Urteilskopf

144 II 194

17. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017

Regeste (de):
Art. 5 Abs. 1-4, Art. 39, Art. 49a KG; Art. 33 Abs. 1 VwVG; Art. 7 EMRK; Art. 2-6 SVKG; Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU; grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; Abreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt sind und nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind, unterliegen der Sanktionierung nach Art. 49a KG (Bestätigung von BGE 143 II 297); Kriterien und Bemessung der Sanktionierung.

Zulässigkeit einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede: Bestätigung von BGE 143 II 297 (E. 4.3); Anwendung auf den konkreten Fall (E. 4.4 und 4.5).

Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG und Subsumtion: Bestätigung von BGE 143 II 297 (E. 5.3); Anwendung auf den konkreten Fall (E. 5.4).

Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG (Sanktionierung): Kriterien für die Sanktionsbemessung und für die Ermittlung des Basisbetrags (E. 6.2). Prüfung der Kriterien für die Ermittlung des Basisbetrags im konkreten Fall (relevanter Markt: E. 6.3; Schwere und Art des Verstosses: E. 6.4).

Regeste (fr):
Art. 5 al. 1-4, art. 39, art. 49a LCart; art. 33 al. 1 PA; art. 7 CEDH; art. 2-6 OS LCart; art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises; atteinte en principe notable à la concurrence d'accords visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart; les accords qui sont énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et qui sont illicites aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart sont soumis à la sanction prévue par l'art. 49a LCart (confirmation de l'ATF 143 II 297); critères et calcul de la sanction.

Admissibilité d'un accord affectant de manière notable la concurrence: confirmation de l'ATF 143 II 297 (consid. 4.3); application au cas d'espèce (consid. 4.4 et 4.5).

Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart et subsomption: confirmation de l'ATF 143 II 297 (consid. 5.3); application au cas d'espèce (consid. 5.4).

Conséquence juridique de l'art. 49a al. 1 LCart (sanction): critères pour le calcul de la sanction et pour la détermination du montant de base (consid. 6.2). Examen des critères permettant de déterminer le montant de base dans le cas d'espèce (marché pertinent: consid. 6.3; gravité et type d'infraction: consid. 6.4).

Regesto (it):
Art. 5 cpv. 1-4, art. 39, art. 49a LCart; art. 33 cpv. 1 PA; art. 7 CEDU; art. 2-6 OS LCart; art. 11 cpv. 3 lett. a e b dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese; intralcio di principio notevole alla concorrenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart; gli accordi enumerati nell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart e illeciti giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart sottostanno alla sanzione prevista dall'art. 49a LCart (conferma della DTF 143 II 297); criteri e calcolo della sanzione.

Liceità di un accordo che intralcia notevolmente la concorrenza: conferma della DTF 143 II 297 (consid. 4.3); applicazione nel caso concreto (consid. 4.4 e 4.5).

Elementi costitutivi dell'art. 49a cpv. 1 LCart e sussunzione: conferma della DTF 143 II 297 (consid. 5.3); applicazione nel caso concreto (consid. 5.4).

Conseguenza giuridica dell'art. 49a cpv. 1 LCart (sanzione): criteri per calcolare la sanzione e stabilire l'importo di base (consid. 6.2). Esame dei criteri per stabilire l'importo di base nel caso concreto (mercato determinante: consid. 6.3; gravità e tipo d'infrazione: consid. 6.4).

Sachverhalt ab Seite 195

BGE 144 II 194 S. 195

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 Marken BMW und MINI verwendet die BMW AG seit dem 1. Oktober 2003 Händlerverträge mit nachstehender Klausel: "1.5 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) eine Anzeige eines BMW-Kaufinteressenten ein. Danach sei der Vertragshändler von BMW/Mini Neufahrzeugen im grenznahen Ausland trotz eines Kaufvertrags von diesem zurückgetreten, weil er laut Hersteller keinen solchen Neuwagen in die Schweiz liefern dürfe, um den Schweizer Markt nicht zu konkurrenzieren.

BGE 144 II 194 S. 196

Am 19. Oktober 2010 strahlte die Sendung "Kassensturz" des Schweizer Radio und Fernsehens (SRF) einen Bericht zum Thema "Autoimport" aus, 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. Gleichentags übermittelte die Redaktion der Sendung "Kassensturz" dem Sekretariat eine Mitteilung der BMW AG, wonach diese die Auffassung vertrat, im Einklang mit den massgebenden Gesetzen gehandelt zu haben. Nach der Ausstrahlung dieser Sendung 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.

C. 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 verbundene Unternehmen. Thema war, ob unzulässige Wettbewerbsabreden über Gebietszuweisungen nach Art. 5

Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG bestünden.
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 Sanktionsverfügung (Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW]2012 S. 540 ff.), wonach die BMW AG (München) gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG verstossen hat und deshalb entsprechend Art. 49a KG mit einem Betrag von Fr. 156'868'150.- zu sanktionieren ist. Dagegen hat die BMW AG am 22. Juni 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben, das diese am 13. November 2015 abwies.

D. 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.

Das Bundesgericht hat am 24. Oktober 2017 die Beschwerde abgewiesen. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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 (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 Erheblichkeit" auf 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 "ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit" geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für 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-se-Verbot 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 publ. in: BGE 142 II 268). Nach Art. 39 KG sind auf die Kartellrechtsverfahren die Bestimmungen des VwVG (SR 172.021) 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, N. 20, 57 ff., insb. 82 ff. zu Art. 39 KG). 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 wie 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.; BGE 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 "Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" handle 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 "unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4", "accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4" bzw. "accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4" zu 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 "Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" sind 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 Ein-

schränkungen 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 vom 12. März 2004 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 Sanktionsbemessung erfolgt 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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; nachfolgend: VKU; 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 (hiernach 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; DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch [Hrsg.],2004, S. 127 ff., 139; WEBER/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 "Schwere und Art des Verstosses" nach 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 "lediglich" ohne 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.