Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 63/2016

Urteil vom 24. Oktober 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
Bayerische Motoren Werke AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Dr. Peter Honegger und Dr. Thomas A. Frick, Rechtsanwälte, und Dr. Christa Sommer, Rechtsanwältin,

gegen

Wettbewerbskommission.

Gegenstand
Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 im Untersuchungsverfahren 22-0408 betreffend die Bayerische Motoren Werke AG wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. November 2015.

Sachverhalt:

A.
Die Bayerische Motoren Werke AG (BMW AG) mit Sitz in München ist die Muttergesellschaft der BMW Group, welcher die Automobil- und Motorradmarken BMW, MINI und Rolls-Royce sowie die Submarken BMW M und BMW i gehören. Der Vertrieb von BMW-Produkten erfolgt sowohl in der Schweiz als auch im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) über ein selektives Vertriebssystem. In jedem Land besteht zudem eine (in Deutschland mehrere) von der jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaft gehaltene Niederlassung, welche Repräsentationsfunktion hat, ansonsten aber wie ein normaler Vertragshändler funktioniert. Für den EWR-weiten Vertrieb ihrer Fahrzeuge der Marke BMW und MINI verwendet die BMW AG seit dem 1. Oktober 2003 Händlerverträge mit nachstehender Klausel:

Ï.5 Export
Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten.¨

B.
Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) folgende Anzeige eines BMW-Kaufinteressenten ein:

Ëin Vertragshändler von BMW/Mini Neufahrzeugen im grenznahen Ausland verweigert mir den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis, dass er dieses nicht tun dürfe, weil der Hersteller sicherstellen will, dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert wird. Ich besitze zwar eine von mir unterschriebene Neuwagenbestellung des Vertragshändlers. Tags darauf will der Händler mit Berufung auf einen Irrtum mit der Bestellung nichts mehr zu tun haben und mir stattdessen nur einen Vorführ- oder Gebrauchtwagen verkaufen.¨

Die Redaktion der Sendung Ḱassensturzd̈es Schweizer Radios und Fernsehens (SRF) übermittelte am 19. Oktober 2010 dem Sekretariat folgende Stellungnahme der BMW AG zum Thema Ïmport von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz¨

–..]Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen.

Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht.

Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR.

Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben [...].¨

Gleichentags strahlte die Sendung Ḱassensturzëinen Bericht zum Thema Äutoimportäus, wo u.a. festgehalten wurde, dass die BMW AG Importe von Fahrzeugen ihrer Marken BMW und MINI verhindere und somit die Preise in der Schweiz hochhalte. In der Folge gingen beim Sekretariat insgesamt 16 Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, welche erfolglos versucht hätten, Neufahrzeuge der beiden Marken aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren. 11 der Anzeiger seien auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen worden.
Am 25. Oktober 2010 eröffnete das Sekretariat durch Publikation im Bundesblatt am 9. November 2010 (BBl 2010 7655) eine Untersuchung im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Thema war, ob unzulässige Wettbewerbsabreden über Gebietszuweisungen nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG bestünden.

C.
Nach Einholung verschiedener Auskünfte und der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 7. Mai 2012 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (RPW 2012, S. 540 ff.) :

Ï. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellt.

2. Der BMW AG (München) wird untersagt, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Daher hat die BMW AG ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die

Schweiz exportieren dürfen und hat zu veranlassen, dass die Exportklausel in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugsklausel in Ziff. 6.2 des schweizerischen Händlervertrags entsprechend angepasst werden.

3. Die BMW AG (München) wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 156'868'150 belastet.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 KG belegt werden.

5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 205'881.60. Sie werden vollumfänglich der BMW AG auferlegt.

6. [Eröffnung]¨

D.
Gegen die Verfügung vom 7. Mai 2012 hat die BMW AG am 22. Juni 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

Ï. Es seien die Ziffern 1-5 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2012 im Verfahren 22-0408 aufzuheben.

2. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von CHF 3'381'958.55 zu verhängen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

PROZESSUALE ANTRÄGE

1. Es seien die Verfahrensakten der Vorinstanz zum Verfahren 22-0408 für das vorliegende Verfahren beizuziehen.

2. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichnete Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen.

3. Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zu Vernehmlassungen der Vorinstanz in diesem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen.¨

E.
Am 13. November 2015 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

Ï. Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 wird abgewiesen.

2. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 50'000.- festgesetzt. Nach Rechtskraft des Urteils wird der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Mitteilung]¨

F.
Vor Bundesgericht beantragt die BMW AG, primär die Beschwerde gutzuheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-3332/2012) vom 13. November 2015 aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG verstossen habe, eventuell festzustellen, dass mangels Wettbewerbsbeseitigung

eine Sanktion gemäss Art. 49a KG bundesrechtswidrig sei, und subeventuell gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von Fr. 20'272'773.70 zu verhängen. Als Eventualantrag beantragt die BMW AG, das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 13. November 2015 aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neubeurteilung an das Bundesverwaltungsgericht, subeventuell an die WEKO, zurückzuweisen. Gerügt wird eine Verletzung von Bundesrecht.
Die WEKO hat sich am 22. Februar 2016 vernehmen lassen, das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Am 9. März 2016 und am 4. Mai 2017 hat sich die Beschwerdeführerin nochmals geäussert. Die WEKO hat am 15. Juni 2017 zum Schreiben vom 4. Mai 2017 Stellung bezogen.

Erwägungen:

1. Eintreten
Auf die Beschwerde ist einzutreten (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90, Art. 89 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; vgl. Urteil 143 II 297 vom 28. Juni 2016 E. 1, nicht publiziert in BGE 143 II 297).

2. Inhaltsübersicht
Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer vertikalen Abrede über Gebietsaufteilungen beteiligt ist. Ob dies zutrifft, ist in mehreren Schritten zu prüfen.
Art. 49a KG verweist auf unzulässige Abreden u.a. nach Art. 5 Abs. 4 KG. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie zum anderen nicht rechtfertigbare Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei gewissen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet. Die geglückte Widerlegung der Vermutung war bereits vor Vorinstanz unbestritten; die strittige Abrede beseitigt den Wettbewerb nicht. Zu prüfen ist somit, ob diese Abreden den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 in initio KG). Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 mit der gleichen Fragestellung bereits auseinandergesetzt. Für viele Fragen kann deshalb auf die dort formulierten Antworten verwiesen werden und die Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin etwas verkürzt erfolgen: Zu behandeln sind der Geltungsbereich (E. 3), die Unzulässigkeit einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden
Abrede (E. 4), der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG einschliesslich der Subsumtion (E. 5) und die Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG, d.h. die Sanktionierung (E. 6).

3. Geltungsbereich des KG
Die Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 stützt sich auf das KG. Unbestritten ist der persönliche (Unternehmen) und der sachliche Geltungsbereich (Wettbewerbsabrede).
Grundsätzlich ist auch der räumliche Geltungsbereich unbestritten. Mit dem Auswirkungsprinzip nach Art. 2 Abs. 2 KG erfolgt eine extraterritoriale Anwendungserstreckung: Danach ist das KG auch auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken können, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Deshalb können Abreden - wie die vorliegende - unter das KG fallen, die im Ausland abgeschlossen wurden. Allerdings ist es nicht so, dass Vertikalvereinbarungen amerikanischer Unternehmen, welche den Export nach Kanada beschränken, vom KG erfasst und sanktioniert würden. Für die Unterstellung unter das KG ist stets massgebend, dass sich die Tätigkeit in der Schweiz, d.h. auf dem Schweizer Markt, mindestens möglicherweise auswirken kann (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.2.3 S. 305 ff.). Dabei verlangt Art. 2 Abs. 2 KG nicht, dass die Auswirkungen einer gewissen Intensität bedürfen - wie das Bundesgericht in BGE 143 II 297 (E. 3.4) diesbezüglichen Auffassungen entgegengetreten ist. Das Verbot, BMW- und MINI-Fahrzeuge in die Schweiz zu exportieren, wirkt sich auf den Schweizerischen Markt aus. Ob dies eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt, ist Gegenstand der materiellen Prüfung im Rahmen von Art. 5 KG (BGE 143 II 297 E. 3.2.3).

4. Unzulässigkeit einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede

4.1. Unbestritten ist, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt und diese eine Gebietsabschottung i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG zum Gegenstand hat. Unbestritten ist aber auch, dass eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht vorliegt - die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG war bereits vor Vorinstanz kein Thema mehr. Folglich bleibt die Frage zu beantworten, ob die vorliegende Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG erheblich beeinträchtigt (siehe oben E. 2.1; BGE 143 II 297 E. 4 und E. 5 Ingress S. 311 f. bzw. 312 f.).

4.2. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass keine erhebliche Beeinträchtigung vorliege. Im Wesentlichen macht sie geltend, dass bei Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht bereits aufgrund derer Qualität von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei. Massgebend seien die Auswirkungen der Abreden; diese Auswirkungen müssten erheblich sein. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, dass bei Gebietsschutzabreden quasi per se von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, widerspreche dem historischen und dem Verfassungsverständnis, wie sich aus der herrschenden Lehre ergebe. Sie führt sodann weiter aus, dass die sogenannte ‚qualitative Erheblichkeitäuf ein bundesrechtswidriges per-se-Verbot hinauslaufe.
In Bezug auf die Beeinträchtigung macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Abrede nicht befolgt worden sei; also liege überhaupt keine Beeinträchtigung vor. Es habe eine Unzahl von Direktimporten gegeben. In diese seien auch Neufahrzeuge mit Tageszulassungen einzubeziehen. Die Anzahl importierter Neufahrzeuge sei deshalb viel höher als die Vorinstanz angenommen habe. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz diesbezüglich vor, dass diese ihr das rechtliche Gehör verweigert und sie zudem auf Aussagen statt auf tatsächliche Direktimporte abgestellt habe.
Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, dass angesichts eines funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs vertikale Abreden keine schädliche Auswirkungen hätten. Eine tatsächlich erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG könne daher von vorneherein gar nicht vorliegen. Dies entspreche der Mehrheitsmeinung in der juristischen und ökonomischen Literatur, mit welcher sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt und worüber sie sich hinweggesetzt habe. Schliesslich führt die Beschwerdeführerin an, dass ihr keine Marktmacht zukomme. Marktmacht bilde Voraussetzung schädlicher Auswirkungen von Vertikalabreden.

4.3.

4.3.1. Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 vertieft mit dem Begriff der Erheblichkeit und mit deren materiellem Gehalt auseinandergesetzt (E. 5.1 - 5.3) : Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium (E. 5.1.2 und 5.1.3). Dabei ist das Abstellen auf eine marktbeherrschende Stellung oder auf Marktmacht gesetzeswidrig (E. 5.1.3). Angesichts der klaren Trennung der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG und der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG kann diese auch nicht bereits in jener enthalten sein. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG steht zudem die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig (E. 5.1.3 und 5.1.4).
Aus der Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit folgt, dass bei der Bestimmung deren materiellen Gehalts qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind (E. 5.2.1). Nach Auffassung des Bundesrates und des Parlaments sind gewisse Abreden aufgrund ihres Gegenstands erheblich, weshalb der Gesetzgeber davon ausging, dass in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn die Vermutung einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird (historisches Element; E. 5.2.3). Das systematische und das teleologische Auslegungselement lassen erkennen, dass die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG besonders schädlichen Abreden im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht ihre Schädlichkeit verlieren, weshalb die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG notwendigerweise besonders schädlich sind (E. 5.2.4). Damit wissen auch Unternehmen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen. Handelt es sich um Abreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, sind in der Regel keine quantitativen Kriterien mehr notwendig, um zu bestimmen, ob die Abreden erheblich sind (E. 5.2.2).
Zusammenfassend ergibt sich somit, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich erfüllen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6 S. 325).

4.3.2. Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (S. 323 f.) ferner klargestellt, dass im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll. Denn mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Praktizierung der Abreden wird ëin Klima der Wettbewerbsfeindlichkeitgeschaffen, das vökswirtschaftlich oder sozial schädlichfür das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an.

4.4.

4.4.1. Im konkreten Fall handelt es sich um eine besonders schädliche Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (Gebietsabschottung; vgl. oben E. 4.1). Sie erfüllt somit nach der dargelegten Rechtsauffassung aufgrund ihrer Qualität bereits das Erfordernis der Erheblichkeit. Die Auswirkungen müssen nicht geprüft werden. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach nicht aufgrund der Qualität der Abrede von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, sondern die Auswirkungen der Abrede massgebend seien, trifft deshalb nicht zu. Unbeachtlich ist zudem der funktionierende Interbrand-Wettbewerb. Auch die reklamierte fehlende Marktmacht spielt keine Rolle. Vielmehr wäre die Berücksichtigung von Marktmacht gesetzeswidrig.
Mit der Exportklausel 1.5 der seit dem 1. Oktober 2003 verwendeten Händlerverträge ist es den Händlern nicht gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW-Fahrzeuge und Original BMW-Teile an Abnehmer u.a. der Schweiz zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten. Damit ist der Wettbewerb nach dem Gesagten erheblich beeinträchtigt.
Die Beschwerdeführerin verweist im Zusammenhang mit der erheblichen Beeinträchtigung des Öfteren auf den Umstand, dass die strittige Abrede keine volkswirtschaftlich schädlichen bzw. wohlfahrtsschädlichen Auswirkungen hätten. Dieser Fokus zielt an der Sache vorbei. Massgebend ist die potentielle Wirkung auf den Wettbewerb (vgl. oben E. 4.3). Mit der dargestellten Rechtsprechung findet auch kein per-seVerbot von gewissen Abreden oder ein Teilkartellverbot statt: Ob eine Abrede, welche den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt, unzulässig ist, steht erst fest, wenn die Rechtfertigung der Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) scheitert (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.1 S. 319).

4.4.2. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz mehrfach vor, dass diese die notwendigen Abklärungen für die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede, für die fehlende Befolgung der Abrede und für die tatsächliche Anzahl von Importen von BMW- und MINI-Fahrzeugen verweigert hätte. Sie rügt mithin eine Gehörsverweigerung (Art. 29 Abs. 2 BV).
Diesem Verfassungsgrundsatz kommt hier indes höchstens im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung Bedeutung zu, denn massgebend ist das Verwaltungsrechtsverhältnis, welches durch das Kartellgesetz bestimmt wird. Das KG bildet unmittelbaren Prüfmassstab (dazu Urteil 2C 1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268).
Nach Art. 39 KG sind auf die Kartellrechtsverfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Für Fragen der Sachverhaltsfeststellung und des rechtlichen Gehörs gilt das VwVG (vgl. etwa STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 39, N. 20, 57 ff., insbes. 82 ff.). Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (vgl. Urteil 2C 1019/2013 / 2C 1027/2013 / 2C 1051/2013 vom 2. Juni 2014 E. 4.1).
Dies trifft hier zu: Die Beschwerdeführerin hat Beweise für fehlende tatsächliche Auswirkungen der Abrede, für deren fehlende Befolgung und für die tatsächliche Anzahl von Importen von BMW- und MINI-Fahrzeugen anerboten. Diese Umstände sind, sofern als hier eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, für die Sachverhaltsfeststellung nicht relevant. Insofern hat die Vorinstanz das rechtliche
Gehör nicht verletzt.

4.5. Die absolute gebietsabschottende Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beeinträchtigt somit den

Wettbewerb erheblich. Sie ist dann unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG), wenn es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, diese durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen. Solche Gründe bringt die Beschwerdeführerin keine vor. Insofern ist die fragliche Exportklausel 1.5 der seit dem 1. Oktober 2003 verwendeten Händlerverträge nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

5. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG und Subsumtion

5.1. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

5.2. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass eine Sanktionierung nur möglich sei, wenn eine Abrede vorliege, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige. Dies ergebe sich aus dem Willen des Gesetzgebers und der überwiegenden Lehre. Bei der Passage Äbreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KGẗhandle es sich nur um solche, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen würden. Der Wortlaut sei eindeutig und decke sich auch mit dem Willen des Gesetzgebers. Da in casu keine Wettbewerbsbeseitigung vorliege, verstosse eine Sanktionierung gegen Bundesrecht.

5.3. Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 II 297 ebenfalls mit dem Normsinn von Art. 49a Abs. 1 KG vertieft auseinandergesetzt. Auch dort war strittig, was unter einer ünzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4̧ äccord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4b̈zw. äccordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4z̈u verstehen sei. Für die einen ist es ein Verweis auf Abreden, die den Wettbewerb beseitigen, für die anderen ein solcher auf Abreden, die unzulässig sind (E. 9.4.1). Beide Auffassungen werden auch in der Literatur vertreten. Der Wortlaut ist nicht eindeutig (E. 9.4.2). Die deutsche Version scheint eher davon auszugehen, dass es sich um Abreden handelt, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt und zudem unzulässig sind. Die romanischen Sprachen legen aufgrund des nachgestellten Adjektivs (illicite bzw. illecito) eher nahe, dass Abreden gemeint sind, die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unzulässig sind. Weiter half die Auslegung von Art. 5 KG: Die Unzulässigkeit einer Abrede ergibt sich nur aus Art. 5 Abs. 1 und nicht aus Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Abreden sind danach unzulässig, wenn sie in einem gewissen Ausmass den Wettbewerb vermindern; damit wird das deutsche Wortlautargument gestützt (E. 9.4.2). Dass
der Gesetzgeber mit Binnenverweisen gearbeitet hat, um Art. 49a Abs. 1 KG nicht zu überlasten, spricht auch dafür, dass Art. 49a Abs. 1 KG auf den Abredetyp Bezug nimmt (E. 9.4.3). Die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind zudem besonders schädliche Abreden; sie bewahren ihre Schädlichkeit auch nach Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Es wäre deshalb widersprüchlich, wenn bei gleichen, die Handlungsfreiheit beschränkenden Abreden in einem Fall eine Sanktion resultieren würde, im anderen Fall dagegen nicht. Schliesslich stützt auch das historische Argument das deutsche Wortlautargument (E. 9.4.5). Zusammenfassend lässt sich festhalten: Mit Äbreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4s̈ind diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt somit Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten, aber sie sind nur dann zu sanktionieren, wenn sie nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Unzulässig sind solche Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb ohne Rechtfertigung
erheblich beeinträchtigen (E. 9.4.6).

5.4. Angesichts des oben dargestellten Auslegungsresultats ist eine Sanktionierung nicht nur möglich, wenn eine den wirksamen Wettbewerb beseitigende Abrede vorliegt. Eine Sanktion ist auch dann auszusprechen, wenn es sich um eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede mit den in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Gegenständen handelt (Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG). Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin ist auch subjektiv zurechenbar, was unbestritten geblieben ist.

Die Beschwerdeführerin unterliegt deshalb der Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG.

6. Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG: Sanktionierung

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Sanktionsbemessung sei falsch. So habe die Vorinstanz zum einen (siehe E. 6.3) die relevanten Märkte in der Schweiz nach Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SVKG; SR 251.5) falsch ermittelt. Es seien nur diejenigen Märkte relevant, auf denen ein zu sanktionierender Kartellrechtsverstoss nachgewiesen wurde, und dazu gehörte zwingend die erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb. Die vorinstanzliche Auffassung wäre nur dann korrekt, wenn die Absprache als solche bereits erheblich sei. Massgebend seien die Auswirkungen. Zum anderen (siehe E. 6.4) sei die Art und Schwere des Verstosses nach Art. 3 SVKG fehlerhaft geprüft worden. Sie dürften nicht aufgrund einer per-se-Erheblichkeit der Abrede gewertet werden.

6.2. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die konkrete Sanktionsbemessungerfolgt anhand der in Art. 2 ff. der SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten: Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Die Beschwerdeführerin bezieht ihre Rügen nur auf den ersten Schritt. Danach sei der Basisbetrag nach Art. 3 SVKG falsch ermittelt worden.
Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung des relevanten Markts - Umsatz auf diesem - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist.

6.3. Relevante Märkte nach Art. 3 SVKG bestimmen sich nach Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU (SR 251.4; z.B. ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 280). Der sachliche Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Vorinstanz hat den sachlichen Markt als die Märkte für Kleinwagen, untere und obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse angesehen. Dieser ist vor Bundesgericht unbestritten geblieben.
Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich aber vor, dass nur diejenigen Märkte relevant seien, auf denen ein zu sanktionierender Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werde, und dazu gehöre zwingend die erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb. Es seien deshalb zur Ermittlung des Umsatzes nur diejenigen Märkte zu berücksichtigen, auf welchen die Beschwerdeführerin auch tatsächlich eine starke Marktposition habe, was nur für die Segmente obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse zutreffe. Die vorinstanzliche Auffassung wäre allerdings dann korrekt, wenn die Absprache als solche bereits erheblich sei.
Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist - wie dargelegt - als solche bereits erheblich, da es sich um eine absolut gebietsabschottende Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG handelt, unabhängig vom Marktanteil auf den relevanten Märkten. Die Marktanteile sind daher nicht bei der Ermittlung des Umsatzes (Art. 3 SVKG), sondern bei der Beurteilung der Schwere zu berücksichtigen (hinten E. 6.4).

6.4. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 285; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 127 ff., 139; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 3.236). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.236).
Bei der Beurteilung der S̈chwere und Art des Verstossesn̈ach Art. 3 SVKG hat sich die Vorinstanz - entgegen

den Ausführungen der Beschwerdeführerin - nicht an einem (nicht vorhandenen und unzulässigen) per-se-Verbot von vertikalen Gebietsabreden, sondern am abstrakten Gefährdungspotential, am Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wirksamkeit des Verstosses orientiert - wie im Übrigen bereits die WEKO (vgl. Verfügung vom 7. Mai 2012 Rz. 374) :
Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrags bildet der Verstoss, in casu das Exportverbot. Danach ist es den Händlern weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten. Damit findet eine Abschottung des schweizerischen Marktes statt: Es handelt sich - wie bereits dargelegt - um eine besonders schädliche Abrede. Der Gesetzgeber ist bei einer solche Abrede davon ausgegangen, dass diese vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, ändert dies an der Qualifikation der Abrede nichts, denn die Widerlegung der Vermutung bezieht sich nicht auf die Abrede selbst, sondern lediglich auf den wirksamen Wettbewerb (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4 S. 317 f.).
Die Marktabschottung behinderte damit Direkt- und Parallelimporte. Die Exportverbotsklausel betraf alle relevanten Märkte und alle BMW und MINI Händler im EWR. Die Vorinstanz hat in ihren Ausführungen allerdings richtigerweise auch berücksichtigt, dass in einem gewissen Rahmen Parallel- und Direktimporte auf allen relevanten Märkten möglich waren. Sie hat sodann dem Umstand Rechnung getragen, dass trotz einer besonders schädlichen Abrede der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt, sondern lediglichöhne rechtfertigende Gründe beeinträchtigt wurde. Erschwerend ist hingegen zu beachten, dass die Beschwerdeführerin trotz Kenntnis der Unzulässigkeit der Exportverbotsklausel - wie die Vorinstanz bei der subjektiven Zurechenbarkeit schlüssig dargelegt und bereits die WEKO konstatiert hat (vgl. Verfügung vom 7. Mai 2012 Rz. 342 ff.) - weiterhin an dieser festgehalten hat.
Nicht zu beanstanden ist damit, wenn die Vorinstanz von einem mittelschweren Verstoss ausgegangen ist und den Basisbetrag auf 5% festgesetzt hat. Die Art und Schwere des Verstosses sind im Übrigen vergleichbar mit denjenigen in BGE 143 II 297. Auch dort handelt es sich um einen mittelschweren Verstoss und der Basisbetrag ist ebenfalls auf 5% festgesetzt worden.
Für diese Schlussfolgerung ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht relevant, ob und wie viele Anzeigen bei der WEKO überhaupt eingegangen sind. Ebenso wenig ist die genaue Zahl der Direkt- und Parallelimporte erforderlich. Denn diese Zahlen geben - abgesehen von der Schwierigkeit, diese überhaupt korrekt zu bestimmen - nur Auskunft darüber, dass das Exportverbot der Beschwerdeführerin nicht überall strikt beachtet wurde, was bereits oben berücksichtigt wurde. Die Zahlen geben indes keine Auskunft darüber, wie viele Personen mit Wohnsitz in der Schweiz gestützt auf das Exportverbot kein Auto der Beschwerdeführerin im EWR kaufen konnten. Dies trifft auch für die Anzahl Anzeigen zu. Dass das Exportverbot auch für andere Nicht-EWR-Länder als die Schweiz gilt, ändert nichts an der Schwere des unzulässigen Verhaltens in Bezug auf den Schweizer Markt.
Die Vorinstanz hat insofern kein Bundesrecht verletzt.

7. Kosten und Parteientschädigung
Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 100'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Oktober 2017

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass