Exporte, nicht auf Importe bezogen (Beschwerde, Rz. 310 ff.), was aufgrund der Untersuchungsakten zutreffend erscheint (vgl. U-act. 267). Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die mündlichen Rügen sich lediglich auf Exporte bezogen; vielmehr muss im Antwortkontext angenommen werden, mit dem gerügten *"Parallelhandel"* seien (auch) die in der Befragung zuvor angesprochenen Einfuhren gemeint (U-act. 236, Frage 4.b). Ein ähnliches Bild ergibt sich auch auf Einzelhandelsstufe. Auch hier haben lediglich zwei der befragten Händler angegeben, Vertragsware ausserhalb des Vertragsgebiets bezogen zu haben; die entsprechenden Parallelimporte erreichten dabei nur begrenzten Umfang (vgl. U-act. 163, 171; angefochtene Verfügung, Rz. 326). Kaum

Angaben macht die Vorinstanz zu den Aussagen von Nichtvertragshändlern und ausländischen Exporteuren (angefochtene Verfügung, Rz. 327 ff.). Soweit ersichtlich gingen vier zumindest teilweise einlässliche Stellungnahmen von ausländischen Händlern ein (U-act. 146, 156, 212, 237). Eine US-amerikanische Händlerin (Z._____) gab an, von der amerikanischen Nikon-Tochtergesellschaft sowie der Konzernspitze in Japan mehrfach zum Verzicht auf Verkäufe ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets angehalten worden zu sein (U-act. 156). Eine deutsche Vertragshändlerin (Y._____ GmbH, Deutschland) sagte aus, sie habe über ihre Schwestergesellschaft in Liechtenstein Parallelhandel mit der Schweiz betrieben und sei in der Folge von der deutschen Nikon-Niederlassung wiederholt zum Verzicht auf Exporte ausserhalb des Vertragsgebiets aufgefordert worden, wobei die Vertragskündigung drohte (U-act. 237, Fragen 4, 5, 7; Beilagen 2 - 4). Vor diesem Hintergrund ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach die Befragung der Händler den Rechtsanschein der Verträge sowie die von der internen E-Mail-Korrespondenz ausgehende Indizienlage bestärke, nicht zu beanstanden.

Daran ändert auch die Behauptung der Beschwerdeführerin nichts, sie habe sich aktiv dafür eingesetzt, dass die europäische Konzernzentrale Exporte aus den USA in die Schweiz nicht behindert habe (Beschwerde, Rz. 277). Durch den zitierten Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und Nikon Europe B.V., Amsterdam, ist diese Aussage jedenfalls nicht belegt. Mit Schreiben vom 30. September 2009 (notabene nach der vorinstanzlich beurteilten Zeitspanne) informierte die europäische Muttergesellschaft die Beschwerdeführerin, dass sie die amerikanische Nikon-Niederlassung aufgefordert habe, deren amerikanische Vertragshändlerin Z._____ anzuhalten, die Vertragsware nicht mehr in Europa im Internethandel anzubieten; dennoch seien die fraglichen Produkte weiterhin auf der schweizerischen Internetplattform der amerikanischen Vertragshändlerin im Angebot (U-act. 16, S. 77). Am 1. Oktober 2009 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das schweizerische Kartellrecht keine Handhabe biete für ein Vorgehen gegen das amerikanische Unternehmen (U-act. 16, S. 76; was auf Aktivverkäufe allerdings gerade nicht zutrifft: s.u., E. 7.3). Vorliegend zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin selbst in keiner Rechtsbeziehung zur amerikanischen Vertragshändlerin stand, ein Vorgehen daher nur über die amerikanische Nikon-Niederlassung als Lieferantin der US-Händlerin Erfolg versprechen konnte. Dass die Beschwerdeführerin ihre europäische Muttergesellschaft von einer entsprechenden Intervention abgehalten hätte, lässt sich dem Schreiben hingegen nicht entnehmen.

7.2.5 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich aus der internen Korrespondenz der Beschwerdeführerin sowie den Antworten der befragten Händler konkrete Indizien für eine gezielte Umsetzung sowohl der inländischen Importverbote als auch der deutschen, amerikanischen, griechischen und polnischen Exportverbote ergeben; für eine Umsetzung der britischen Klauseln spricht immerhin der Rechtsanschein der Verträge, für eine Umsetzung der österreichischen, slowenischen und ungarischen Klauseln darüber hinaus das Verhalten der für den Vertrieb in den genannten Ländern zuständigen deutschen Konzernniederlassung.

7.3 Absoluter Gebietsschutz

Bei Sachverhalten, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, ist von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. Nur soweit die Vermutung in der Folge umgestossen werden kann, ist allenfalls zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, vom Gesetz erfasst sei sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten; im Übrigen verbiete die Vorschrift den Ausschluss sogenannter Passivverkäufe, ein Ausschluss von Aktivverkäufen sei hingegen zulässig. Die beanstandeten inländischen Vertriebsverträge der Beschwerdeführerin enthielten ein Importverbot, die ausländischen Vertriebsverträge ein direktes bzw. indirektes Exportverbot, welches auch Passivverkäufe umfasse; der Vermutungstatbestand sei damit erfüllt (angefochtene Verfügung, Rz. 189 ff., 200 ff., 222 f., 226 ff., 237 ff.).

Die Beschwerdeführerin wendet ein, Art. 5 Abs. 4 KG setze nebst einem inländischen Vertriebsvertrag eine exklusive Gebietszuweisung an einen Vertragshändler voraus, verbunden mit der Verpflichtung des Lieferanten, Verkäufe in das zugewiesene Gebiet durch gebietsfremde Vertriebspartner zu unterbinden. Blosse Bezugsbeschränkungen, wie sie in den schweizerischen Verträgen statuiert seien, genügten den gesetzlichen Anforderungen nicht, zumal der Gesetzeswortlaut nach dem Grundsatz *nulla poena sine lege* eng auszulegen sei. Unbeachtlich zu bleiben hätten Vereinbarungen in ausländischen Verträgen, an denen die Beschwerdeführerin nicht

beteiligt gewesen sei (Beschwerde, Rz. 213 ff., 449 ff., 460, 524, 532 ff, 539 ff., 556 ff.).

7.3.1 Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG setzt nach dem Gesetzeswortlaut dreierlei voraus: erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss. Die Bestimmung wurde 2003 anlässlich der parlamentarischen Beratung der Revisionsvorlage in das Gesetz aufgenommen. Hintergrund bildeten verschiedene politische Vorstösse im Rahmen der öffentlichen Debatte um die "Hochpreisinsel Schweiz" (vgl. NR Raggenbass, Fasel, Strahm, in: AB NR 2002, S. 1436 f.; 1437 f.; 1438; ZÄCH, a.a.O., Rz 493, m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 36). In der Beratung der Gesetzesvorlage standen sich redaktionell das Konzept des absoluten Gebietsschutzes, beruhend auf dem Wortlaut des heutigen Art. 5 Abs. 4 KG (*"[...] Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden"*), sowie das Konzept der Marktabschottung (*"[...] Aufteilung von Märkten [...], welche eine Marktabschottung bezwecken oder bewirken"*) gegenüber, wobei das Marktabschottungskonzept aufgrund der offeneren Formulierung in der Folge nicht umgesetzt wurde (vgl. AB NR 2002, S. 1434 ff.; AB SR 2003, S. 317 ff.; Beschwerde, Rz. 473 ff.). In der Lehre herrscht Einigkeit, dass gemäss geltender Textfassung lediglich ein Ausschluss von Passivverkäufen unter den Vermutungstatbestand fällt, während eine Beschränkung von Aktivverkäufen weiterhin zulässig ist (ZÄCH, a.a.O., Rz. 469 f.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 70; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 42 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 555; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 668 f.). Als Passivverkauf gilt die Annahme eines unaufgeforderten Kaufangebots, als Aktivverkauf der Vertrieb durch gezielte Vermarktungsmassnahmen, wozu die Gründung und der Unterhalt von Niederlassungen und Auslieferungslagern, die direkte Kundenansprache durch persönliche Kommunikation oder öffentliche Verkaufsförderungsmassnahmen sowie der Betrieb einer spezifisch auf das Vertragsgebiet zugeschnittenen Internetseite gezählt werden (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 564 ff.). Unbestritten ist ferner, dass unter das geltende Gesetz lediglich die Zuweisung von Gebieten, nicht auch die Zuweisung von Geschäftspartnern fällt (vgl. AB SR 2003, S. 330 [Büttiker]; AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 65).

7.3.2 Weiter unterscheidet Art. 5 Abs. 4 KG nicht zwischen direkter und indirekter Zuweisung von Gebieten. Vereinzelt wird in der Lehre daraus der

Schluss gezogen, lediglich direkte Formen der Gebietszuweisung seien vom Gesetz erfasst. Zur Begründung wird auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verwiesen, wonach eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere vermutet wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; eine entsprechende Erwähnung indirekter Gebietszuweisungen fehle in Art. 5 Abs. 3 Bst. c bzw. in Art. 5 Abs. 4 KG (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 65). Der Vergleich lässt jedoch angesichts der besonderen praktischen Bedeutung indirekter Preisangleichungsinstrumente (Rabatte, Skonti, Margen, Provisionen, Empfehlungen, Bandbreitenvorgaben, vgl. BVGer B-8399/2010, 23. September 2014, *Baubeschläge,* E. 5.4.22; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 34) nur begrenzt Rückschlüsse zu. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG nimmt in Bezug auf Gebietsklauseln jedenfalls keine Einschränkung vor. Nach Auffassung der wohl herrschenden Lehre werden indirekte Formen der Gebietszuweisung denn auch ohne Weiteres erfasst (ZÄCH, a.a.O., Rz. 469; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533). Dazu zählen etwa die Verknüpfung produktbezogener Vertragsleistungen (z.B. Garantieleistungen) mit dem Erwerbsort der Vertragsware oder die Vereinbarung von Bezugs- oder Lieferpflichten (vgl. KRAUSKOPF/ SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533, 537). Eine solche Bezugspflicht findet sich vorliegend in den inländischen Vertriebsverträgen der Beschwerdeführerin: In Art. 3 Ziff. 1 des Vertriebsvertrags mit sechs Schweizer Grosshändlern heisst es: *"Das Vertragsgebiet ist die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein"* (U-act. 66, Beilage 14 ff.). Passivverkäufe von der Schweiz ins Ausland sind nach § 4 Ziff. 1 des Vertrags zwar nicht untersagt; hingegen sind Importe aus dem Ausland in die Schweiz gemäss § 6 Ziff. 1 unzulässig: *"Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet beziehen."* Analoge Vorschriften sind in Ziff. 3 der Selektivvertriebsverträge der Beschwerdeführerin für die Kameramodelle "D3S" sowie "D3X" mit diversen Einzelhändlern in der Schweiz (U-act. 66, Beilagen 32, 33) sowie in § 2 Abs. 1 sowie § 4 Ziff. 1 der Vertriebsverträge "Nikon Professional Dealer" zwischen der Beschwerdeführerin und diversen schweizerischen Einzelhändlern enthalten (U-act. 11, S. 68). Dabei handelt es sich um indirekte Gebietszuweisungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG (die an den Verkaufsort der Ware geknüpfte "Swiss Garantie" wurde vorinstanzlich als unbedenklich eingestuft: angefochtene Verfügung, Rz. 292 ff., 308).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in den *Elmex*-Urteilen die Auffassung vertreten, dass auch eine indirekte Gebietszuweisung vom Vermutungstatbestand erfasst wird, da es andernfalls ein Leichtes wäre, das Gesetz zu

umgehen, und es überdies dem klaren Willen des Gesetzgebers entspreche, absolute Gebietsschutzabreden unabhängig von der Form der Zuweisung zu verhindern (B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 8.2.2). Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Dem zitierten Entscheid lag allerdings keine indirekte Gebietszuweisung im beschriebenen Sinne zugrunde, sondern ein generelles Ausfuhrverbot, wie es sich auch in mehreren ausländischen Nikon-Vertriebsverträgen findet. In den Selektivvertriebsverträgen der Nikon-Niederlassungen in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn mit diversen Gross- und Einzelhändlern in den jeweiligen Ländern (U-act. 66, Beilagen 34, 35, 38, 39, 45, 46) heisst es (Wortlaut gemäss deutscher Vertragsfassung): *"Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen."* Die entsprechende Bestimmung in den "Retail Dealer Sales Agreements" und "Internet Dealer Sales Agreements" zwischen Nikon Inc., USA, und diversen amerikanischen Einzelhändlern (U-act. 353, 354) lautet: *"In no event shall customer* [dealer] *directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory* [USA]*."* Dabei handelt es sich um direkte Formen der Gebietszuweisung. Von Art. 5 Abs. 4 KG werden diese Klauseln ohne Weiteres erfasst. Einzig den britischen, polnischen und griechischen Verträgen lässt sich weder ein direkter noch indirekter Ausschluss von Passivverkäufen entnehmen, doch hat die Vorinstanz in diesen Fällen ausdrücklich nicht auf den Wortlaut, sondern auf die Umsetzung der Verträge abgestellt (s.o., E. 7.1.2, 7.2.3 f.).

Der Einwand der Beschwerdeführerin, von Art. 5 Abs. 4 KG sei lediglich das Verbot von Einfuhren in das Vertragsgebiet erfasst (Beschwerde, Rz. 549, 556), findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze (*"soweit Verkäufe [...] ausgeschlossen werden"*). Da vertragliche Importverbote ebenso wie Exportverbote lediglich die jeweiligen Vertragshändler im In- und Ausland binden, während vertragsungebundene Händler keiner Beschränkung unterliegen, entfaltet erst eine Kombination von Einfuhr- und Ausfuhrklauseln umfassende Wirkung; bereits im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht (Art. 3 Abs. 2 KG) wurde festgehalten, dass es nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen kann, nur inländische Bezugsbeschränkungen dem Gesetz zu unterstellen (E. 4.3.3). Grundsätzlich nicht entscheidend ist dabei, ob der vertragliche Ausschluss von Passivverkäufen mit einem Anspruch der Vertragshändler gegenüber dem Lieferanten auf Durchsetzung des vertikalen Gebietsschutzes verknüpft wird; eine solche Einschränkung lässt sich dem Gesetz (entgegen der Beschwerde, Rz. 530 f.) jedenfalls nicht entnehmen. In Fällen wie dem

vorliegenden, in welchem die Vorinstanz von einer asymmetrischen Interessenlage ausgeht, dürfte eine Selbstverpflichtung des Vertragsstipulenten ohnehin die Ausnahme bilden. Das Argument der Beschwerdeführerin, die strittigen Vertragsklauseln seien nicht spezifisch genug, um für sich genommen, das heisst ohne Nachweis entsprechender Vollzugshandlungen, als Massnahmen zur Marktabschottung ausgelegt zu werden (Beschwerde, Rz. 209, 635 ff.), verfängt im Übrigen schon insofern nicht, als die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten auf die Verhinderung von Parallelimporten aktiv hingewirkt hat.

7.3.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, ein absoluter Gebietsschutz erfordere die *ausschliessliche* Zuweisung eines Verkaufsgebiets an einen einzelnen Händler (Beschwerde, Rz. 456 ff., 466 ff.). Tatsächlich wird das Konzept des absoluten Gebietsschutzes in der Literatur teilweise als reiner Anwendungsfall des Alleinvertriebs diskutiert, wobei allerdings nicht-exklusive Vertriebsformen nicht explizit vom Vermutungstatbestand ausgenommen werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz 466 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 667 ff.; wohl ablehnend: BREI, a.a.O., S. 325). Analog ist auch in der Vertikalbekanntmachung 2010 der Wettbewerbskommission (VertBek, BBl 2010 5078), ebenso wie schon in der entsprechenden Bekanntmachung aus dem Jahr 2007, von ausschliesslicher Zuweisung an einen einzelnen Händler die Rede (Ziff. 2 und 3). Andere Autoren rechnen zumindest selektive Vertriebsstrukturen ausdrücklich dem Vermutungstatbestand zu (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 43; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533). Darüber hinaus findet sich in der Lehre unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut auch die Auffassung, wonach die Zuweisung an mehrere Händler unabhängig von der Vertriebsform unter den Vermutungstatbestand fällt (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 67; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., Art. 5 KG N. 228). Die Praxis hat sich mit der Frage bisher nicht befasst. Tatsächlich ist im Gesetz weder von exklusiver noch von selektiver Zuweisung die Rede. Gefordert wird ein "Vertriebsvertrag", kein Alleinvertriebs- oder Selektivvertriebsvertrag. Dies legt den Schluss nahe, Ausschliesslichkeit oder Geschlossenheit des Vertriebs seien nicht erforderlich.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorträgt, überzeugt nicht. Sie verweist unter anderem auf die Beratung der Gesetzesvorlage im Parlament, insbesondere auf ein Votum von Ständerat Schiesser anlässlich der ständerätlichen Debatte vom 20. März 2003 (AB SR 2003 S. 329 f.), wonach ein absoluter Gebietsschutz bestehe, wenn ein Unternehmen sein Vertragsgebiet so aufteile, dass in jedem Teilgebiet *"nur ein Händler"* über die

fragliche Ware verfüge (Beschwerde, Rz. 468 ff., 483, 486). Abgesehen davon, dass aus der Meinungsäusserung eines Abgeordneten kaum ein "Wille des Gesetzgebers" konstruiert werden kann – zumal die parlamentarische Beratung kontrovers und teilweise widersprüchlich verlief (vgl. SR Büttiker, in: AB SR 2003 S. 331 f.; AB NR 2002, S. 1434) – wird in der zitierten Aussage in eher allgemeiner und idealtypischer Weise die Konzeption der Gesetzesvorlage am Bespiel des Alleinvertriebs erläutert, ohne Bezugnahme auf weitere in der Praxis geläufige Vertriebsmodelle. Antworten auf rechtstechnische Detailfragen vermögen die vorhandenen Materialien jedenfalls kaum zu liefern; hingegen ist daraus der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, unabhängig vom legislatorischen Konzept aktiv gegen Marktabschottungstendenzen vorzugehen, was wiederum im Rahmen der von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten teleologischen Gesetzesauslegung (Beschwerde, Rz. 487 ff.) zu beachten ist. Bezogen auf den inländischen Intrabrand-Wettbewerb ist das Ausmass des Preisdrucks aus dem Ausland nämlich nicht allein von der Anzahl inländischer Vertragshändler abhängig, sondern ebenso vom Umfang der Unterbindung ausländischer Exporte an *nicht* vertragsgebundene inländische Händler sowie von der Vertragstreue der beteiligten Abredepartner. Die Zahl der inländischen Vertriebshändler stellt in dieser Gleichung eine ambivalente Grösse dar: Einerseits vermindert sich mit dem Einbezug zusätzlicher Händler die Zahl nicht vertragsgebundener potenzieller Parallelimporteure, andererseits steigt mit der Zahl der Vertriebspartner im Inland der Druck auf die gemeinsamen Regeln bzw. die Gefahr von "Abweichlern" unabhängig davon, ob die Zuweisung im Rahmen eines offenen oder selektiven Vertriebs erfolgt. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Anwendung des Vermutungstatbestands auf die gleichzeitige Zuweisung eines Gebiets an mehrere Händler nicht zu beanstanden. Von extensiver Gesetzesauslegung kann dabei angesichts des Gesetzeswortlauts nicht gesprochen werden. Ein Rückgriff auf die Vertikalbekanntmachungen der Vorinstanz erübrigt sich, zumal diese, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt (vgl. Beschwerde, Rz. 503 ff., 550 ff.), lediglich die Rechtsauffassung der Vorinstanz zum Ausdruck bringen. Auf die Rüge, die Vorinstanz habe fälschlicherweise auf die Vertikalbekanntmachung aus dem Jahr 2010 statt auf jene aus dem Jahr 2007 abgestellt und dadurch das Rückwirkungsverbot verletzt (Beschwerde, Rz. 96 ff.), muss vor diesem Hintergrund nicht näher eingegangen werden. Die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG ist vorliegend erfüllt.

7.4 Vermutungswiderlegung

Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ist grundsätzlich widerlegbar (Botschaft KG 1995, S. 565; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 8.3.1; BVGer, 1. Juni 2010, RPW 2010/2, S. 368 ff., *Strassenbelagskartell*, E. 7, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 449).

Die Vorinstanz unterschied im Hinblick auf die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen der strittigen Abrede einen sachlich relevanten Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sowie einen solchen für digitale Kompaktkameras, ferner sachlich relevante Märkte für digitale Wechselobjektive und für Blitzlichtgeräte; in räumlicher Hinsicht ging sie von einem homogenen schweizerischen Markt aus (angefochtene Verfügung, Rz. 360 ff., 382 ff.). In der Folge gelangte sie zum Schluss, für die fraglichen Produkte habe im massgebenden Zeitraum aufgrund schwankender Preise und Wechselkurse ein Arbitragepotenzial bestanden, welches von einzelnen Händlern nur, aber immerhin zum Teil genutzt worden sei; insofern habe auf den relevanten Märkten trotz Behinderung des Parallelhandels durch die Beschwerdeführerin ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb geherrscht (angefochtene Verfügung, Rz. 386 ff., 458 ff.). Angesichts der dynamischen Marktanteilsentwicklung auf Herstellerebene, der hohen Produktdifferenzierung sowie einer sinkenden Preisentwicklung sei zudem von aktuellem Interbrand-Wettbewerb auszugehen; auch seien die Markteintrittsschranken für potenzielle Wettbewerber als überwindbar zu beurteilen. Es sei daher nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auszugehen (angefochtene Verfügung, Rz. 461 ff., 478 ff., 480 ff.). Im Ergebnis wird dieser Befund von der Beschwerdeführerin geteilt, sowohl in Bezug auf die Marktabgrenzung als auch bezüglich der Gesamtbeurteilung der Marktkräfte (Beschwerde, Rz. 754).

Zu beachten ist, dass Art. 5 KG nicht von der Beseitigung jeglichen Wettbewerbs, sondern von der Beseitigung der Wirksamkeit des Wettbewerbs spricht, ferner dass sich absolute Gebietsschutzklauseln naturgemäss primär auf den Intrabrand-Wettbewerb auswirken; selbst bei einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen des Vertriebs eines bestimmten Markenprodukts bleibt daher typischerweise auf Hersteller-Ebene ein gewisser Interbrand-Wettbewerb erhalten. Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre mitunter die Auffassung vertreten, die gesetzliche Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen einer absoluten Gebietsschutzabrede könne nicht durch den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb

umgestossen werden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 491 ff.). Tatsächlich kann ein wettbewerbsbeschränkendes Vertikalverhalten eines Herstellers gerade als Indiz aufgefasst werden für eine fehlende disziplinierende Wirkung des Wettbewerbs auf Herstellerebene. Allerdings wird auch die gegenteilige Position vertreten, wonach vertikale Gebietsschutzabreden nur dann als problematisch zu beurteilen seien, wenn der Hersteller nachweislich über Marktmacht verfüge bzw. wenn es an wirksamem Interbrand-Wettbewerb fehle (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 81 ff., 91, 93 ff.; GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, S. 868 ff.). Die Frage kann an dieser Stelle offen bleiben (s.u., E. 7.5.4), da die Vorinstanz jedenfalls zu Recht von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten ausgegangen ist, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

7.5 Erheblichkeit

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die nicht zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen aber erheblich beeinträchtigen, unzulässig, sofern sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, bei absoluten Gebietsschutzabreden handle es sich um besonders schädliche Praktiken, welche eine in qualitativer Hinsicht erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellten. In quantitativer Hinsicht sei daher von geringeren Anforderungen auszugehen. Im Übrigen sei aufgrund der starken Marktposition der Beschwerdeführerin sowie angesichts ungenutzter Arbitragepotenziale im fraglichen Zeitraum auch in quantitativer Hinsicht eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzunehmen. Dafür spreche auch die rückläufige Entwicklung der Inlandpreise nach Aufhebung der strittigen Abreden (angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 489 ff., 494 ff., 518 f.).

Die Beschwerdeführerin wendet ein, eine Abrede, für welche in quantitativer Hinsicht lediglich geringfügige Auswirkungen nachgewiesen seien, könne nicht als erheblich im Sinne des Gesetzes gelten. Entscheidend sei im Übrigen, dass die Vorinstanz festgestellt habe, dass zwischen dem In- und dem Ausland für die betroffenen Produkte keine systematischen Preisunterschiede bestanden hätten; aus punktuellen Arbitragepotenzialen lasse sich nichts herleiten. Die von der Vorinstanz angeführten Preissenkungen ab Herbst 2009 entsprächen den Preissenkungen der Konkurrenz; für eine erhebliche tatsächliche Beeinträchtigung des schweizerischen

Markts fehle hingegen jegliche Evidenz (Beschwerde, Rz. 774 ff., 783 ff., 811 ff., 864 ff.).

7.5.1 Der in Art. 5 Abs. 1 KG verwendete Begriff *"erheblich"* (französisch: *"notable"*; italienisch: *"notevolmente"*) wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Umgangssprachlich ist damit etwas an Bedeutung, Umfang oder Menge Beträchtliches bzw. Nichtgeringes gemeint (vgl. Brockhaus [Hrsg.], WAHRIG Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 466). Der in der Botschaft zum Entwurf des Kartellgesetzes enthaltene Verweis auf die Praxis zum Vorgängererlass (Botschaft KG 1995, S. 554) ist aufgrund konzeptioneller Differenzen kaum weiterführend (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 18). Sprachlich klingt im französischen *"notable"* bzw. im italienischen *"notevolmente"* das europäische Merkmal der Spürbarkeit an, welches als blosses Aufgreifkriterium konzipiert ist (vgl. *De minimis*-Bekanntmachung der EU-Kommission, ABl. 2014 C 291/01; französischer Wortlaut: *"sensible"*; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., m.w.H.; s. sogleich); das deutsche *"erheblich"* wiederum ist sprachlich verwandt mit dem Wesentlichkeitsmerkmal der amerikanischen Jurisdiktionsklausel, welche ebenfalls als Bagatellklausel konzipiert ist (*"direct, substantial and reasonably foreseeable"*, s.o. E. 4.3.2). Die Botschaft zum Kartellgesetz nimmt einerseits Bezug auf das europäische Spürbarkeitskriterium, verweist andererseits auf das Erfordernis einer Einzelfallprüfung im Hinblick auf volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen im Sinne von Art. 1 KG bzw. Art. 96 BV. So heisst es einerseits (S. 554): *„Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. [...] Im übrigen kennen auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien."* Andererseits wird ausgeführt (S. 555): *„Unter dem nach schweizerischem Verfassungsverständnis zum Zuge kommenden Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung nicht an sich unzulässig sein. Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig."*

Entsprechend variiert das Auslegungsspektrum in Lehre und Rechtsprechung. Im Allgemeinen wird zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien unterschieden: Qualitative Kriterien nehmen auf den Inhalt der Abrede Bezug, quantitative auf die Marktabdeckung (Reichweite) bzw. die tatsächlichen Auswirkungen (vgl. z.B. BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 20 ff., 23;

KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 151 ff.; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 5.2.1). Grundsätzlich ist das quantitative Schädlichkeitspotenzial einer Abrede anhand der kumulierten Marktanteile der daran beteiligten Unternehmen zu beurteilen (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 5.2.1), teilweise wird auch die Berücksichtigung des potenziellen Wettbewerbs sowie der Marktstellung gefordert (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 23 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 230 ff.). Allerdings wird in Doktrin und Praxis nicht immer unterschieden zwischen quantitativem Schädlichkeitspotenzial (Marktanteile) und tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 494 ff.; Vertikalbekanntmachung 2010, Ziff. 12 und 13; NEFF, a.a.O., Art. 6 N. 7). Dies ist in der Sache unpräzis (vgl. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 8, 57, 58 ff., 60 ff.) und führt zu prozessualen Unschärfen: Die Feststellung von Inhalt, Reichweite und Auswirkungen einer Abrede ist Tatfrage, die Qualifikation der potenziellen oder tatsächlichen Wirkungen Rechtsfrage. Welche Bedeutung qualitativen und quantitativen Kriterien im Einzelfall beigemessen und wie hoch die „Erheblichkeitsschwelle“ dabei angesetzt werden soll, ist umstritten.

7.5.2 In der frühen Praxis der Vorinstanz nehmen quantitative Kriterien breiten Raum ein, während qualitative Kriterien sowie gesetzliche Rechtfertigungsgründe kaum eine Rolle spielen (vgl. z.B. RPW 1997/4, S. 490 ff., Rz. 55 ff., *Recymet SA*). Diese Rechtsprechung stützte sich auf die in der Lehre unter Berufung auf Art. 96 BV bzw. Art. 1 KG teilweise vertretene Auffassung, die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung sei nur zu bejahen, wenn die Abrede *in concreto* das Potenzial habe, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Folgen zu verursachen. Dies wiederum setze voraus, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen gemeinsam über Marktmacht verfügten, was anhand quantitativer Kriterien zu bestimmen sei (vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, sic! 2004, S. 912, 923). Diese Auffassung ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Geltend gemacht wird, Art. 96 BV und Art. 1 KG stellten offene Zielvorgaben dar, aus denen sich keine konkreten Aufgreif- oder Eingreifschwellen herleiten liessen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 41 f.). Die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer "Missbrauchs-" und europäischer "Verbotsgesetzgebung" sei seit der Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem generellen Kartellverbot zu einem solchen mit Legalausnahmen in der Europäischen Union überholt (BALDI, Für eine "informierte" Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 1184 f.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff.). Die Verhaltensprüfung habe sich stärker

am Inhalt der Abrede und weniger an der Marktstellung der Abredepartner zu orientieren (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; BALDI, Für eine "informierte" Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 1186; BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 509). Ausschweifende ökonomische Marktanalysen seien der Effizienz der Rechtsanwendung sowie der Rechtssicherheit abträglich, zudem stünde eine zu enge Auslegung der Aufgreifkriterien einer kasuistischen Herausbildung von Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG im Weg; in Anlehnung an die europäische Kartellrechtspraxis ("Spürbarkeit") sei das Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Bagatellklausel zu interpretieren und die Triage zwischen zulässigen und unzulässigen Abreden anhand ökonomischer Effizienzkriterien vorzunehmen (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 509 ff.; HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 29 f.). Eine Beschränkung der Rechtsanwendung auf volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Abreden vernachlässige, dass das Kartellgesetz nicht nur den Schutz wirksamen Wettbewerbs, sondern auch den individuellen Schutz der Wirtschaftsfreiheit bezwecke (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; vgl. auch BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 5.2.1).

In Reaktion auf die Kritik kam es in der Praxis der Vorinstanz zur stärkeren Berücksichtigung qualitativer Kriterien, indem im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung vermehrt auf quantitative *und* qualitative Kriterien zurückgegriffen wurde (vgl. z.B. RPW 2000/3, S. 320 ff., Rz. 111 ff. *Sanphar*). Zudem wurde vereinzelt bei Abreden, deren Inhalt als besonders schwerwiegend beurteilt wurde, ausschliesslich auf qualitative Kriterien abgestellt (vgl. z.B. RPW 2002/3, S. 455 ff., Rz. 24 ff., *Citroën*; vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 168 ff.). In den Vertikalbekanntmachungen (VertBek) 2002 und 2007 vertrat die Vorinstanz die Auffassung, bei Abreden, welche unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, ergebe sich die Erheblichkeit unbesehen quantitativer Kriterien bereits aus dem Inhalt der Abrede (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 388 ff.). Die Vertikalbekanntmachung 2010 (BBl 2010 5078) sieht demgegenüber eine Erheblichkeitsprüfung gestützt auf quantitative wie auch qualitative Kriterien vor, nennt zugleich aber eine Reihe vertikaler Abreden, welche aufgrund ihres qualifizierten Inhalts unbesehen von Marktanteilsschwellen als potenziell erheblich zu beurteilen seien (vgl. Ziff. 12 i.V.m. Ziff. 13). In der Lehre ist das verstärkte Abstellen der Vorinstanz auf qualitative Kriterien von den vorgenannten Autoren begrüsst, teilweise aber auch kritisiert worden. Ein-

gewendet wird, der sich aus dem schweizerischen Missbrauchsprinzip ergebende auswirkungsbasierte Ansatz, der im Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG seinen Niederschlag gefunden habe (*"beeinträchtigen"*) und sich aus Art. 96 BV sowie Art. 1 KG ergebe, wonach das Kartellgesetz die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen bezwecke, erfordere eine Orientierung an quantitativen Kriterien (PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, Art. 5 KG N. 6; NEFF, a.a.O., Art. 6 N. 5 ff.; Einleitung VertBek N. 3; Ziff. 12 VertBek N. 1 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 5 KG N. 118 ff.; RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2015, S. 232; DERS., Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2014, S. 231; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 612; s.o., E. 7.2.1). Als unbestritten gelten kann, dass eine Abrede, welche einen bedeutsamen Wettbewerbsparameter betrifft, erheblich sein kann, auch wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen verhältnismässig gering ist, während umgekehrt eine Abrede, welche einen unwesentlichen Wettbewerbsparameter betrifft, auch dann als unerheblich zu beurteilen ist, wenn praktisch alle Marktteilnehmer daran beteiligt sind (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 19; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 616; WALTER STOFFEL, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, S. 95 ff.).

7.5.3 In der Europäischen Union besteht gemäss Art. 101 Abs. 1 und 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABl. 2012 C 326/49) sowie gestützt auf Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 (Verordnung Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1) ein Verbot mit Legalausnahme für wettbewerbsbeschränkende Abreden (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 1 Rz. 33 ff., § 2 Rz. 1 ff., § 14 Rz. 1 ff.). Voraussetzung des Verbots ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (EuGH, Rs. 56-65, 30. Juni 1966, *Maschinenbau Ulm,* Slg. 1966, S. 303 f.; Rs. C-306/96, 28. April 1998, *Javico*, Slg. 1998 I 1983, Rn. 24 ff.). Gestützt darauf hat die Europäische Kommission in ihrer *De-minimis*-Bekanntmachung Spürbarkeitsvoraussetzungen in Form von Marktanteilsschwellen festgelegt (ABl. 2014 C 291/01). Ferner erliess der Europäische Rat verschiedene Gruppenfreistellungsverordnungen für wettbewerbsrechtlich als unbedenklich zu beurteilende Gruppen von Vereinbarungen gestützt auf inhaltliche Merkmale sowie Marktanteile (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 14 Rz. 20 ff.). Weder die *De-minimis*-Bekanntmachung der Kommission noch die Gruppenfreistellungsverordnungen gelangen zur Anwendung beim Vorliegen bestimmter qualitativer Kriterien ("Kernbeschränkungen"),

wozu unter anderem Fälle vertikaler Marktaufteilung gehören; ebenfalls keine Spürbarkeitsvoraussetzungen gelten für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Unterschied zu bloss bewirkten Beschränkungen, unter Vorbehalt des integrationsspezifischen Binnenmarktkriteriums zwischenstaatlicher Handelsbeeinträchtigung (EuGH, Rs. C-226/11, 13. Dezember 2012, *Expedia,* Rz. 35 ff.; EU-Kommission, *De minimis*-Bekanntmachung, 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., 74 ff.).

In der Schweiz sieht Art. 6 KG vor, dass der Bundesrat in Verordnungen bzw. die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen Abreden umschreiben kann, welche in der Regel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten. Gestützt darauf hat die Wettbewerbskommission eine Reihe von – rechtlich die Gerichte freilich nicht bindende (BORER, a.a.O., Art. 6 KG N. 3; NEFF, a.a.O., Art. 6 KG N. 27 ff., m.w.H.) – Bekanntmachungen veröffentlicht, darunter die Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung, BBl 2006 883) sowie die vorstehend genannten Vertikalbekanntmachungen (s.o., E. 7.5.2). Dabei hat die Wettbewerbskommission über die in Art. 6 KG genannten Effizienzkriterien hinaus Marktanteilsschwellen definiert, bei deren Unterschreitung grundsätzlich von der Unbedenklichkeit der in Frage stehenden Vereinbarung auszugehen sei, ausgenommen Vereinbarungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (Ziff. 13 VertBek 2007; Ziff. 13 VertBek 2010; Ziff. 3 Abs. 2 KMU-Bekanntmachung). Abweichend davon werden in der Lehre vereinzelt auch für qualitativ schwerwiegende Abreden Unbedenklichkeitsschwellen postuliert, wobei teilweise offen bleibt, worauf sich die Bezifferung im Einzelnen stützen soll (HOFFET, a.a.O., Art. 5 N. 67, m.w.H.; CARRON/KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, in: Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 15; STRAUB, a.a.O., S. 576 ff.; vgl. auch: Botschaft KG 1995, S. 562 ff.).

7.5.4 Das Bundesgericht hatte im Fall *Buchpreisbindung* die Formel geprägt, wonach die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede zu bejahen sei, *"wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten"* (BGE 129 II 18, E. 5.2.1 f.). Massgebend sind gemäss diesem Entscheid im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich quantitative *und* qualitative Kriterien. Dabei ist zu beachten, dass horizontale Abreden bei gleichzeitiger Verschlechterung des eigenen Angebots die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite durch Kumulation von Marktanteilen

beschränken. Demgegenüber führen Vertikalabreden nicht zur Kumulation von Marktanteilen zwischen den unmittelbaren Abredepartnern. Dies hat zur Folge, dass bei Vertikalabreden qualitative Kriterien in den Vordergrund rücken (im Ergebnis ebenso: BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 510); im Übrigen spielt in quantitativer Hinsicht für die Reichweite der Vertikalabrede primär der Marktanteil der involvierten Händler eine Rolle. Die Marktstellung des Herstellers bzw. Lieferanten ist dagegen von untergeordneter Bedeutung, da vom Interbrand-Wettbewerb allenfalls mittelbar eine disziplinierende Wirkung ausgeht.

Letzteres ist allerdings umstritten. Insbesondere die Wettbewerbstheoretiker der interventionskritischen Chicago-Schule betonen im Hinblick auf die Selbstregulierungskräfte des Marktes die Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs. So wird geltend gemacht, im Hinblick auf die vom Interbrand-Wettbewerb ausgehende disziplinierende Wirkung sei es legitim, "Trittbrettfahrer" auf Händlerstufe (Discounter) durch vertikale Gebietsschutzklauseln von Service-Leistungen des Fachhandels auszuschliessen oder auf diese Weise Investitionen in das mit einem Absatzkanal verbundene Produkte-Image zu schützen (vgl. AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 82 ff.; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 366 ff.; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, S. 52 ff.; vgl. auch angefochtene Verfügung, Rz. 521). Entsprechend wird in der Kartellrechtslehre teilweise gefordert, vertikale Gebietsschutzabreden seien nur dann als problematisch einzustufen, wenn der Hersteller über Marktmacht verfüge (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 105 ff., 111 ff.; GIGER, a.a.O., S. 867 ff.: ADRIAN RAASS, Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch!, sic! 2005, S. 775 ff.). Dabei wird übersehen, dass schon der Umstand, dass ein Hersteller im Rahmen vertikaler Abreden sein Angebot gegenüber der Marktgegenseite verschlechtert, ein Indiz für eine mangelnde disziplinierende Wirkung des Interbrand-Wettbewerbs darstellt (während umgekehrt eine horizontale Abrede gerade auf einen beschränkten Markteinfluss der einzelnen Abredepartner hinweist; vgl. auch ZÄCH, a.a.O., Rz. 491 ff.). Im Übrigen werden die Thesen der Chicago-Schule auch von wirtschaftsempirischen Studien in Frage gestellt (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 370 ff.; HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 52 ff.). Eine der Dynamik der Marktkräfte überlassene Korrektur setzt zudem insbesondere in kleinen Binnenmärkten lange Zeithorizonte mit entsprechenden volkswirtschaftlichen Adaptionskosten voraus (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 109). Bei absoluten Gebietsschutzklauseln stellt sich ferner die Frage der Verhältnismässigkeit. Auch werden allfällige prokompetitive Wirkungen auf Interbrand-Ebene

durch den Umstand relativiert, dass "Trittbrettfahrer"-Effekte typischerweise bei etablierten bzw. im Markt stark verankerten Marken anzutreffen sind. Schliesslich blendet der Ansatz aus, dass das schweizerische Kartellgesetz nicht nur den Institutionenschutz (Schutz des Wettbewerbs als wirtschaftliches Ordnungsprinzip), sondern auch den Individualschutz (Schutz der Wirtschaftsfreiheit der individuellen Marktteilnehmer) bezweckt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 5.2.1). Offen bleiben kann daher vorliegend, inwieweit der Katalog der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG überhaupt Raum lässt für solche (in casu freilich nicht behauptete) "Effizienzkriterien" (s.u., E. 7.7).

7.5.5 Das Bundesverwaltungsgericht gelangte mit Urteilen vom 19. Dezember 2013 in Sachen *Elmex* zum Schluss, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zwar grundsätzlich im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung anhand quantitativer und qualitativer Kriterien zu beurteilen sei, dass indes bei Abreden, bei welchen von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet werde, die Vermutung in der Folge jedoch umgestossen werden könne, sich die Erheblichkeit bereits aus dem Inhalt der Abrede ergebe, unbesehen quantitativer Kriterien, was der Rechtslage in der EU und dem Willen des Gesetzgebers entspreche, gegen potenziell besonders schädliche Vereinbarungen vorzugehen; die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz bleibe unbenommen (B-506/2010, E. 11.1.8, 11.3.4). Mit Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen *Baubeschläge* erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass das geltende Recht keine "*per se*-Erheblichkeit" vorsehe, weshalb die Auswirkungen einer Abrede im Einzelfall nachzuweisen seien (B-8399/2010, E. 6.1.3, nicht rechtskräftig). In der Lehre sind die beiden Urteilsreihen als widersprüchlich aufgefasst worden. Autoren, welche eine stärkere Ausrichtung der Praxis am Inhalt der Abrede sowie eine Fokussierung auf Effizienzkriterien fordern, begrüssten die Rechtsprechung im *Elmex*-Verfahren, während sie die Urteile in Sachen *Baubeschläge* ablehnten (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 508; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Baubeschläge", a.a.O., S. 273 f.; CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 5 ff.); umgekehrt stiess die *Elmex*-Rechtsprechung auf Kritik bzw. die *Baubeschläge*-Praxis auf Zustimmung bei Autoren, welche unter Berufung auf Art. 96 BV geltend machen, Art. 5 Abs. 1 KG setze in jedem Fall den Nachweis quantitativ erheblicher Auswirkungen der Abrede voraus (JACOBS, a.a.O., SJZ 2014, S. 231; DERS., a.a.O., SJZ 2015, S. 232).

Allerdings ist zu beachten, dass den beiden Urteilsreihen unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen. Während in den *Elmex*-Fällen primär das Schädlichkeitspotenzial vertikaler Gebietsschutzabreden, die im Wortlaut schriftlich vorlagen, zu beurteilen war, ging es beim horizontalen Preiskartell in Sachen *Baubeschläge* insbesondere um die Frage, ob die festgestellten Marktwirkungen dem Verhalten der Abredepartner oder aber dem Einfluss eines nicht in die Untersuchung einbezogenen ausländischen Preiskartells zuzuschreiben waren (B-8399/2010, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.8, 5.4.26). Festzuhalten ist ferner, dass gemäss *Elmex*-Urteilen bei Sachverhalten, welche unter die Vermutungstatbestände fallen, nicht *per se*, sondern *"grundsätzlich"* von der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, das heisst unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls (B-506/2010, E. 11.1.8). Nach Auffassung eines Teils der Lehre entschärfen sich die Spannungen zwischen den Urteilsreihen vor diesem Hintergrund (HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 21 ff.; BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.). Unbesehen des Disputs bekräftigte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. November 2015 im Fall *BMW*, in welchem eine vertikale Marktaufteilung zu beurteilen war, ausdrücklich seine Rechtsprechung in Sachen *Elmex*, unter Hinweis darauf, dass dadurch angesichts der Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG kein *per se*-Verbot statuiert werde (B-3332/2012, E. 9.1.4, nicht rechtskräftig; zustimmend: LAURA M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, in: Jusletter vom 2. Mai 2016, Rz. 40 ff.; ablehnend: RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2016, S. 233 f.; BREI, a.a.O., S. 326 ff.). Mit Urteil vom 17. Dezember 2015 in Sachen *Altimum*, dem eine Preisbindung zweiter Hand zugrunde lag, hielt das Gericht unter Bezugnahme auf die Urteile in Sachen *Baubeschläge* sowie *Elmex* fest*,* dass bei Sachverhalten, die unter die Vermutungstatbestände fallen, eine Erheblichkeit zwar aufgrund der Vermutung anzunehmen sei, zugleich aber die Möglichkeit einer Widerlegung dieser Annahme im Einzelfall ebenso gegeben sein müsse wie die im Gesetz vorgesehene Vermutungswiderlegung (B-5685/2012, E. 6.3.4, nicht rechtskräftig; zustimmend: JACOBS, a.a.O., SJZ 2016, S. 234; ablehnend: MARINO BALDI, „Zweimal hü und zweimal hott“ beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, S. 1 ff.).

Der Kontroverse liegen nebst unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen auch unterschiedliche Terminologien zugrunde. Das Schädlichkeitspotenzial einer Abrede ist abhängig vom Inhalt der Vereinbarung (qualita-

tives Element) und vom gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen (quantitatives Element). Davon zu unterscheiden sind die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede. Diese hängen insbesondere ab vom Grad der Umsetzung, wobei eine inhaltlich schwerwiegende Vereinbarung im Allgemeinen auch bei relativ geringer Marktabdeckung bzw. bei begrenzter Umsetzung nicht unerhebliche Auswirkungen zeitigt. Ausschliesslich in diesem engen, auf Inhalt und Reichweite der Abrede bezogenen Sinn wird der Begriff der quantitativen Erheblichkeit in den *Elmex*-Urteilen verwendet (vgl. B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 11.3.4), während im Fall *BMW* vom qualifizierten Inhalt der Abrede auch auf das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Auswirkungen geschlossen wird (B-3332/2012, 13. November 2015, E. 9.1.4 f.). Zwischen Schädlichkeitspotenzial und tatsächlichen Auswirkungen besteht insofern eine Wechselwirkung, als bei festgestelltem qualifiziertem Inhalt der Abrede und gegebener Reichweite im Falle nachgewiesener Umsetzung regelmässig mit erheblichen tatsächlichen Auswirkungen zu rechnen sein wird; das Schädlichkeitspotenzial und die erfolgte Umsetzung einer Abrede stellen insofern zumindest Indizien dar für die Erheblichkeit der tatsächlich bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung (B-5685/2013, 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 6.3.5).

7.5.6 Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht in öffentlicher Beratung die Beschwerde gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Elmex* abgewiesen (2C_189/2014; noch nicht publiziert). Anlässlich der mündlichen Beratung hat das Gericht mit Mehrheitsbeschluss erwogen, Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG seien unbesehen quantitativer Kriterien grundsätzlich erheblich, vorbehältlich blosser Bagatellfälle. Quantitative Kriterien seien allenfalls im Rahmen der Prüfung, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt werde, sowie bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Der höchstrichterliche Urteilsspruch bezieht sich, soweit ersichtlich, nicht nur auf die Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen, sondern darüber hinaus auch auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede. Eine Abkehr vom Umsetzungserfordernis damit indes offenbar nicht verbunden (s.o., E. 7.2). Näheren Aufschluss ist in diesem Punkt von der schriftlichen Urteilsbegründung zu erwarten.

Vorliegend ist damit grundsätzlich eine erhebliche Abrede im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben (vertikale Gebietsschutzabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG). Auf eine Prüfung quantitativer Kriterien kann insofern verzichtet werden. Im Hinblick auf die Sanktionsbemes-

sung (s.u., E. 9.2) sowie aufgrund der noch ausstehenden schriftlichen Urteilsbegründung des Bundesgerichts in Sachen *Elmex* erscheinen nachfolgende Erwägungen in quantitativer Hinsicht geboten.

7.5.7 Die quantitative Reichweite einer vertikalen Gebietsaufteilung ist nach dem Gesagten primär anhand der kumulierten Marktanteile auf Seiten der involvierten Händler zu beurteilen (s.o., E. 7.5.4). Die angefochtene Sanktionsverfügung macht dazu keine näheren Angaben (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 500 f.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang der kumulierte Marktabschottungseffekt komplementärer Vereinbarungen, zumal sich die Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der von ihr vereinbarten inländischen Einfuhrverbote im Rahmen einer Konzernbetrachtung auch die ausländischen Ausfuhrverbote anrechnen lassen muss (s.o., E. 4.1). Eine kumulative Berücksichtigung komplementärer Vereinbarungen entspricht der neueren Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. Ziff. 13 Abs. 2 VertBek 2010) wie auch der europäischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen der sogenannten Bündeltheorie (EU-Kommission, *De minimis*-Bekanntmachung, 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01, Ziff. 10; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 58 ff.). Insofern die Beschwerdeführerin das Importverbot im Inland auf mehrere massgebliche Grosshändler sowie zahlreiche Detailhändler ausgedehnt hat, sowie unter Berücksichtigung der in mehr als einem halben Dutzend europäischer Vertriebsregionen wie auch in den USA praktizierten Exportverbote ist vorliegend eine erhebliche Reichweite des Gebietsschutzes gegeben.

Auch die tatsächlichen Marktwirkungen sind als erheblich zu beurteilen. Die Vorinstanz ging in Bezug auf verschiedene Produkte der Beschwerdeführerin von erheblichen punktuellen Preisunterschieden zwischen dem In- und dem Ausland aus und schloss daraus auf ungenutzte Arbitragepotenziale in den relevanten Märkten von insgesamt erheblichem Umfang (angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 390 f., 399, 402, 404 f., 407 ff., 413, 419 f.). Gestützt auf Angaben von Händlern sowie von Rechnungsdaten (SAP) der Beschwerdeführerin gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass ca. 70 - 80 % der Verkaufsangebote für Digitalkameras der Beschwerdeführerin und ca. 43 % der Verkaufsangebote für Wechselobjektive der Beschwerdeführerin auf Grosshandelsstufe im fraglichen Zeitraum im Ausland billiger waren als in der Schweiz, wobei die Differenz in 6 - 11 % der Fälle bei Digitalkameras und in 14 % der Fälle bei Wechselobjektiven mehr als 15 % betrug (Rz. 399, 402). In einem internen Schreiben der Beschwerdeführerin wird im Normalfall bereits ein Preisunterschied von 5 % als ausreichend angesehen, um Parallelimporte auf Händlerstufe auszulösen (U-

act. 22, S. 22). Den Parallelimportanteil bei Nikon-Produkten auf Grosshandelsstufe von (...) % und auf Einzelhandelsstufe von (...) % bzw. (...) % hat die Vorinstanz im Verhältnis zum höheren Importanteil der Konkurrenz zudem als vergleichsweise gering beurteilt (Rz. 434, 437). Angesichts des von der Beschwerdeführerin auf (...) Mio. Fr. bezifferten Importvolumens im Jahr 2009 (Beschwerde, Rz. 819; angefochtene Verfügung, Rz. 431) ist jedenfalls nicht von einem Bagatellfall auszugehen.

Der Preisvergleich der Vorinstanz stützt sich dabei auf die jeweiligen Durchschnittspreise der fünf umsatzstärksten Produkte der Beschwerdeführerin im Bereich Digitalkameras (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 404 f., 415, 422 f.). Dies erscheint nach dem Gesagten sachgerecht, zumal es Parallelimporteuren angesichts der branchentypisch ausgeprägten Angebotsumstellungsflexibilität und vergleichsweise geringen Sortimentsbindung auf die Preisdifferenz des einzelnen, vorzugsweise umsatzstarken Produkts ankommt, nicht auf die Durchschnittspreise ganzer Warengruppen, welche dem Parteigutachten der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 zugrunde liegen (vgl. U-act. 333, Beilage 1; Beschwerde, Rz. 834 f., 861). Dass der Vergleich auf Länder abstellt, welche unter den Geltungsbereich des vereinbarten Gebietsschutzes fallen, wozu im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Einfuhrverbote entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 822, 824, 829) auch die chinesische Sonderverwaltungszone Hongkong gehört (angefochtene Verfügung, Rz. 393), erscheint ebenfalls korrekt. Die vorinstanzlich vorgenommene Marktanalyse ist daher methodisch nicht zu beanstanden und stützt im Ergebnis die aus dem Schädlichkeitspotenzial der Abrede sowie ihrer Umsetzung resultierende Qualifizierung der Abrede als erheblich (s.o., E. 7.5.6).

Nichts herleiten zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin zudem aus der Aussage im erwähnten Parteigutachten, wonach das Preisgefälle zwischen der Schweiz und dem Ausland im fraglichen Zeitraum bei Produkten der Beschwerdeführerin nicht grösser gewesen sei als bei Konkurrenzprodukten (BAK-Gutachten 2011, S. 57; Beschwerde, Rz. 834 f.). Die vertikale Vertriebsstruktur eines Herstellers beschlägt naturgemäss lediglich den Intrabrand-Wettbewerb. Insofern lassen sich aus einem Vergleich mit Konkurrenzprodukten keine unmittelbaren Schlüsse ziehen auf die Wettbewerbsbedingungen im Handel mit Produkten der Beschwerdeführerin. Im Übrigen wird im Ergänzungsgutachten der BAK Basel vom Januar 2012 (Beschwerdebeilage 24) eingeräumt, dass die Differenzen bei den von der

Vorinstanz untersuchten Produkten im fraglichen Zeitraum durchaus *"relativ hoch"* gewesen seien (BAK-Gutachten 2012, S. 19). Umgekehrt ist die vorinstanzliche Einschätzung, wonach ein Parallelimportanteil von Nikon-Produkten auf Grosshandelsstufe von (...) % und auf Einzelhandelsstufe von (...) % bzw. (...) % im Verhältnis zum höheren Importanteil der Konkurrenz "bescheiden" gewesen sei (angefochtene Verfügung, Rz. 434, 437), entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin (angefochtene Verfügung, Rz. 840 ff.) nicht zu beanstanden, zumal die Einfuhren von Sony und Canon im Mittel insgesamt über den genannten Quoten lagen und beispielsweise bei Wechselobjektiven von Canon ein Mehrfaches betrugen (U-act. 183, Frage 11).

Schliesslich ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz im Rahmen einer sogenannten Strukturbruchanalyse für den Zeitraum nach der Änderung der Vertriebsstrategie durch die Beschwerdeführerin keine Veränderung der Endverkaufspreise in signifikantem Ausmass feststellen konnte (angefochtene Verfügung, Rz. 510 ff.), doch abgesehen davon, dass vorliegend nicht die Endverkaufspreise, sondern die von den strittigen Abreden betroffenen Händlerpreise massgebend sind, ist im Hinblick auf die Differenz zwischen Händler- und Endverkaufspreis nicht nur die jeweilige Handelsmarge, sondern auch der preisstützende Effekt der Einführung der "Swiss Garantie" im Rahmen des zeitgleich erfolgten Wechsels vom offenen zum selektiven Vertrieb zu beachten. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz zugleich von *„einer gewissen Dynamik“* im Wettbewerb auf Herstellerebene ausgegangen ist (angefochtene Verfügung, Rz. 462 ff., 500 f.), zumal davon allenfalls mittelbar eine disziplinierende Wirkung auf den Intrabrand-Wettbewerb ausgeht (s.o., E. 7.5.5). Anzumerken bleibt, dass die starke Verankerung der Marke "Nikon" in den relevanten Märkten sowie die für die Vermarktung von Systemkomponenten typische Interdependenz einzelner Produktemärkte für eine eher geringe Preiselastizität sprechen; denn wer ein Nikon-Kameragehäuse besitzt, kann nicht ohne Weiteres auf ein Canon-Wechselobjektiv ausweichen, und umgekehrt. Auch die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede hat die Vorinstanz damit zu Recht als erheblich beurteilt.

7.6 Kausalität

Soweit in Lehre und Rechtsprechung teils die Auffassung vertreten wird, wonach ausschliesslich bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werden (s.o., E. 7.2.1), ist nebst der Erheblichkeit der festgestellten Wirkungen auch deren kausale Verursachung durch die

in Frage stehende Abrede erforderlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt einen Kausalzusammenhang zwischen Abrede und Wettbewerbsbeeinträchtigung vorausgesetzt, insbesondere im Fall *Baubeschläge,* in welchem unter anderem die Frage der alternativen Kausalität durch ein nicht in die Untersuchung einbezogenes ausländisches Kartell zu beurteilen war (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.6 ff., 5.4.23, 5.4.26, 6.1.2, 6.3.30, 6.4.2; BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.; zur Terminologie: BREHM, a.a.O., Art. 41 OR N. 145 ff.; ebenso: BVGer, B-506/2010, 19. Dezember 2013, *Elmex*, E. 8.1.1 ff., 12.1 ff.; B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 561 ff.; abweichend: B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW*, E. 9.1.4 f.). Analog wird in der Lehre teilweise von einem Kausalitätserfordernis ausgegangen (KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 78 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., Art. 5 KG N. 228; CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 13 ff.; JACOBS, a.a.O., SJZ 2015, S. 235; zur Frage der Kausalität im Zusammenhang mit dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweise: EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, *Hüls,* Rz. 161; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 38 ff.; vgl. auch: BVGer, B-8404/2010 [SFS unimarket], 23. September 2014, *Baubeschläge*, E. 5.3.5). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht in Sachen *Elmex* entschieden, dass für die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich nicht auf quantitative Kriterien abzustellen ist (2C_180/2014). Soweit sich dieser Urteilsspruch über die Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen hinaus auch auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede erstreckt, erübrigt sich damit eine Kausalitätsprüfung (schriftliche Urteilsbegründung ausstehend). Vorliegend sind konkurrierende Kausalverläufe, vorbehältlich des vorstehend zu den tatsächlichen Auswirkungen der Abrede bereits Ausgeführten (E. 6.5.7), weder ersichtlich noch behauptet.

7.7 Rechtfertigungsgründe

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen, unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Abreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt, wenn sie 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, sofern die Abreden den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Aufzählung ist abschliessend (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung,* E. 10.3; BORER,

a.a.O., Art. 5 KG N. 45, m.w.H.). Die Beschwerdeführerin macht keine Rechtfertigungsgründe geltend (vgl. Beschwerde, Rz. 886). Die Vorinstanz vertritt unter Verweis auf ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Ziff. 16 Abs. 4 lit. a VertBek 2010) sowie in Anlehnung an die europäische Praxis (EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/01) die Auffassung, als Rechtfertigungsgrund für einen (temporären) absoluten Gebietsschutz komme lediglich ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktemärkte in Frage; dabei handle es sich um einen Sonderfall der "Trittbrettfahrer"-Problematik. Ein entsprechender Sachverhalt sei vorliegend nicht gegeben (angefochtene Verfügung, Rz. 521 ff.), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist der Schutz von Investitionen beim Markteintritt bzw. das Ergreifen von Vertriebsmassnahmen gegen "Trittbrettfahrer" nicht explizit als Rechtfertigungsgrund erwähnt (s.o., E. 7.5.3). Andere Rechtfertigungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich. Dabei kann unbeachtet bleiben, dass die vorinstanzlich zitierte Bekanntmachung jüngeren Datums ist als das strittige Verhalten der Beschwerdeführerin (s.o., E. 7.3.3). Die strittigen Abreden erweisen sich damit im Ergebnis als unzulässig.

8. Sanktionstatbestand (Art. 49a KG)

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einer Sanktion belastet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Sanktion verstosse gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* sowie das strafprozessuale Schuldprinzip (Beschwerde, Rz. 889 ff., 900 ff.).

8.1 Grundsatz *nulla poena sine lege*

Die Beschwerdeführerin begründet die Rüge eines vorinstanzlichen Verstosses gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* zum einen mit der extensiven Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG durch die Vorinstanz (Beschwerde, Rz. 73 ff., 83 ff.), zum andern mit dem Umstand, dass die Vorinstanz die Sanktion nicht auf Art. 5 Abs. 4 KG, sondern auf Art. 5 Abs. 1 KG abgestützt habe (Rz. 68 ff.). Im Übrigen sei die in Art. 49a KG vorgesehene Rechtsfolge zu wenig bestimmt (Rz. 94 ff.).

8.1.1 Bezüglich der strafähnlichen Natur direkter Sanktionen kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 5.1). Die Qualifizierung hat

zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien zu beachten sind, welche auch für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2). Allerdings gehört das Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich zum Verwaltungsverfahrensrecht (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, *Publikationsverfügung i.S. Nikon*, E. 8.2), weshalb die Verfahrensgarantien der EMRK nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen nicht absolute Geltung beanspruchen, sondern in eine einzelfallbezogene Interessenabwägung einzubeziehen sind, wobei auch allfällige Besonderheiten zu berücksichtigen sind, soweit sie sich aus der Rechtsnatur von Unternehmen herleiten (s.o., E. 2.1, 5.1; BGE 140 II 384, *Spielbank,* E. 3.3.4, 3.3.5; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 643 ff., m.w.H.). Massgebend für das Verfahren sind die einschlägigen Vorschriften des Kartell- und Verwaltungsverfahrensgesetzes, vorbehältlich ergänzender Bestimmungen des Bundesrechts (Art. 4 VwVG). Grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen hingegen die Vorschriften des Strafprozessrechts sowie des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, auch nicht gestützt auf Art. 333 Abs. 1 und 7 StGB (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 649, 651, m.w.H.; HEINE/ROTH, Rechtsgutachten vom 13. Oktober 2010 zur Sanktionierung natürlicher Personen/Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision [https://www.news.admin.ch], S. 14 ff.; a.M.: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 105 ff.; Beschwerde, Rz. 106). Teilweise wird in der Lehre ergänzend die analoge Anwendung einzelner strafprozessualer Bestimmungen postuliert (THOMI/WOHLMANN, a.a.O., Rz. 14 ff.; vgl. dazu BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 651, m.w.H.).

8.1.2 Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des UNO-Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war (*nulla poena sine lege*; vgl. Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 1 StGB). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. JENS MEYER-LADEWIG, Handkommentar zur EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 7 EMRK N. 5; FROWEIN/PEUKERT, Kommentar zur EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 7 EMRK N. 2; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 462 ff.). Der Grundsatz ist verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung

nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 8.2.1, m.w.H.). Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, wobei sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lässt, sondern vom Regelungsgegenstand sowie von den Normadressaten und der Schwere des Grundrechtseingriffs abhängt (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 8.2.1, m.w.H.). Beispielsweise hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den in der deutschen Gesetzgebung verwendeten Begriff "verwerflich" als mit Art. 7 EMRK konform betrachtet (EGMR, 18397/03, 8. Januar 2007, *Witt*).

Im Urteil in Sachen *Publigroupe* hat das Bundesgericht festgehalten, Art. 7 Abs. 1 KG genüge in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 KG den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die im Beispielkatalog erwähnten Verhaltensweisen (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 8.2.2, m.w.H.). Gestützt darauf hat das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen *Elmex* die erforderliche Bestimmtheit von Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf Passivverkaufsverbote im Grundsatz ebenfalls bejaht (B-506/2010, E. 14.1.3 f.). Zwar beruht die vorliegende Sanktion insofern nicht auf einer engen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG, als es sich bei den strittigen Vertriebsklauseln in casu um indirekte und nicht-exklusive Gebietszuweisungen handelt; ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip ist darin angesichts des Gesetzeswortlauts jedoch nicht zu erkennen (s.o., E. 7.3), zumal gemäss zitierter höchstrichterlicher Rechtsprechung das Bestimmtheitsgebot keine einschränkende Gesetzesauslegung vorschreibt. Nichts anderes gilt auch im Strafrecht (beispielsweise hat das Bundesgericht das Tätigen von gebührenpflichtigen Anrufen mit einem gestohlenen Mobiltelefon unter den Tatbestand des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von 147 StGB subsumiert: BGE 129 IV 315, E. 2.2.3). Ohnehin nicht auf den Grundsatz *nulla poena sine lege* berufen kann sich die Beschwerdeführerin, soweit sie eine einschränkende Auslegung der Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 KG fordert; diese Norm hat nicht einen materiellen Sanktionstatbestand zum Gegenstand, sondern regelt lediglich die Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht (s.o., E. 4.4).

8.1.3 Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist Voraussetzung einer direkten Sanktion, dass ein Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG beteiligt ist. In der Lehre ist umstritten, ob davon auch ein Sachverhalt erfasst wird, der unter Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG fällt, der jedoch nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, wohl aber zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Die Botschaft zur

Gesetzesrevision von 2003 äussert sich in diesem Sinne. So heisst es (S. 2037): *„Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind [...] nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.“* Ein Teil der Lehre vertritt unter Hinweis auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot dennoch die Auffassung, bei widerlegter Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sei trotz gegebener Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG eine Sanktion ausgeschlossen (BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 8, m.w.H.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 101 ff., m.w.H.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 766, m.w.H.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 505). Darauf beruft sich auch die Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 68 ff.).

Mit dem Gesetzeswortlaut erscheinen indes beide Auslegungsmöglichkeiten vereinbar, zumal Art. 49a Abs. 1 KG von *"unzulässigen"* Abreden und nicht von wirksamen Wettbewerb beseitigenden Abreden spricht. Da die Widerlegung der gesetzlichen Beseitigungsvermutung in der Praxis regelmässig gelingt, würde Art. 49a KG bei einschränkender Auslegung kaum je zur Anwendung gelangen, was auch der mit der Revision von 2003 angestrebten Verbesserung der Präventionswirkung (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2033 f.) zuwiderliefe. Schliesslich liegt es im Interesse der Rechtssicherheit selbst, auf den Inhalt der Abrede abzustellen und nicht auf die schwer abschätzbare (und von äusseren Faktoren mitbeeinflusste) Frage, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt oder "nur" erheblich beeinträchtigt wird. Vor dem Hintergrund der Kontroverse um den Erheblichkeitsbegriff ist im einschränkenden Verweis von Art. 49a KG auf die Verhaltensweisen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die im Sinne des Bestimmtheitsgebots erforderliche Konkretisierung zu erkennen. Im Übrigen ist mit Blick auf die Erheblichkeitsprüfung anzumerken, dass das Bundesgericht den nicht weniger offenen Begriff des relevanten Marktes als mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar erachtet hat, trotz der komplexen Vorfragen, die sich im Rahmen der Marktabgrenzung im Einzelfall stellen; ebenso hat das Bundesgericht die in Art. 7 KG verwendeten Begriffe der marktbeherrschenden Stellung sowie der Diskriminierung im Hinblick auf den Sanktionstatbestand von Art. 49a KG als ausreichend bestimmt erachtet (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 8.2.3). Schliesslich kommt auch das Strafrecht nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus (vgl. z.B. "Arglist" i.S.v. Art. 146 StGB o-

der "Misswirtschaft" i.S.v. Art. 165 StGB). Dabei ist es gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zumutbar, wenn das betroffene Unternehmen rechtlichen Rat einholen muss, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (BGE 139 I 72, *Publigroupe,* E. 8.2.2, m.w.H.).

Der wohl überwiegende Teil der Lehre vertritt denn auch die Auffassung, für die Sanktionierung sei ausschlaggebend, ob ein Sachverhalt gemäss Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG vorliegt, unabhängig davon, ob das verwirklichte Schädlichkeitspotenzial den Grad der Erheblichkeit oder der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs erreicht (PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 8; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 154 f., m.w.H.; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49 KG N. 6 ff., m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., S. 35 ff.; DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 130 ff.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 9; ROTH/BOVET, in: Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 49 KG N. 10, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 501, 1119 ff., m.w.H.). Im Beschwerdeverfahren in Sachen *Elmex* ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, eine Abrede, welche den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt und den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, ohne dass Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen, wird von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst (BVGer, B-506/2010, E. 14.2.4; ebenso: B-3332/2012, 13. November 2015, *BMW,* E. 11.1). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt (2C_180/2014; noch nicht publiziert).

8.1.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter die fehlende ziffernmässige Obergrenze der Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (Beschwerde, Rz. 94 f.). Zutreffend ist, dass das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nicht nur für den Tatbestand, sondern grundsätzlich auch für die Rechtsfolge gilt (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 19; LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter vom 4. Juli 2011, Rz. 95, m.w.H.). Art. 49a KG sieht als Sanktion die Belastung mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes vor. Die Sanktion ist mithin betragsmässig begrenzt; eine bezifferte Obergrenze wird jedoch nicht genannt. Gestützt darauf wird in der Lehre mitunter die Auffassung vertreten, Art. 49a KG genüge in diesem Punkt den Bestimmtheitsanforderungen nicht (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 83 ff.). Bundesgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte haben sich zur Frage bisher nicht

geäussert (offen gelassen: BGer, 2C_484/2010, 29. Juni 2012, *Publigroupe*, E. 8; zur EGMR-Praxis: WILDHABER, a.a.O., Rz. 95). Bussen ohne ziffernmässige Obergrenze sind unter anderem im schweizerischen Steuerstrafrecht verbreitet (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 92 ff.). Zu beachten ist vorliegend die Doppelnatur von Art. 49a KG als verwaltungsrechtliche Sanktion mit strafähnlichem Charakter. Während im Kernstrafrecht die Strafe mit der Einziehung unrechtmässig erlangter Gewinne (vgl. Art. 69 ff. StGB) einhergeht, ist im Kartellrecht eine selbständige Restitution nicht vorgesehen (auch keine adhäsionsweise Klagemöglichkeit, vgl. Art. 12 ff. KG); insofern dient die Verwaltungssanktion nicht nur der Durchsetzung der Wettbewerbsordnung, sondern – in pauschaler Form – auch der Abschöpfung der im Einzelfall nur schwer zu beziffernden Kartellrendite sowie der Kompensation des volkswirtschaftlichen Schadens. Dies lässt eine umsatzbasierte Sanktion unter Berücksichtigung von Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens sowie des mutmasslichen Gewinns als gerechtfertigt erscheinen, zumal dem Unternehmen die eigenen Umsatzzahlen bekannt sind (vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass Art. 49a KG den Bestimmtheitsanforderungen in Bezug auf die Rechtsfolge genügt (B-2977/2009, 27. April 2010, *Publigroupe,* E. 8.1.7.2; B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 619 ff., 625). Diese Auffassung wird auch in der Lehre vertreten (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 20). Die Regelung entspricht überdies jener in der Europäischen Union (vgl. Verordnung [EG] Nr. 1/2003, ABl. L 1/03; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 18). Eine Verletzung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* ist vorliegend nicht gegeben.

8.2 Verantwortlichkeit

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie werde für fremdes Verhalten mit einer Sanktion belegt (Beschwerde, Rz. 119 ff.). Zudem habe die Vorinstanz weder den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung geführt noch das Bestehen eines Rechtsirrtums geprüft (Beschwerde, Rz. 104 ff., 894 ff.). Dies verletze das Schuldprinzip.

8.2.1 Anders als der Grundsatz *nulla poena sine lege* wird das Schuldprinzip durch die Verfassung nicht unmittelbar garantiert (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 112). Teilweise wird es aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV hergeleitet (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 116 ff.; YVO HANGARTNER, As-

pekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 277 f.). Vereinzelt wird auch geltend gemacht, das Schuldprinzip ergebe sich aus allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien (WOHLMANN, a.a.O., Rz. 17 ff.; vgl. auch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 105 ff.). Inhalt und Tragweite des Grundsatzes sind umstritten; insbesondere sind die Meinungen in der schweizerischen Kartellrechtslehre geteilt, ob im Rahmen von Art. 49a KG ein Verschulden vorauszusetzen sei (vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 643 ff., m.w.H.). Im EU-Recht wird für eine Kartellbusse vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln verlangt (Art. 23 Abs. 1 Verordnung [EG] Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/2003).

8.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich unlängst ausführlich mit dem Schuldprinzip auseinandergesetzt (B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 643 ff., m.w.H.; nicht rechtskräftig). Dabei hat es eine unmittelbare Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (vgl. Art. 333 Abs. 1 und 7 StGB) auf Kartellsanktionen angesichts der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abgelehnt (BVGer, B-7633/2009, Rz. 649, 651; ebenso: HEINE/ROTH, a.a.O., S. 14 ff.). Zu beachten ist, dass das Schuldprinzip auf natürliche Personen zugeschnitten ist (BVGer, B-7633/2009, Rz. 645; vgl. auch BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.4). Demgegenüber beruht die Strafbarkeit einer juristischen Person stets auf der Zurechnung von Handlungen natürlicher Personen, unabhängig davon, ob das Verschulden in der Geschäftstätigkeit des Unternehmens selbst oder in dessen mangelhafter Organisation erkannt wird bzw. ob die Gesellschaft als fiktives oder reales Gebilde angesehen wird (zur sog. Fiktions- und Realitätstheorie: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 2 N. 11 ff., 36 ff.); eine Zurechnung höherer Ordnung erfolgt zudem bei Unternehmen, wenn ein Gesamtkonzern bzw. eine Konzerngesellschaft für das Verhalten einer anderen Konzerngesellschaft einzustehen hat. Das Konstrukt eines Unternehmensverschuldens kommt daher nie ganz ohne kausales Haftungsmoment aus (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 30, m.w.H.). Der Hinweis in der Botschaft auf die fehlende strafrechtliche Deliktsfähigkeit juristischer Personen (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2034, Ziff. 2.1.1) gilt hingegen seit Einführung der originären Strafbarkeit von Unternehmen in bestimmten Fällen von Organisationsverschulden (Art. 102 Abs. 2 StGB) auch im Strafrecht als überholt (zum Grundsatz *societas delinquere non potest*: NIGGLI/

GFELLER, in Basler Kommentar zum StGB, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 102 StGB N. 9 f.).

Im Urteil in Sachen *Swisscom ADSL* gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, gestützt auf das EMRK-rechtliche Schuldprinzip sei in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre eine verschuldensunabhängige Sanktion abzulehnen (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 654 ff.). Davon ist zuvor schon das Bundesgericht in einem obiter dictum ausgegangen (2C_484/2010, 29. Juni 2012, *Publigroupe,* E. 12.2.1. f. [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Das Bundesgericht hat festgehalten, die Vorwerfbarkeit des Verhaltens setze einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens voraus (E. 12.2.2.; ebenso: BVGer, B-506/2010, 19. Dezember 2013, *Elmex*, E. 14.3.5); ob ein Organisationsmangel eine zwingende Verantwortlichkeitsvoraussetzung oder lediglich eine mögliche Verschuldensform darstellt, hat das Bundesgericht offen gelassen. Nebst einer Verantwortlichkeit gestützt auf ein Organisationsverschulden (analog Art. 102 StGB) wird in der Literatur die Zurechnung eines subjektiv sorgfaltspflichtwidrigen (fahrlässigen) Verhaltens der für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen diskutiert (vgl. HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 62 f.; HANGARTNER, a.a.O., S. 277 f.; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 10; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 126 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil in Sachen *Swisscom ADSL* die Meinung vertreten, ein Organisationsverschulden sei für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zumindest ausreichend (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 674 ff.). Daran anknüpfend erscheint es sachgerecht, als Voraussetzung der Verantwortlichkeit des Unternehmens alternativ einen Organisationsmangel *oder* ein fahrlässiges Handeln der Unternehmensverantwortlichen zu fordern (ebenso: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 132; PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 5; HANGARTNER, a.a.O., S. 275; ANDREAS HEINEMANN, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, 2009, S. 598; FANNY PAUCKER, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Fahrländer/Heizmann [Hrsg.], Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, 2013, S. 684).

8.2.3 Die Präzisierung hat Konsequenzen für die Frage der Schuldausschlussgründe. Strittig ist insbesondere die Wirkung von unternehmensinternen Compliance-Programmen, denen in der schweizerischen Lehre teils

sanktionsbefreiende (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 144 ff.; WOHLMANN, a.a.O., Rz. 17 f.), teils sanktionsmindernde Wirkung (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 62 f.; HEINE/ROTH, a.a.O., S. 23 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 81 f.) zuerkannt wird. Für den Fall des Einholens eines externen Gutachtens zur Zulässigkeit bestimmter Unternehmenstätigkeiten wird überdies in der schweizerischen Lehre ein schuldausschliessender Rechtsirrtum postuliert (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 162). Strenger ist die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche Compliance-Programme weder schuldbefreiend noch sanktionsmindernd berücksichtigt (EuGH, Rs. C-501/11 P, 18. Juli 2013, *Schindler*, Rz. 144; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 32 f., m.w.H.) und externen Gutachten nur ausnahmsweise schuldbefreiende Wirkung zuspricht (vgl. EuGH, Rs. C-681/11, 18. Juni 2013, *Schenker & Co.,* Rz. 41 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 35 f., m.w.H.). Dabei ist in dogmatischer Hinsicht zu beachten, dass ein lege artis durchgeführtes Compliance-Programm zwar allenfalls das Unternehmen vom Vorwurf des Organisationsmangels zu entlasten vermag, nicht aber von der Verantwortung für ein schuldhaftes Verhalten der im Namen des Unternehmens kartellrechtswidrig handelnden Personen. Umgekehrt wird ein Rechtsirrtum zwar die für das Unternehmen handelnden Personen allenfalls von ihrer Schuld befreien, nicht aber zwingend auch das Unternehmen in Bezug auf seine objektive Sorgfaltspflicht, zu welcher es gehört, dafür besorgt zu sein, dass die Geschäftstätigkeit auf realistischen Annahmen beruht. Ein Compliance-Programm wird daher lediglich bei der Sanktionsbemessung Berücksichtigung finden. Dies entspricht im Übrigen der Rechtslage im Individualstrafrecht, wo einer zurechnungsfähigen natürlichen Person deliktpräventive Massnahmen (z.B. Therapien) ebenfalls nicht schuldbefreiend, sondern allenfalls strafmindernd angerechnet werden; ebenso wird einer natürlichen Person im Strafrecht nur ausnahmsweise ein Rechtsirrtum zugestanden. Analog wird im Kartellverfahren das Einholen eines externen Gutachtens ein Unternehmen nur ausnahmsweise von Schuld befreien. Voraussetzung ist, dass das Gutachten die relevanten Fragen gründlich, eindeutig und detailliert beantwortet, ferner dass das Unternehmen auf die Richtigkeit der daraus abgeleiteten Handlungsempfehlung vertrauen durfte (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 94a - 53 KG N. 162).

8.2.4 Im Übrigen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens keine überzogenen Anforderungen zu stellen, da andernfalls die Bestimmung von

Art. 49a KG, die vom Normzweck her auf juristische Personen zugeschnitten ist, ins Leere liefe (2C_484/2010, 29. Juni 2012, *Publigroupe,* E. 12.2.2). Dies wird – in Übereinstimmung mit den Materialien (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037) – auch in der Literatur überwiegend gefordert, zumal das Verhalten der Unternehmensverantwortlichen kaum je im Einzelnen feststellbar ist (TAGMANN, a.a.O., S. 72; vgl. auch BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 11; KUBLI, a.a.O., S. 152). Ohne gegenteilige Indizien wird daher in der Regel vom Vorliegen einer Abrede auf Inkaufnahme der mit der Abrede verbundenen Wettbewerbswirkungen zu schliessen sein (Eventualvorsatz), wobei bereits eine sorgfaltspflichtwidrige Verursachung als tatbestandsmässig zu beurteilen ist (Fahrlässigkeit); die widerlegbare Vermutung eines entsprechenden Wissens und Willens ist mit der Unschuldsvermutung vereinbar (s.o., E. 5.5). Ebenso wird im Umstand, dass ein Kartellrechtsverstoss im Rahmen der Unternehmenstätigkeit stattgefunden hat, ein Hinweis auf eine mangelhafte Organisation zu erkennen sein, es sei denn, es liegen Hinweise vor, welche das Unternehmen in diesem Punkt entlasten; dabei sind jedoch hohe Anforderungen an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines allfälligen Compliance-Programms zu stellen.

8.2.5 In casu hat die Vorinstanz angenommen, die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin habe als Vertriebsgesellschaft eines international tätigen Konzerns wissen müssen, dass die strittigen Vertragsklauseln sowie die Massnahmen zu deren Umsetzung unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen (angefochtene Verfügung, Rz. 539 ff.). Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe auf die eingeholte Rechtsauskunft eines Anwalts vertraut (Beschwerde, Rz. 111 ff.) und die ausländischen Verträge nicht gekannt (Beschwerde, Rz. 115 ff.). Allerdings hätte die Beschwerdeführerin kaum bei Schwestergesellschaften interveniert, wenn sie nicht trotz der behaupteten Unkenntnis davon ausgegangen wäre, die ausländischen Vertriebsverträge würden eine entsprechende Handhabe bieten. Dass die Beschwerdeführerin sich bei diesem Vorgehen in einem Rechtsirrtum befunden habe, erscheint auch unter Berücksichtigung des anwaltlichen Memorandums vom 6. Oktober 2008, welches sich primär mit der Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht befasst und sich weder auf konkrete Vertragsklauseln bezieht noch sich vertieft mit den vorliegend massgebenden Fragen auseinandersetzt (U-act. 10, S. 1 ff.), wenig glaubhaft; es kann diesbezüglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (angefochtene Verfügung, Rz. 541). Dass sich die Beschwerdeführerin der rechtlichen Problematik einer Unterbindung von Parallelimporten durchaus bewusst war, belegt das von ihr zitierte Schreiben an die europäische Muttergesellschaft vom 1. Oktober 2009, in welchem

die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass das schweizerische Recht ein Vorgehen gegen Parallelimporte nicht zulasse (Beschwerdebeilage 3). Soweit an der Umsetzung des Gebietsschutzes der damalige Verkaufsleiter selbst beteiligt war, muss im Übrigen ein Organisationverschulden nicht näher geprüft werden. Die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin ist zu bejahen.

8.2.6 Eng verknüpft mit der Verschuldensfrage ist die Zuordnung der Verantwortung innerhalb des Konzerns. Da als Verfügungsadressaten nur juristische Personen in Frage kommen (s.o., E. 4.1), ist die dem Unternehmen aufzuerlegende Sanktion (Art. 49a Abs. 1 KG) innerhalb der Konzernstrukturen entsprechend zuzuweisen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass es grundsätzlich zulässig ist, eine Kartellsanktion der verantwortlichen Muttergesellschaft aufzuerlegen (2C_484/2010, 29. Juni 2012, *Publigroupe*, E. 3.4 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde, Rz. 124). Die Auffassung wird in der schweizerischen Lehre überwiegend geteilt (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 60 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 18; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98; MOREILLON, a.a.O., Art. 50 KG N. 8; DUCREY, a.a.O., Art. 50 N. 8), teilweise aber auch abgelehnt (PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 13; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 157; KASTEN, a.a.O., S. 15 ff., 30 ff.; KUBLI, a.a.O., S. 208 ff., 210 ff.). Die höchstrichterliche Praxis entspricht in diesem Punkt jener der europäischen Wettbewerbsbehörden (EuGH, Rs. C-97/08 P, 10. September 2009, *Akzo,* Slg. 2009 I 8237, Rz. 58; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 14 ff.).

Vorliegend wurde die Sanktion von der Vorinstanz allerdings nicht der Muttergesellschaft auferlegt (Nikon Europe B.V., Amsterdam bzw. Nikon Corporation, Tokyo), sondern der schweizerischen Konzernniederlassung (Beschwerdeführerin). Das Bundesverwaltungsgericht hat unlängst in einem obiter dictum festgehalten, dass ein solches Vorgehen als zulässig zu beurteilen ist, wenn ein Verfahren gegen die im Ausland domizilierte Muttergesellschaft mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre (B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 74; nicht rechtskräftig). Die Meinungen in der Lehre dazu sind geteilt (pro: HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 61; contra: TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98; vgl. ferner die vorstehend zitierten Autoren). In der Europäischen Union wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher Konzerngesellschaften einer Wirtschaftseinheit ausgegangen (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 23 ff.). Der

Einwand der Beschwerdeführerin, sie werde im Ergebnis für fremdes Verhalten bestraft (Beschwerde, Rz. 119 ff.), verfängt dabei nicht. So ist im Rahmen von Art. 7 KG unbestritten, dass sich die Tochtergesellschaft die kumulierte Konzernmacht anrechnen lassen muss (s.o., E. 4.1). Die von der Beschwerdeführerin anerkanntermassen zu verantwortenden inländischen Importverbote sind entsprechend im Lichte der konzernweiten Vertriebspolitik zu beurteilen, zu welcher auch die von der Vorinstanz beanstandeten ausländischen Exportverbote gehören. Ohnehin nicht von "fremdem" Verhalten gesprochen werden kann, soweit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine aktive Mitwirkung bei der Umsetzung der ausländischen Exportverbote anlastet. Die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin für das ihr vorgeworfene Verhalten ist damit in casu auch innerhalb des Konzerns gegeben.

9. Sanktionshöhe

Nach Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG beträgt die Sanktion bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 KG). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG).

Die Vorinstanz hat den Umsatz der Beschwerdeführerin zwischen April 2007 und März 2010 in den sachlich relevanten Märkten für Digitalkameras, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte ermittelt; in der Folge hat sie ausgehend von einem als mittelschwer beurteilten Verstoss die Sanktion auf 5 % des massgebenden Umsatzes festgelegt. Eine Erhöhung aufgrund der Dauer des Verstosses sowie das Vorliegen erschwerender bzw. mildernder Umstände wurden verneint. Die so errechnete Sanktion beträgt [rund 12.5 Mio. Fr.] (angefochtene Verfügung, Rz. 549 ff.). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte lediglich auf den Umsatz im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv abstellen dürfen und hätte das Fehlen eines mutmasslichen Gewinns sanktionsmindernd berücksichtigen müssen; zudem sei der Umstand, dass in casu keine Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung der Abrede erfolgt seien, nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SR 251.5) reduzierend zu berücksichtigen. Im Übrigen sei die Sanktionshöhe unverhältnismässig (Beschwerde, Rz. 904 ff.). Darauf ist nachstehend einzugehen.

9.1 Kognition

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition (Art. 12, 32, 49 VwVG). Der Vorinstanz kommt bei der Bestimmung der Sanktionshöhe indes ein Ermessen zu. Zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn eine Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist, doch hat das Bundesverwaltungsgericht nicht sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (BVGer, A-330/2007, 12. Juli 2007, E. 4.2, m.w.H.). Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann eine angefochtene Verfügung wegen Unangemessenheit grundsätzlich nicht zuungunsten einer Partei geändert werden (ausser im Falle einer Änderung zugunsten der Gegenpartei). Ein weitergehendes, generelles Verbot der *reformatio in peius* wird in der Lehre für das Kartellsanktionsverfahren vereinzelt in Anlehnung an strafprozessuale Grundsätze postuliert (NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und "Sozialethisches Unwerturteil", in: Amstutz/Hochreutner/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, S. 110 f.). Allerdings lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder aus Art. 29 BV noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine entsprechendes verfassungsmässiges Recht herleiten (BGE 139 IV 282, E. 2.3.1; 6B_332/2009, 4. August 2009, E. 4.2).

9.2 Bemessung

9.2.1 Zur Begründung der geforderten Beschränkung der Umsatzzahlen auf den Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv macht die Beschwerdeführerin geltend, der vorinstanzlich angenommene Gebietsschutz habe sich nur auf diesen Markt bezogen; Belege für die angebliche Behinderung von Parallelimporten in anderen Produktemärkten habe die Vorinstanz nicht genannt (Beschwerde, Rz. 911). Zutreffend ist, dass für die Umsatzberechnung auf die von der Abrede betroffenen relevanten Märkte abzustellen ist (BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 18). In tatsächlicher Hinsicht ist indes festzuhalten, dass die strittigen Vertriebsverträge mit Ausnahme der Verträge für die Kameramodelle "D3S" sowie "D3X" nicht zwischen einzelnen Produkten der Beschwerdeführerin unterscheiden und folglich für sämtliche Märkte gelten (s.o., E. 3). Die erfolgten Vollzugshandlungen stellen mithin mangels gegenteiliger Hinweise ein Indiz dar, dass die Einfuhrklauseln in ihrer Gesamtheit umgesetzt wurden. Entgegen der Darstellung

der Beschwerdeführerin beziehen sich die vorinstanzlich als Beleg für die Umsetzung der Abrede herangezogenen Abmahnungen zudem nicht ausschliesslich auf Digitalkameras mit Wechselobjektiv. So wird im Schreiben des Geschäftsführers vom 8. Januar 2009 an die deutsche Schwestergesellschaft ausdrücklich auf eine digitale Kompaktkamera Bezug genommen (Modell "S210"; vgl. Beschwerde, Rz. 911) und wiederholt ohne nähere Spezifizierung eine generelle Unterbindung von Parallelimporten gefordert (Schreiben vom 8. Januar 2009, U-act. 16, S. 154: *"stop [...] to do such things"*; Schreiben vom 22. Juli 2009, U-act. 2, Beilage 2: *"Unsere Bedingungen für eine mögliche Zusammenarbeit sind immer noch dieselben: 1. Keine Importgeschäfte 2. Keine Exportgeschäfte"*). Es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 7.2.3).

9.2.2 Abzustellen ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung auf den Umsatz, der in der Schweiz erzielt worden ist (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 KG; BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 18). Übereinstimmend hat dies auch die Vorinstanz festgehalten (angefochtene Verfügung, Rz. 559). Die von ihr genannten Umsatzzahlen umfassen jedoch nebst den Umsätzen im Inland auch die im Ausland (Malta, Gibraltar, Italien, Liechtenstein) erzielten, getrennt ausgewiesenen Umsätze der Beschwerdeführerin (vgl. U-act. 66, Beilage 2). Berücksichtigt man aus derselben Zusammenstellung nur schweizerische Umsätze der Beschwerdeführerin, ergibt sich ein um (...) % tieferer Basisbetrag. Die Sanktionsberechnung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung, Rz. 573 f.) ist mithin nicht korrekt. Basierend auf den schweizerischen Umsätzen ergibt sich eine Sanktion in der Höhe von [rund 12 Mio. Fr.]. Die Beschwerdeführerin hat diesen Umstand zwar nicht gerügt (vgl. Beschwerde, Rz. 911 ff.). Die Sanktionsberechnung ist insofern jedoch von Amtes wegen zu korrigieren.

Zwar hat die Vorinstanz die Sanktionsberechnung auch zugunsten der Beschwerdeführerin insofern nicht korrekt vorgenommen, als sie auf den Umsatz der schweizerischen Konzernniederlassung abstellte. In Anwendung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs (s.o., E. 4.1) wäre für die Sanktionsbemessung grundsätzlich auf den gesamten Konzernumsatz im Inland, nicht bloss denjenigen der schweizerischen Niederlassung, abzustellen gewesen. Von einer Anpassung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ist jedoch vorliegend abzusehen, zumal die korrekten Angaben sich nicht aus den Akten ergeben.

9.2.3 Die Vorinstanz hat zur Umsatzberechnung auf die Zeitspanne von April 2007 bis März 2010 abgestellt (angefochtene Verfügung, Rz. 559,

573). Eine Begründung bezüglich dieses Zeitraums fehlt in der angefochtenen Verfügung. Art. 49a KG und Art. 3 KG-Sanktionsverordnung sprechen vom Umsatz *"in den letzten drei Geschäftsjahren"*, ohne nähere Bestimmung des für den relevanten Zeitrahmen massgebenden Anknüpfungszeitpunkts. Die Vorinstanz ist von einem für den Vollzug der Abrede massgebenden Zeitraum zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 ausgegangen (angefochtene Verfügung, Rz. 344, 568). Wird für die Umsatzberechnung auf den Zeitpunkt der Aufgabe des sanktionierten Verhaltens abgestellt, sind demnach vorliegend die Geschäftsjahre 2007, 2008 und 2009 massgebend, wobei ein Geschäftsjahr gemäss den von der Beschwerdeführerin genannten Umsatzzahlen jeweils die Monate April bis März umfasst (U-act. 66, Beilage 2). Dies deckt sich mit dem von der Vorinstanz der Umsatzberechnung zugrunde gelegten Zeitraum. Derselbe umsatzrelevante Zeitraum resultiert in casu, wenn auf den Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung Ende März 2010 abgestellt wird (U-act. 8).

Abweichend davon wird in der Lehre die Auffassung vertreten, der massgebliche Zeitrahmen sei anhand des Zeitpunkts der erstinstanzlichen Sanktionsverfügung zu bestimmen (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 48 KG; PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 10; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 158). Dies wäre vorliegend der 28. November 2011, womit in casu für die Umsatzberechnung die Geschäftsjahre 2009, 2010 und 2011 heranzuziehen wären. Mit Sinn und Zweck des Gesetzes ist dies allerdings schwer vereinbar. Das gesetzliche Abstellen auf den Umsatz bezweckt unter anderem ein Abschöpfen einer allfälligen Kartellrendite (vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Dies legt es nahe, die Umsatzberechnung auf einen Zeitraum abzustützen, der mit dem beanstandeten Verhalten in möglichst engem zeitlichem Zusammenhang steht. Gleichzeitig wird dadurch die Möglichkeit einer Beeinflussung der Sanktionshöhe durch "Aushöhlen" des laufenden Umsatzes verhindert (vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Das Bundesverwaltungsgericht hat unlängst festgehalten, vorbehältlich sachlich begründeter Abweichungen sei der Zeitpunkt der Aufgabe des sanktionierten Verhaltens für die Umsatzberechnung massgebend (B-7633/2009, *Swisscom ADSL,* 14. September 2015, Rz. 727 ff.). Die neuere Praxis der EU-Kommission legt der Umsatzberechnung ebenfalls das letzte Geschäftsjahr zugrunde, in dem das betreffende Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, in: ABl. 2006 Nr. C-210/2, Rz. 13).

9.2.4 Nach Art. 4 KG-Sanktionsverordnung ist der umsatzbasierte Sanktionsbetrag um bis zu fünfzig Prozent zu erhöhen, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, danach erfolgt eine Erhöhung für jedes zusätzliche Jahr um weitere zehn Prozent. Die Vorinstanz ging von einem für den Vollzug der Abrede massgebenden Zeitraum zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 aus, mithin rund anderthalb Jahre (angefochtene Verfügung, Rz. 344, 568; s.o., E. 3, 7.2.3). Offen bleiben kann vorliegend, ob die Vorinstanz gemäss Art. 4 KG-Sanktionsverordnung bei einer Abrededauer von in casu mehr als einem Jahr nicht zwingend eine Sanktionserhöhung hätte vornehmen müssen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *Swisscom ADSL,* 14. September 2015, Rz. 753 ff., m.w.H.). Im Rahmen der Gesamtbeurteilung ist der vorinstanzliche Verzicht auf eine Erhöhung in casu jedenfalls nicht zu beanstanden, wie sich nachstehend ergibt (s.u., E. 9.2.6). Aus der Bestreitung der massgeblichen Dauer (Beschwerde, Rz. 915) kann die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten herleiten.

9.2.5 Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht Milderungsgründe ausser Acht gelassen. So hätte das Nichtergreifen von Disziplinierungsmassnahmen sanktionsmindernd berücksichtigt werden müssen (Beschwerde, Rz. 916 ff.), ferner der Umstand, dass in casu kein Gewinn erwirtschaftet worden sei (Beschwerde, Rz. 906 ff.). Nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung setzt der Milderungsgrund des Verzichts auf Vergeltungsmassnahmen voraus, dass entsprechende Massnahmen zwischen den Abredepartnern vereinbart oder angedroht waren (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 91; TAGMANN, a.a.O., S. 281 f.). Dass dies in casu der Fall gewesen sei, wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet (vgl. Beschwerde, Rz. 916 ff.). Die Lehre geht überdies davon aus, die zitierte Vorschrift sei im Kontext von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung einschränkend auszulegen: Die Vereinbarung oder Androhung von Vergeltungsmassnahmen sei als erschwerender Umstand zu berücksichtigen, der durch die Nichtdurchführung teilweise wettgemacht werde (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 91; TAGMANN, a.a.O., S. 281 f.). Zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin daher aus Art. 6 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung nichts herleiten. Sodann ist zwar zutreffend, dass der mutmassliche Gewinn nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 KG-Sanktionsverordnung zwingend zu berücksichtigen ist, soweit er sich als abschätzbar erweist (BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, *Swisscom ADSL*, Rz. 768 ff.); dies ist vorliegend jedoch nach der begründeten Auffassung

der Vorinstanz (angefochtene Verfügung, Rz. 557) nicht bzw. nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand der Fall, wobei Hinweise auf einen vom normalen Mass abweichenden Gewinn in casu fehlen. Zudem trifft die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Preisvergleich zwischen In- und Ausland belege, dass aus der Gebietsaufteilung kein Gewinn resultiert habe, nach dem Gesagten gerade nicht zu; es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (s.o., E. 7.5.7).

9.2.6 Die Vorinstanz hat den vorliegenden Verstoss als mittelschwer beurteilt und die Sanktion folgerichtig im mittleren Drittel des Sanktionsrahmens angesiedelt (wobei Art. 50 StGB vorliegend nicht anwendbar ist, s.o., E. 8.1.1; zur Strafzumessung im Strafrecht: BGE 136 IV 55, E. 5.5 ff.). Zu beachten ist indes, dass die Vorinstanz in der Sache eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verneint hat. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dieser Umstand sei sanktionsmindernd zu berücksichtigen (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 53; TAGMANN, a.a.O., S. 232). Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Es bedeutet jedoch nicht, dass vorliegend von einem leichten Verstoss auszugehen wäre. Vielmehr erscheint angesichts des systematischen Vorgehens der Beschwerdeführerin, des betriebenen Kontrollaufwands sowie unter Berücksichtigung der "lediglich" (aber immerhin) erheblichen Auswirkungen eine Sanktion im mittleren Bereich des Sanktionsrahmens durchaus gerechtfertigt. Im Übrigen wird der Herabsetzungsgrund vorliegend durch den vorinstanzlichen Verzicht auf eine sanktionserhöhende Berücksichtigung der Dauer des Verstosses kompensiert (s.o., E. 9.2.4). Die Vorinstanz hat daher mit Festlegung des Basisbetrags auf 5 % das ihr zustehende Ermessen im Ergebnis korrekt ausgeübt. Der daraus resultierende Sanktionsbetrag ist nach dem Gesagten (E. 9.2.1) auf [rund 12 Mio. Fr.] zu reduzieren.

10. Ergebnis

Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben; Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist abzuändern und der Sanktionsbetrag auf [rund 12 Mio. Fr.] zu reduzieren; im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen bzw. die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Soweit die Beschwerdeführerin die Einstellung der vorinstanzlichen Untersuchung gefordert hat (Antrag Ziff. 2), eventualiter die Rückweisung zur Einstellung (Antrag Ziff. 3), sind die entsprechenden Anträge zusammen mit den Rechtsbegehren in der Hauptsache abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

11. Veröffentlichung

Mit Entscheid vom 15. Oktober 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2012 betreffend die Publikation der angefochtenen Sanktionsverfügung erhobene Beschwerde teilweise gutgeheissen, soweit sich die Beschwerde auf die Veröffentlichung von Erwägungen der Vorinstanz zum unternehmensinternen Projekt *"Clean-up"* sowie auf das Programm *"Swiss Garantie"* bezog (nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens); im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (u.a. in Bezug auf die Veröffentlichung von Auszügen aus der Firmenkorrespondenz: B-3588/2012, E. 8.3 f.). Mit Urteil vom 26. Mai 2016 hat das Bundesgericht diesen Entscheid bestätigt (2C_1065/2014). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG bezeichnet (s.o., E. 2.4). Auf Informationen von Verfahrensbeteiligten, welche vorinstanzlich als Geschäftsgeheimnisse deklarierten wurden, wird im vorliegenden Urteil nicht abgestellt, mit Ausnahme der vorinstanzlichen Verfahrenskosten, der Sanktionshöhe sowie der Parallelimportquote bei Produkten der Beschwerdeführerin. Ein Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdeführerin ist diesbezüglich nicht erkennbar (vgl. BGer, 2C_1065/2014, E. 5.2 f.), zumal die Sanktionshöhe zwar Rückschlüsse zulässt auf den Umsatz der Beschwerdeführerin, der entsprechende Betrag den Medien und der Öffentlichkeit aber bereits vorinstanzlich (gerundet) mitgeteilt wurde (Medienmitteilung vom 15. Dezember 2011); die genannten Importquoten wiederum entstammen einem länger zurückliegenden und im vorliegenden Urteil nicht weiter spezifizierten Zeitraum (vgl. E. 6.5.7). Im Übrigen ist in Bezug auf sämtliche Angaben von einem Veröffentlichungsinteresse auszugehen (vgl. BGer, 2C_1065/2014, E. 4.2; BVGer, B-3588/2012, E. 5.1, 6.4).

12. Kosten und Entschädigung

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei nach Massgabe ihres Unterliegens (Art. 63 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 132 II 47, E. 3.3; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, *Swisscom ADSL,* Rz. 802, m.w.H.). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien; sie beträgt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten maximal Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG). Art. 4 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht

(VGKE, SR 173.320.2) sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über 5 Mio. Fr. eine Gerichtsgebühr von Fr. 15'000.– bis Fr. 50'000.– vor. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von rund 12.5 Mio. Fr., des grossen Aktenumfangs und ausgedehnten zweitinstanzlichen Schriftenwechsels erscheint es gerechtfertigt, die Gerichtsgebühr auf Fr. 50'000.– festzusetzen. Da die Beschwerdeführerin lediglich im Sanktionspunkt in verhältnismässig geringem Umfang teilweise obsiegt und im Hauptpunkt sowie in den übrigen Punkten unterliegt, erscheint es gerechtfertigt, ihr die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Darauf ist vorliegend aus den genannten Gründen zu verzichten. Der vorinstanzliche Kostenspruch ist unverändert zu belassen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin vom 3. Juni 2014 auf Akteneinsicht wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgehoben und Ziffer 2 wie folgt neu gefasst:

> "Die Beschwerdeführerin wird wegen Verstosses gegen Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von [rund 12 Mio. Fr.] belastet."

3.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

4.
Die Verfahrenskosten von Fr. 50'000.– (inkl. Auslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.– entnommen.

5.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde);
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0396; Gerichtsurkunde);
– das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nachfolgende Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Aschmann	Matthias Amann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. September 2016