

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

| | |
|-------|---|
| B 2 | 2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste |
| B 2.2 | 1. BMW |

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend BMW wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m Abs. 1 KG gegen Bayerische Motoren Werke AG, München vertreten durch [...]

Inhaltsverzeichnis

| | | | | | |
|----------------------|---|-------------|---------------------------|---|-----|
| A Sachverhalt | 541 | B.3.2.1.8 | Gegenargumente der BMW AG | 555 | |
| A.1 | Gegenstand der Untersuchung | 541 | B.3.2.2 | Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG | 559 |
| A.2 | Verfahren | 542 | B.3.2.2.1 | Relevante Märkte | 559 |
| B Erwägungen | 517 | B.3.2.2.1.1 | Sachlich relevante Märkte | 559 | |
| B.1 | Geltungsbereich | 517 | B.3.2.2.1.2 | Räumlich relevante Märkte | 561 |
| B.1.1 | Persönlicher Geltungsbereich | 517 | B.3.2.2.2 | Intrabrand-Wettbewerb | 562 |
| B.1.2 | Sachlicher Geltungsbereich | 548 | B.3.2.2.2.1 | Arbitragemöglichkeit | 562 |
| B.1.3 | Räumlicher Geltungsbereich | 548 | B.3.2.2.2.2 | Direktimporte | 567 |
| B.2 | Vorbehaltene Vorschriften | 549 | B.3.2.2.2.3 | Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Ausstattung und Serviceleistungen | 570 |
| B.3 | Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten | 549 | B.3.2.2.2.4 | Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Verkauf und Service im selektiven Vertrieb | 571 |
| B.3.1 | Wettbewerbsabrede | 549 | B.3.2.2.2.5 | Fazit Intrabrand-Wettbewerb | 571 |
| B.3.1.1 | Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken | 549 | B.3.2.2.3 | Interbrand-Wettbewerb | 571 |
| B.3.1.2 | Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung | 550 | B.3.2.2.3.1 | Aktueller Wettbewerb | 571 |
| B.3.1.3 | Abredepartner und Abrededauer | 551 | B.3.2.2.3.2 | Potenzieller Wettbewerb | 575 |
| B.3.2 | Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs | 553 | B.3.2.2.3.3 | Zwischenergebnis | 575 |
| B.3.2.1 | Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten | 553 | B.3.3 | Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs | 575 |
| B.3.2.1.1 | Vertikale Abrede | 554 | B.3.3.1 | Qualitatives Element der Erheblichkeit | 576 |
| B.3.2.1.2 | Gebiet | 554 | B.3.3.2 | Quantitatives Element der Erheblichkeit | 577 |
| B.3.2.1.3 | Zuweisung von Gebieten | 554 | B.3.3.3 | Zwischenergebnis | 580 |
| B.3.2.1.4 | Vertriebsvertrag | 554 | B.3.4 | Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen | 580 |
| B.3.2.1.5 | Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner | 555 | B.3.5 | Ergebnis | 581 |
| B.3.2.1.6 | Ausschluss von Verkäufen | 555 | B.4 | Sanktionierung | 581 |
| B.3.2.1.7 | Fazit | 555 | B.4.1 | Allgemeine Ausführungen | 581 |
| | | | B.4.1.1 | Einleitung | 581 |
| | | | B.4.1.2 | Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG | 581 |
| | | | B.4.1.2.1 | Unternehmen | 581 |
| | | | B.4.1.2.2 | Unzulässige Verhaltensweise | 581 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| B.4.1.2.3 | Sanktionierbarkeit im Falle der Widerlegung der Vermutung | 581 |
| B.4.1.2.4 | Vorwerfbarkeit | 582 |
| B.4.1.2.5 | Ergebnis | 585 |
| B.4.2 | Sanktionsbemessung | 585 |
| B.4.2.1 | Maximalsanktion | 585 |
| B.4.2.2 | Konkrete Sanktionsberechnung | 586 |
| B.4.2.2.1 | Basisbetrag | 586 |
| B.4.2.2.2 | Dauer des Verstosses | 589 |
| B.4.2.2.3 | Erschwerende und mildernde Umstände | 589 |
| B.4.3 | Ergebnis | 590 |
| C | Kosten | 590 |
| D | Ergebnis | 591 |
| E | Dispositiv | 591 |
| F | ANHÄNGE | 592 |
| A | Sachverhalt | |

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige¹ eines Kaufinteressenten mit folgendem Wortlaut ein:

„Ein 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.“²

2. Am 19. Oktober 2010, liess die Redaktion der Sendung „Kassensturz“ (nachfolgend: Redaktion „Kassensturz“) dem Sekretariat ein Schreiben zukommen. Es handelte sich um folgende Stellungnahme der BMW AG, München (nachfolgend: BMW AG, siehe Rz 74), zum Thema „Import von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz“.³

„[...] 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)⁴ 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 [...].⁵

3. Gleichentags wurde in der Sendung „Kassensturz“ des Schweizer Fernsehens ein Bericht zum Thema „Autoimport“ ausgestrahlt. Darin wurde u.a. berichtet, ein „Kassensturz“-Reporter habe eine offizielle BMW-Vertretung im deutschen Lindau besucht und als Kunde nach einem Neuwagen gefragt. Der Verkaufsberater hätte ihn mit dem Argument abweisen müssen, dass er keinen BMW an Schweizer Kunden verkaufen dürfe. Es wurde berichtet, dass BMW AG gegenüber der Redaktion „Kassensturz“ begründete, mit dieser Regel würde die Position der Vertriebspartner von BMW AG in und ausserhalb des EWR gestärkt. Im Bericht wurde daraus gefolgert, dass BMW AG so verhindere, dass Schweizer Konsumenten in Deutschland billigere BMWs und MINIs kaufen können. Weiter wurde berichtet, dass Kunden in

¹ Mit „Anzeige“ werden vorliegend sämtliche Eingaben von nicht am Verfahren beteiligten Personen bezeichnet, die dem Sekretariat Informationen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Untersuchungsverfahren mitgeteilt haben und/oder ihr Interesse an der Durchführung einer entsprechenden Untersuchung bekundet haben.

² Act. 1.

³ Act. 2.

⁴ Das EWR-Abkommen wurde im Mai 1992 zwischen den damaligen zwölf Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) und den damaligen sechs EFTA-Staaten Österreich, Finnland, Island, Norwegen, Schweiz und Schweden geschlossen. Da sich die schweizerische Bevölkerung im Dezember 1992 in einem Referendum gegen den Beitritt aussprach, wurde das Abkommen von der Schweiz allerdings nicht ratifiziert. Seitdem das Abkommen 1994 in Kraft trat, sind drei der ursprünglichen EFTA-Staaten - Österreich, Finnland und Schweden - Vollmitglieder der Europäischen Union (EU) geworden, und im Mai 1995 trat Liechtenstein dem EWR bei. Das Abkommen gilt daher jetzt für sämtliche Mitgliedstaaten der EU und drei EFTA-Staaten - nicht aber für die Schweiz, die jedoch weiterhin der EFTA angehört. Das Kernstück des EWR-Abkommens sind die „vier Freiheiten“ des Binnenmarktes: der freie Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen. Ausserdem erstreckt sich das Abkommen auf gewisse flankierende Massnahmen zum Binnenmarkt, z.B. Wettbewerbs- und Sozialpolitik, Verbraucher- und Umweltschutz, Bildung sowie Forschung und Entwicklung (Europäisches Parlament: Kurzdarstellungen 6.3.2. Der Europäische Wirtschaftsraum, abrufbar unter: www.europarl.europa.eu/factsheets/6_3_2_de.htm?textMode=on [26. Juli 2011]). Die Schweiz unterzeichnete 1972 mit der EG ein Freihandelsabkommen (FHA). Das FHA schafft eine Freihandelszone für industrielle Erzeugnisse zwischen der Schweiz und der EU. Innerhalb dieser Zone werden Industriewaren mit Ursprung im Gebiet der beiden Vertragsparteien zollfrei gehandelt. Das Abkommen verbietet zudem mengenmässige Beschränkungen des Handels (Kontingente) sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung wie Zölle (vgl. Rz 338).

⁵ Act. 2.

der Schweiz oft mehr für einen Neuwagen bezahlen würden, als im Ausland. Der tiefe Eurokurs habe die Preisunterschiede noch vergrössert. Zur Verdeutlichung wurde ein Preisvergleich (exkl. Mehrwertsteuer, Euro-Kurs 1.34) für den BMW 335i aufgeführt, der in der Schweiz CHF 60'130.- und in Deutschland CHF 47'970.- kostete und folglich in der Schweiz 25 % teurer sei als in Deutschland.⁶

4. In der Folge gingen beim Sekretariat verschiedene Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, die erfolglos versucht hatten Neufahrzeuge der Marke BMW bzw. MINI aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren (siehe Rz 12; Anhang XV).

5. Laut den schriftlichen Auskünften der BMW AG gegenüber der Redaktion von „Kassensturz“ und den Anzeigen von Kaufinteressenten, untersagt die BMW AG (siehe Rz 74) ihren europäischen Vertriebspartnern möglicherweise den Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR. Dies sind Anhaltspunkte für eine unzulässige vertikale Abrede über die Zuweisung von Gebieten (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG⁷).

6. Gemäss Ziff. 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung⁸ stellt im selektiven Vertriebssystem⁹ u.a. die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkung bei einem im EWR tätigen Händler zu beziehen in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar, die nicht gerechtfertigt ist.¹⁰

7. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob die BMW AG für den Fall, dass sie die von ihr hergestellten Neufahrzeuge über ein selektives Vertriebssystem vertreibt, den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränkt, indem sie ihre Vertriebspartner im EWR möglicherweise dazu anhält, keine Neufahrzeuge an Endkunden ausserhalb des EWR zu verkaufen, und damit Direktimporte¹¹ in die Schweiz verhindert bzw. behindert.

8. Zur BMW Group gehören die folgenden Marken: BMW, MINI und Rolls Royce Motor Cars.¹² Die vorliegende Untersuchung betrifft nur die Marken BMW und MINI.

A.2. Verfahren

9. Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen Neuwagen ein, dem ein Vertragshändler von BMW- und MINI-Neufahrzeugen im grenznahen Ausland den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis verweigert hatte, der Hersteller untersage dies, um sicherzustellen, dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert werde (Rz 1; Act. 1).

10. Am 19. Oktober 2010 hat die Redaktion „Kassensturz“ dem Sekretariat ein Schreiben der BMW AG vom 15. Oktober 2010 übergeben, worin die BMW AG der Redaktion „Kassensturz“ schreibt, dass der Verkauf von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR in den Verträgen der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht vorgesehen sei (Rz 2; Act. 2).

11. Gleichentags wurde im Schweizer Fernsehen die Sendung „Kassensturz“ ausgestrahlt, worin berichtet wurde, BMW AG verhindere, dass Schweizer Konsumenten in Deutschland billigere BMWs und MINIs kaufen könnten (Rz 3).

12. In der Folge gingen beim Sekretariat verschiedene Anzeigen von Kaufinteressenten ein, die erfolglos versucht hatten, Neufahrzeuge der Marken BMW bzw. MINI aus Deutschland (Act. 7, 11, 15¹³, 17¹⁴, 18, 19, 20¹⁵, 23, 24, 27, 33, 61, 65, 96), Österreich (Act. 4, 5) und Grossbritannien (Act. 8, 28) zu importieren (Anhang XV). Insgesamt gingen beim Sekretariat 16 (z.T. dokumentierte) Anzeigen von schweizerischen Kaufinteressenten ein, die bei Händlern in den besagten Ländern kein Neufahrzeug der Marke BMW bzw. MINI kaufen konnten, wobei 11 Anzeiger auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen wurden (Anhang XV).

⁶ Autoimport, Autofirma verbietet Kauf an Schweizer, Sendung „Kassensturz“ vom 19. Oktober 2010, abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/10/19/Themen/Konsum/Autofirma-verbietet-Verkauf-an-Schweizer> (16. Juni 2011).

⁷ Schweizerisches Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸ Bekanntmachung der WEKO vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung).

⁹ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich der Kraftfahrzeuglieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler oder Werkstätten verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen (Ziff. 3 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung).

¹⁰ Da die KFZ-Bekanntmachung aus der Zeit vor der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG stammt, wurde in Ziff. 11 der Erläuterungen der WEKO zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: Erläuterungen) festgehalten, dass die WEKO Preis- und Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beiziehen der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikal-Bekanntmachung prüft. Zudem wurde in den Erläuterungen darauf hingewiesen, dass bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt werden (Erläuterungen Ziff. 11). Gemäss den Erläuterungen dürfen im Selektivvertriebssystem aktive und passive Verkäufe durch den Kraftfahrzeuglieferanten nicht eingeschränkt werden (vgl. Ziffer 14 KFZ-Bekanntmachung).

¹¹ Mit „Direktimporten“ werden vorliegend Importe durch Endkunden bezeichnet, sofern nichts anderes erwähnt wird. Importe durch Händler werden als „Parallelimporte“ bezeichnet, sofern nichts anderes erwähnt wird. Die Europäische Kommission hingegen verwendet den Begriff „Parallelimporte“ im Automobilbereich für die Summe grenzüberschreitender Verkäufe. Erfasst werden dabei Verkäufe durch Händler, die dem offiziellen Vertriebsnetz angehören an nicht dem Vertriebsnetz angehörende Händler (sog. Wiederverkäufer) in anderen Mitgliedstaaten, an andere, dem Vertriebsnetz angehörende Händler aus anderen Mitgliedstaaten sowie Verkäufe an Endverbraucher aus anderen Mitgliedstaaten, sei es direkt oder unter Einschaltung eines Vermittlers (KOMM, ABI. 1998 L 124/60, Rz 19 VW).

¹² Abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/e/nav/index.html?..0_0_www_bmwgroup_com/home/home.html&source=overview (22. August 2011).

¹³ Betrifft Motorräder.

¹⁴ Betrifft Motorräder.

¹⁵ Betrifft Motorräder.

13. Am 20. Oktober 2010 hat sich das Sekretariat mit einem Auskunftsbegehren an die Redaktion „Kassensturz“ gerichtet und diese gebeten, dem Sekretariat sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit dem Beitrag zum „Autoimport“ in der Sendung vom 19. Oktober 2010 zukommen zu lassen (Act. 6).

14. Mit E-Mail vom 22. Oktober 2010 hat die Redaktion „Kassensturz“ dem Sekretariat mitgeteilt, dass sie dem Sekretariat aus Gründen des Quellenschutzes nicht mehr Informationen geben könne, als sie auf der Internetseite der Sendung „Kassensturz“ veröffentlicht habe (Act. 10).

15. Am 25. Oktober 2010 hat das Sekretariat, im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO, eine Untersuchung gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen eröffnet. Die BMW AG wurde aufgefordert, bis zum 10. November 2010 eine Stellungnahme zu den Vorwürfen sowie Kopien der Verträge der europäischen BMW Vertriebsgesellschaften (insbesondere der deutschen und österreichischen Vertriebsgesellschaft) mit ihren europäischen Vertriebspartnern (EWR-Händlervertrag) und des in der Schweiz verwendeten Händlervertrages einzureichen (Act. 12).

16. Am darauffolgenden Tag hat das Sekretariat das Bundeskartellamt über die Eröffnung der Untersuchung informiert (Act. 14).

17. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 wurde der Verband Freier Autohandel Schweiz (VFAS) gebeten, dem Sekretariat entsprechende Erfahrungen beim Import von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI mitzuteilen und zu dokumentieren (Act. 13).

18. Am 2. November 2010 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung „Kassensturz“ einen Bericht zum Thema Neuwagen mit dem Titel „So halten Autofirmen ihre Preise hoch“ aus.¹⁶ Darin wurde u.a. berichtet, BMW verbiete in EU-Ländern den Verkauf von Autos an Schweizer Kundschaft.

19. Mit Schreiben vom 8. November 2010 ersuchten die Rechtsvertreter der BMW AG um Erstreckung der Frist zur Einreichung der verlangten Verträge und der Stellungnahme bis zum 30. November 2010 (Act. 29). Das Sekretariat hiess das Gesuch mit Schreiben vom 9. November 2010 gut (Act. 31).

20. Die Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)¹⁷ und im Bundesblatt¹⁸ erfolgte am 9. November 2010.

21. Am 9. November 2010 hat der VFAS (Rz 17) eine Stellungnahme eingereicht. Darin wurden drei Fälle von Fahrzeugimporten durch Verbandsmitglieder dokumentiert, in denen es zu Problemen kam (Act. 32).

22. Mit Schreiben vom 30. November 2010 ersuchten die Rechtsvertreter der BMW AG um erneute Erstreckung der Frist zur Einreichung der verlangten Verträge und der Stellungnahme bis zum 6. Dezember 2010 (Act. 40). Das Sekretariat hiess das Gesuch gleichentags gut (Act. 41).

23. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 haben die Rechtsvertreter der BMW AG beim Sekretariat um Ak-

teneinsicht ersucht und das Sekretariat gebeten, ihnen in Zukunft Kopien der neuen Akten jeweils am Ende des Monats zuzustellen (Act. 42).

24. Am 3. Dezember 2010 gingen beim Sekretariat die Stellungnahme¹⁹ der BMW AG und die Verträge ein, um die das Sekretariat am 25. Oktober 2010 ersucht hatte (Rz 15; Act. 43).

25. Am 8. Dezember 2010 wurde der VFAS gebeten, in der Antwort vom 9. November 2010 (Rz 21) allfällige vertrauliche Informationen zu kennzeichnen (Act. 44).

26. Am 9. Dezember 2010 stellte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG – unter Gutheissung deren Akteneinsichtsgesuch (Rz 23) – sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt hinzugekommenen Verfahrensakten auf einem passwortgeschützten elektronischen Datenträger inklusive Aktenverzeichnis zu. Mit demselben Schreiben wurde die BMW AG vom Sekretariat zu einer Anhörung eingeladen (Act. 45).

27. Am 10. Dezember 2010 hat das Sekretariat die Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung telefonisch angefragt, ihm allfällige Importstatistiken betreffend Neuwagen zur Verfügung zu stellen (Act. 47).

28. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2010 wurde den Rechtsvertretern der BMW AG der Termin vom 26. Januar 2011 für eine Anhörung durch das Sekretariat (Rz 37) bestätigt. Das Sekretariat hat die Rechtsvertreter dahingehend informiert, dass es um die Besprechung von Sachverhaltsfragen gehe und diese gebeten, bestimmte Statistiken ihrer Klientin dem Sekretariat vorweg zuzustellen bzw. zur Besprechung mitzubringen (Act. 49).

29. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2010 hat sich ein Schweizer Konsument beim Sekretariat erkundigt, ob es sein könne, dass man für einen BMW X3 xDrive28i in den USA USD 38'000.- bezahle, während der Preis für dasselbe Modell in der Schweiz bei CHF 80 000.- liege (Act. 50).

30. Am 6. Januar 2011 ging eine Anzeige bzw. Bürgeranfrage zum Verfahrensstand ein, die das Sekretariat gleichentags beantwortete (Act. 51).

¹⁶ Abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/11/02/Themen/Konsum/So-halten-Autofirmen-ihre-Preise-hoch> (16. Juni 2011).

¹⁷ Act. 30.

¹⁸ Bundesblatt Nr. 44 vom 9. November 2011, 7655, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/7655.pdf> (16. Juni 2011).

¹⁹ Die Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 (Act. 43) und die Stellungnahme der BMW AG vom 13. Januar 2012 zum Antrag des Sekretariats vom 21. Oktober 2011 (Act. 164) werden nachfolgend jeweils als solche bezeichnet. Wenn von den „Stellungnahmen“ (Plural) die Rede ist, sind jeweils beide miteingeschlossen.

31. Mit Schreiben vom 12. Januar 2011 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an „Auto-Schweiz“, die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure (nachfolgend: „Auto-Schweiz“). Das Sekretariat bat „Auto-Schweiz“ um Zustellung sämtlicher Statistiken über Importe von Personenwagen der Marken BMW und MINI sowie von Konkurrenzmarken für das Jahr 2010. Zudem wurde „Auto-Schweiz“ nach den Quellen der Zahlen für diese Statistiken und danach gefragt, was „Auto-Schweiz“ unter den Begriffen „Gesamtverkäufe“ und „Direktimporte“ zusammenfasse (Act. 52).

32. Am 13. Januar 2011 hat das Sekretariat ein zweites Auskunftsbegehren an den VFAS gerichtet (vgl. Rz 21). Das Sekretariat bat den Präsidenten des VFAS um Bekanntgabe der Quellen, auf die er sich bei der Aussage gegenüber einem Zeitungsjournalisten, wonach Auto-Direktimporteure im Jahr 2010 50 % mehr abgesetzt hätten, gestützt hatte, wer gemäss dem VFAS alles unter den Begriff „Direktimporteure“ falle und wodurch sich „Parallelimporte“ nach Auffassung des VFAS von „Direktimporten“ unterscheiden würden. Der VFAS wurde zudem um Einreichung allfälliger Statistiken betreffend Direktimporte aus dem EWR für die Jahre 2005 bis 2010 gebeten. Weiter wurde der Präsident des VFAS danach gefragt, worauf er seine Aussage stütze, wonach Direktimporteure inzwischen einen Marktanteil von 7 bis 10 % erreichten und um Zustellung entsprechender Statistiken für die Jahre 2005 bis 2010 gebeten (Act. 53).

33. Am 14. Januar 2011 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen BMW 535 i xDrive Diesel GT ein. Er machte das Sekretariat darauf aufmerksam, dass dasselbe Modell in der Schweiz rund CHF 24'000.- teurer sei als in Deutschland. Er schrieb, er ginge davon aus, dass dieser Unterschied zum Teil auf andere Ausstattungen und Serviceleistungen zurückzuführen sei, der entsprechende Mehrwert dürfte nach seiner Einschätzung allerdings höchstens bei CHF 5'000.- liegen (Act. 54).

34. Am 18. Januar 2011 hat das Sekretariat mit der Oberzolldirektion einen Termin vereinbart (Act. 56); diese liess dem Sekretariat Statistiken zum Import von Fahrzeugen zukommen (Act. 57).

35. Mit Schreiben vom 19. Januar 2011 beantwortete „Auto-Schweiz“ das Auskunftsbegehren vom 12. Januar 2011 (Rz 31). In der Beilage befanden sich die verlangten Statistiken über Direktimporte von neuen Personenwagen (CH+FL) und Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL). „Auto-Schweiz“ informierte das Sekretariat, dass ihre Statistiken aus den Rohdaten entstünden, die sie vom ASTRA²⁰ kaufen würden. Bei den Daten handle es sich um einen monatlichen Auszug aus der MOFIS-Datenbank²¹ des ASTRA. Enthalten seien jeweils alle Motorfahrzeuge mit einem Erstzulassungsdatum im laufenden Jahr (Act. 59).

36. Auf entsprechende Nachfrage hin hat „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat am 20. Januar 2011 die Verkaufsstatistiken Personenwagen Dezember 2010 für die verschiedenen Auto-Marken zugestellt (Act. 63/64).

37. Am 26. Januar 2011 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Anhörung von Vertretern der BMW AG statt. Anlässlich dieser Anhörung stellte das Sekretariat

den Vertretern der BMW AG konkrete Fragen zum Vertriebssystem der BMW Group, zur Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 sowie zur Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“. Darüber hinaus erhielten die Vertreter von BMW AG Gelegenheit, ihrerseits Fragen zu stellen und ihre Sicht der Dinge darzulegen. Die Anhörung wurde protokolliert (Act. 65).

38. Mit Schreiben vom 27. Januar 2011 hat der VFAS das Auskunftsbegehren vom 13. Januar 2011 (Rz 32) beantwortet. Der VFAS hat u.a. erklärt, das ASTRA unterscheide zwischen drei Kategorien: Den offiziellen Importen über das Vertriebsnetz eines Herstellers (Fahrzeuge mit CH-Typenschein), den Parallelimporten (durch freie Händler, die parallel zu einem bestehende Typenschein einen eigenen Typenschein²² beantragen können) und den Direktimporten (Importe zum Eigengebrauch²³ und Importe kleiner Stückzahlen). Im Handel würde diese begriffliche Unterscheidung von Parallelimporten allerdings kaum gemacht, sondern es würde vom offiziellen Import und vom Direktimport gesprochen. Der VFAS bezeichne alle Importe, die nicht über das offizielle Vertriebsnetz des Herstellers laufen, als Direktimporte. In Bezug auf Direktimporte gebe es keine verlässlichen Statistiken. [„Auto-Schweiz“ erstelle eine interne, vertrauliche Statistik über Direktimporte. Darin würden die Zahlen aus dem automatisierten Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister des Bundes (MOFIS)²⁴ mit den Zahlen verglichen, welche die offiziellen Importeure „Auto-Schweiz“ melden. Die sich daraus ergebende Differenz entspreche in etwa den Direktimporten. Problematisch bei diesen Statistiken sei allerdings, dass importierte Neuwagen darin z.T. nicht erscheinen, weil sie im Ausland bereits zugelassen werden mussten (sog. „Tageszulassungen“) und diesfalls als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz kämen] (Act. 66).

39. Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 leitete der Preisüberwacher eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen BMW an das Sekretariat weiter. Der Anzeiger wollte einen BMW X5 aus den USA zu importieren, weil er dort rund CHF 30'000.- günstiger erhältlich war. Der Händler in den USA teilte ihm allerdings mit, dass BMW Verkäufe in die Schweiz verbiete (Act. 70). Das Sekretariat beantwortete die Anzeige am 2. Februar 2011 (Act. 73) und sendete der Preisüberwachung eine entsprechende Kopie (Act. 74).

²⁰ Bundesamt für Strassen (ASTRA).

²¹ Das Motorfahrzeuginformationssystem der Eidgenössischen Fahrzeugkontrolle. Gemäss Art. 104a Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) führt der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein automatisiertes Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister (MOFIS).

²² Diese Typenscheinnummern würden sich von den CH-Typenscheinnummern der offiziellen Importeure unterscheiden und die Parallelhändler verpflichten, sich um Rückrufe zu kümmern.

²³ Zum Eigengebrauch eingeführte Fahrzeuge sind von der Typengenehmigung befreit und können bei der kantonalen Zulassungsstelle direkt angemeldet werden (Art. 4 Abs. 1 VTG).

²⁴ Das MOFIS erfasst alle in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein gegenwärtig und früher zugelassenen Fahrzeuge sowie die dazu gehörenden Daten über die Halter und Halterinnen, die Haftpflichtversicherung, die Verzollung und die Versteuerung nach dem Automobilsteuergesetz (Art. 1 der Verordnung über das automatisierte Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister; SR 741.56).

40. Am 28. Januar 2011 hat das Sekretariat [einer Multimarken-Grosshändlerin für Neuwagen] ein Auskunftsbegehren zukommen lassen. [Diese] wurde gefragt, ob sie in den Jahren 2005 – 2010 Fahrzeuge der Marken BMW und MINI, die für den Verkauf an Kunden in der Schweiz bestimmt waren, im EWR bezog und gebeten, die entsprechenden Bezugzahlen und -länder anzugeben. Die [Grosshändlerin] wurde zudem gebeten, allfällige Probleme mit Bezügen von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI im EWR zu dokumentieren. Schliesslich wurde die [Grosshändlerin] gebeten, allfällige Preisvergleiche betreffend Fahrzeuge der Marken BMW und MINI in der Schweiz und in EWR-Ländern einzureichen (Act. 71).

41. Mit Schreiben vom 1. Februar 2011 haben die Rechtsvertreter der BMW AG um Erstreckung der Frist zur Bereinigung des Anhörungsprotokolls bis zum 10. Februar 2011 ersucht (Act. 72). Das Fristerstreckungsgesuch wurde tags darauf gutgeheissen (Act. 75).

42. Mit Schreiben vom 2. Februar 2011 beantwortete „Auto-Schweiz“ das Auskunftsbegehren und hielt fest, ein Markt würde üblicherweise in Segmente aufgeteilt, in der Automobilbranche erfolge eine Segmentierung in „Microwagen“, „Kleinwagen“, „untere Mittelklasse“, „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Gemäss „Auto-Schweiz“ kann davon ausgegangen werden, dass die Segmente „Microwagen“ und „Kleinwagen“ keine Modelle von BMW enthalten (Act. 76).

43. Am 10. Februar 2011 informierte „Auto-Schweiz“ das Sekretariat, dass die Aufschlüsselung der Statistik „Segmente 2010 einer externen Firma in Auftrag gegeben wurde und „Auto-Schweiz“ die Antwort dem Sekretariat weiterleiten werde (Act. 77).

44. Mit E-Mail vom 13. Februar 2011 hat „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat die Segmentliste der Neuimmatriculationen zugestellt und darauf verwiesen, dass es sich um ein vertrauliches Dokument handle (Act. 78).

45. Mit E-Mail vom 15. Februar 2011 hat das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mitgeteilt, dass die von ihnen eingereichte „Clean-Version“ des Protokolls der Anhörung vom 25. Januar 2011 (Rz 65) zu den Verfahrensakten genommen wird. Das Sekretariat hat um Einreichung einer unterzeichneten Version des Protokolls gebeten. Zudem hat sich das Sekretariat nach den Umsätzen der BMW Group in der Schweiz in den Jahren 2007 – 2010 erkundigt (Act. 79).

46. Am 25. Februar 2011 reichten die Rechtsvertreter der BMW AG beim Sekretariat das unterzeichnete Protokoll der Anhörung vom 26. Januar 2011 ein (Rz 65) und stellten ein Gesuch um Akteneinsicht (Act. 81).

47. Mit E-Mail vom 28. Februar 2011 teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass in den folgenden zwei Wochen diverse Auskunftsbegehren gestellt würden und das Sekretariat es daher als sinnvoller erachtet, mit der Zusendung der neu hinzugekommenen Akten voraussichtlich bis Woche 11 zuzuwarten (Act. 82).

48. Mit Schreiben vom 7. März 2011 beantwortete [Grosshändlerin] das Auskunftsbegehren vom 28. Janu-

ar 2011. [Grosshändlerin] schrieb, dass sie in den Jahren 2005 bis 2010 keine Neufahrzeuge der Marke BMW importiert habe, sondern diese bei zugelassenen Händlern in der Schweiz beschafft hätte. Zum einen seien die Preisunterschiede nicht attraktiv gewesen, zum anderen habe sich kaum ein Händler finden lassen, der bereit gewesen sei, Neufahrzeuge der Marke BMW in die Schweiz zu liefern. Aufgrund des attraktiven Eurowechselkurses im letzten Quartal 2010 habe [Grosshändlerin] versucht, im EWR BMW-Neufahrzeuge zu beschaffen, was nur unter der Bedingung möglich gewesen sei, dass die Neufahrzeuge zunächst drei Monate im Land des Kaufes zugelassen und dann als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz gekommen wären. Mit derartigen Bedingungen würde BMW AG den Import von Neufahrzeugen in die Schweiz beschränken. Gemäss einem Preisvergleich von [Grosshändlerin] waren BMW Neufahrzeuge (Serie 1, 3 und 5) im EWR im Jahr 2011 über CHF 5'000.- und damit rund 10 bis 15 % günstiger erhältlich als in der Schweiz (Act. 83).

49. Mit E-Mail vom 21. März 2011 erklärten sich die Rechtsvertreter der BMW AG mit der Verschiebung der Akteneinsicht bereit, unter dem Vorbehalt, dass seit der letzten Akteneinsicht vom 9. Dezember 2010 keine wesentlichen Akten hinzugekommen seien (Act. 85).

50. Mit Schreiben vom 24. März 2011 teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass es sinnvoll sei, mit der Zustellung des aktuellen Aktenverzeichnisses und den neu hinzugekommenen Akten zu warten, bis diese um allfällige Geschäftsgeheimnisse bereinigt sind. Mit demselben Schreiben stellte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG einen Fragebogen zu und bat um Beantwortung bis zum 2. Juni 2011. Im Fragebogen wurden die Umsätze der BMW Group in der Schweiz in den Jahren 2007-2010, die Zuordnung der einzelnen BMW- und MINI-Modellen zu den einzelnen Segmenten, die Verkaufszahlen 2007–2010, fünf Konkurrenzmarken pro Segment und Angaben zum Vertriebssystem erfragt (Act. 86).

51. Mit Schreiben vom 23. März 2011 liess das Sekretariat sämtlichen Mitgliedern der Vereinigung Schweizer Automobilimporteure „Auto-Schweiz“²⁵ einen Fragebogen zukommen und bat sie, ihre Antworten bis zum 2. Mai 2011 einzureichen. In den Fragebogen wurden die Hersteller bzw. Importeure gebeten, die Modelle der von ihnen angebotenen Fahrzeugmarken den einzelnen Segmenten zuzuordnen, es wurden die Verkaufszahlen 2007–2010 pro Marke, die fünf wichtigsten Konkurrenten pro Segment, Angaben zur Vertriebsstruktur und zu Parallelimporten sowie zu Direktimporten erfragt (Act. 88). Nachdem in einigen Fällen die Frist erstreckt wurde, beantworteten bis zum 29. Juli 2011 alle befragten Marktteilnehmer den Fragebogen.

²⁵ AMAG Automobil und Motoren AG, BMW Group, Citroen (Suisse) SA, Chevrolet Suisse SA, Emil Frey AG, Emil Frey Gruppe, Fiat Group Automobiles (Switzerland) SA, Ford Motor Company (Switzerland) SA, General Motors Suisse SA, Honda Automobiles Suisse SA, Jaguar Landrover Schweiz AG, KIA Motors AG, Kontich (Hyundai), Korean Motor Company, Mazda (Suisse) SA, Maserati (Suisse) SA, Mercedes-Benz Schweiz AG, MM Automobile Schweiz AG, Porsche Schweiz AG, Peugeot Suisse SA, Nissan Center Europe GmbH, Renault Suisse SA, Saab Automobile AG, SSANGYONG Schweiz AG, Subaru Schweiz AG, Suzuki Automobile Schweiz AG, Toyota AG, Volvo automobiles Schweiz AG.

52. Mit Schreiben vom 8. Juni 2011 bat das Sekretariat sämtliche Hersteller bzw. Importeure von Fahrzeugen, die keine geschäftsgeheimnisbereinigte Versionen ihrer Antworten auf das Auskunftsbegehren eingereicht hatten, dies bis zum 15. Juni 2011 nachzuholen. Die Adressaten der Mahnung wurden darauf aufmerksam gemacht, dass das Sekretariat ohne ihren Gegenbericht davon ausgeht, dass ihre Antworten in der beim Sekretariat vorhandenen Version zu den Verfahrensakten genommen werden und in einer allfälligen Verfügung zitiert und veröffentlicht werden können (Act. 127, 128).

53. Mit E-Mail vom 16. Juni 2011 meldete sich ein Kaufinteressent für einen BMW Neuwagen beim Sekretariat, der die Erfahrung gemacht hatte, dass BMW-Händler in Deutschland nur Gebrauchtwagen an Kunden in der Schweiz verkaufen dürfen (Act. 133).

54. Mit E-Mail vom 23. Juni 2011 bat das Sekretariat den VFAS, im Schreiben vom 27. Januar 2011 allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen (Act. 135). Der VFAS kam dieser Aufforderung am 27. Juni 2011 nach (Act. 136).

55. Am 29. Juni 2011 entsprach das Sekretariat dem Akteneinsichtsgesuch der Rechtsvertreter der BMW AG vom 25. Februar 2011 und liess ihnen einen passwortgeschützten elektronischen Datenträger zukommen, auf dem sämtliche Verfahrensakten abgespeichert waren, die seit der Akteneinsicht vom 9. Dezember 2011 hinzugekommen waren (Act. 140).

56. In der Sonntagszeitung vom 3. Juli 2011 wurde unter dem Titel „Deutsche BMW-Händler dürfen wieder an Schweizer verkaufen“ berichtet, dass Brancheninsider jenseits der Grenze bestätigt hätten, dass das Verkaufsverbot vom Tisch sei (Act. 141). Gemäss Recherchen der Sonntagszeitung sollen die Händler eine entsprechende schriftliche Mitteilung von der BMW Group erhalten haben. Gestützt auf diesen Artikel liess das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG am 11. Juli 2011 ein Schreiben zukommen (Act. 144). In diesem Schreiben wurde die BMW AG gebeten, das Sekretariat über entsprechende Mitteilungen an ihre Vertragshändler im EWR zu informieren.

57. Am 7. Juli strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung „10vor10“ einen Bericht mit folgendem Titel aus: „Eurotief: Konsumenten haben wenig davon.“ Es wurde berichtet, dass der Euro Anfang 2008 noch CHF 1.65, Mitte 2011 nur noch CHF 1.17 kostete und damit um 29 % sank. In derselben Zeit sei der Importpreisindex lediglich um 2.9 % gesunken. Es wurde danach gefragt, wer dafür verantwortlich sei. Es wurde ein Autohändler in Deutschland interviewt, der sagte ein Kunde aus der Schweiz habe gerade ein sehr teures Auto gekauft und dabei CHF 30'000.- gespart, aber auch schon beim Kauf eines „normalen“ BMWs liessen sich durchschnittlich CHF 5'000.- bis CHF 10'000.- einsparen. Die BMW AG nahm schriftlich Stellung, indem sie darauf verwies, dass der Kunde in der Schweiz aktuell von speziellen Aktionen und Eintauschprämien profitieren könne. Konsumentenschützerin Sara Stalder kam zu Wort und kritisierte, Schweizer Autohändler würden den Wechselkursgewinn zu wenig weiter geben. Sie forderte die WEKO zum Handeln auf. Der Direktor des Sekretariats wurde zur Stellungnahme angefragt und sagte, für

die Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO müssten konkrete Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise gegeben sein. Ob diese vorliegen, würde aktuell im Rahmen von zahlreichen Vorabklärungen und Marktbeobachtungen geprüft, über welche die Öffentlichkeit in der Regel nicht informiert werde. Herr Bundesrat Schneider-Ammann wurde danach gefragt, ob er nun Druck auf die WEKO ausüben wolle. Er verneinte dies und machte darauf aufmerksam, dass die WEKO in der Vergangenheit bewiesen habe, dass sie das Wohl der Konsumenten ernst nehme. Herr Roger Zäch äusserte sich ebenfalls. Er sagte u.a., dass er die ausländischen Hersteller und ihre Generalimporteure für die Nichtweitergabe von Währungsgewinnen für verantwortlich halte. Es würde klar verhindert, dass Parallelimporte stattfinden und dass Schweizer Händler zu Europreisen einkaufen können (Act. 145).

58. Am 15. Juli 2011 äusserte sich der Direktor des Sekretariats auf Anfrage hin folgendermassen in der Presse: "Im Fall von BMW haben sich viele Kunden beklagt, sie könnten einen BMW nicht direkt in Deutschland kaufen, weil den Händlern eine direkte Lieferung in der Schweiz untersagt worden sei. Nach unserer Untersuchungseröffnung letzten Herbst hat BMW rasch reagiert, und plötzlich hat BMW Gratisausstattungen offeriert, um die Schweizer Kunden zu beruhigen. Wem der Preis weiterhin nicht passt, kann BMW jetzt direkt aus dem EU-Raum importieren. Die Konsumenten helfen sich offenbar selbst - umso besser. Aber der Fall BMW zeigt die Wirkung einer Untersuchung. Denn über BMW hinaus weiss jeder Autoimporteur spätestens jetzt, dass er Parallelimporte nicht verbieten kann. Der Markt ist wieder offen. Das bringt die Preise aller Autos ins Rutschen."²⁶

59. Mit Schreiben vom 25. Juli 2011 teilten die Rechtsvertreter der BMW AG dem Sekretariat mit, dass von Seiten BMW AG keine Mitteilung an die Händler im EWR zum Thema Verkäufe in die Schweiz ergangen sei (Act. 146). Zu einer derartigen Kommunikation habe kein Anlass bestanden, da an der bisherigen Duldungspraxis nichts geändert worden sei. Nicht ausgeschlossen werden könne, dass vereinzelt Aussendienstmitarbeiter Rückfragen der von ihnen betreuten Händler, etwa betreffend den Fortbestand der Duldungspraxis, beantwortet hätten. Die BMW AG habe nach Durchführung einer internen Prüfung keine Kenntnis von solcher Korrespondenz.

60. Am 15. August 2011 bat das Sekretariat die Rechtsvertreter der BMW AG, eine Kopie der EWR-Händlerverträge, die im Zeitraum 2004 bis 2008 in Kraft waren, zukommen zu lassen (Act. 152).

²⁶ Artikel von der Website des Blicks (Interview) vom 15. Juli 2011
Konsumenten müssen den Händlern drohen.

61. Am 21. August 2011 äusserte sich der Direktor des Sekretariats auf entsprechende Anfrage hin folgendermassen in der Presse: "Wir öffnen Märkte, aber ob Konsumenten und Unternehmungen dann die aufgestossenen Türen auch nutzen, ist eine ganz andere Frage. Im Fall BMW haben wir Entscheidendes innert Wochen erreicht: Schweizer können diese Marke auch bei deutschen Händlern bestellen."²⁷

62. Mit Schreiben vom 5. September 2011 reichten die Rechtsvertreter der BMW AG eine Kopie des deutschen BMW Händlervertrags 2003 ein (Act. 153). Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG handle es sich dabei um einen Vertrag, der exemplarisch für die Händlerverträge im gesamten EWR stehe (Act. 153).

63. Nachdem sich Mitarbeiter des Sekretariats in der Presse zur laufenden Untersuchung gegen die BMW AG geäussert hatten (vgl. z.B. Rz 57 und 61), reichten die Rechtsvertreter der BMW AG mit Schreiben vom 7. September 2011 beim Präsidenten der Wettbewerbskommission eine Aufsichtsbeschwerde ein (Act. 154). Es wurde beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, 1. von jeder voreingenommenen Kommentierung der laufenden Untersuchung in der Öffentlichkeit abzusehen; 2. die Untersuchung mit der gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit zu führen und den Sachverhalt mit der gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit zu ermitteln und zu würdigen. Mit Schreiben vom 19. September 2011 teilte der Präsident der WEKO den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass kein Anlass zu einem formellen aufsichtsrechtlichen Einschreiten bestehe, weil das Sekretariat von Gesetzes wegen zur gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit verpflichtet ist. Im Hinblick auf die Kommunikation in der Öffentlichkeit in Bezug auf den vorliegenden Fall leitete der Präsident die Aufsichtsbeschwerde im Sinne einer Sensibilisierung an den Direktor des Sekretariats weiter (Act. 155).

64. Am 20. Oktober 2011 liess „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat die aktuellen Direktimportstatistiken zukommen (Act. 159 und 160).

65. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 wurde der Antrag des Sekretariats BMW AG zur Stellungnahme zugestellt (Act. 161). BMW AG nahm am 13. Januar 2012 nach gewährter Fristerstreckung zum Antrag des Sekretariats Stellung (Act. 164).

66. Mit E-Mail vom 21. Februar 2012 resp. 27. Februar 2012 stellte das Sekretariat im Auftrag der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Anschlussfragen an [Grosshändlerin] resp. Auto-Schweiz (Act. 168 und 169). Die entsprechenden Antworten gingen am 28. Februar 2012 resp. am 29. März 2012 ein (Act. 171 und 180).

67. Am 27. Februar 2012 stellte BMW AG ein Akteneinsichtsgesuch (Act. 170). Die Akteneinsicht wurde BMW AG sodann am 29. Februar 2012 und anschliessend fortlaufend gewährt (Act. 172, 173 und 182).

68. Am 26. März 2012 fand eine Anhörung von BMW AG gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt (Act. 185).

69. Im Anschluss an die Anhörung verlangte die WEKO am 27. März 2012 von BMW AG, die Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgenommene Marktanteilsberechnung gemäss den Beilagen 6 – 10 ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 offen zu legen (Act. 177). BMW AG kam dieser Aufforderung mit E-Mail vom 29. März 2012 nach (Act. 181).

70. Mit Schreiben vom 16. April 2012 informierte BMW AG darüber, dass BMW AG sich entschlossen habe, unverzüglich eine Mitteilung an die Händler im EWR zu versenden, in der formal klargestellt werde, dass die Schweiz unter den bestehenden BMW und MINI Händlerverträgen im EWR, insbesondere Ziffer 1.5, als Teil des EWR zu behandeln ist (Act. 183). Auf Nachfrage reichte BMW AG am 27. April 2012 exemplarisch die von ihr am 20. April 2012 an die gesamte BMW und MINI Händlerorganisation in Deutschland versandte Klarstellung zu den BMW und zu den MINI Händlerverträgen ein. Gemäss Angaben von BMW AG wurde diese Mitteilung gleichentags an die Vertriebstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern versandt, welche wiederum die Mitteilung an die Handelsorganisationen weiterleiteten (Act. 186).

71. Am 7. Mai 2012 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren. Die Verfügung wurde BMW AG sodann mit Schreiben vom 23. Mai 2012 eröffnet.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

72. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

73. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.²⁸ Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit sind namentlich abhängige Tochtergesellschaften vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen und werden Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzerngesellschaften dem Konzern zugerechnet.²⁹

²⁷ Artikel in der NZZ am Sonntag (Interview) vom 21. August 2011 Druck der Konsumenten wirkt.

²⁸ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 2 N 7.

²⁹ Vgl. BSK KG-LEHNE (Fn 28), Art. 2 N 14.

74. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die BMW Group bzw. die Unternehmenszentrale in München (BMW AG) und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen (Act. 12), namentlich gegen die Vertriebsgesellschaften im EWR und auch gegen die BMW Schweiz AG, mit Sitz in Dielsdorf. Die BMW AG ist als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} zu qualifizieren und mögliche Wettbewerbsbeschränkungen durch ihre Vertriebsgesellschaften werden ihr zugerech-

net. Obwohl die vorliegend massgeblichen Vertriebsverträge nicht stets direkt durch die BMW AG, sondern teilweise auch durch deren Vertriebsgesellschaften mit den Vertriebspartnern geschlossen wurden, erfolgt nachfolgend keine Differenzierung. Dies soll die Verständlichkeit erleichtern und ist insofern sachgerecht, als die Handlungen der Vertriebsgesellschaften der Unternehmenszentrale, wie soeben erwähnt, zugerechnet werden.

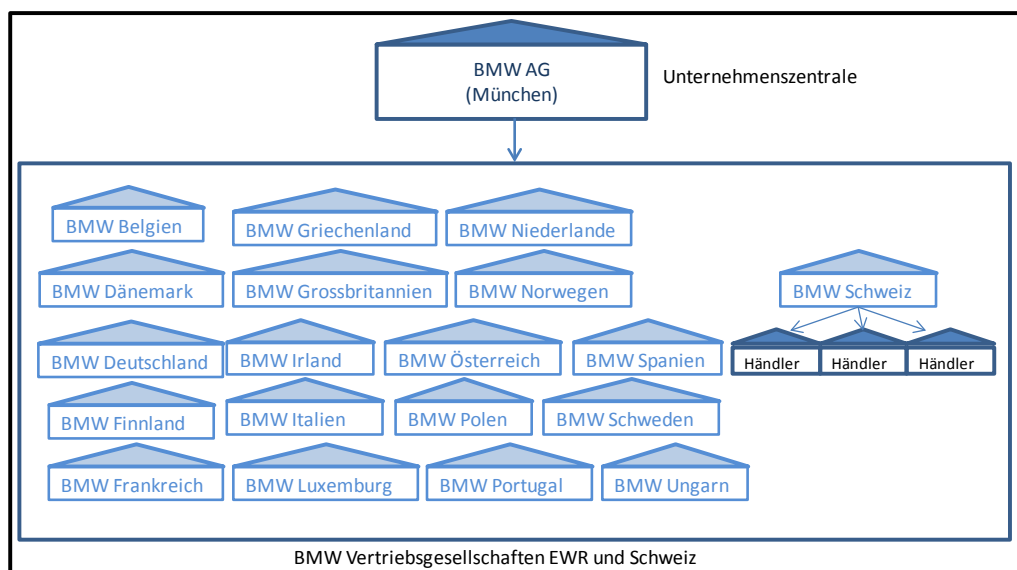


Abbildung 1: Organisation der BMW Group im EWR und in der Schweiz³⁰

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

75. In den sachlichen Geltungsbereich fallen alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.³¹ Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (B.3.1.), haben Vertriebsgesellschaften der BMW Group mit den durch sie belieferten Händlern Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen. Folglich ist auch der sachliche Geltungsbereich erfüllt.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

76. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt erheblich auswirkt.³² In Abschnitt B.3.1. wird aufgezeigt, dass die BMW AG bzw. Vertriebsgesellschaften der BMW AG im Ausland mittels Abreden mit den ausländischen Händlern Direktimporte in die Schweiz verhinderten bzw. behinderten. In Abschnitt B.3.3. wird dargelegt, dass sich dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt erheblich auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz auswirkt bzw. ausgewirkt hat. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

77. Die Rechtsvertreter der BMW AG argumentierten in ihrer Stellungnahme zur Untersuchungseröffnung vom 3. Dezember 2010, das Kartellgesetz sei nicht anwend-

bar, weil es zu keiner bzw. nicht zu einer „wesentlichen“ Beschränkung des Wettbewerbs in der Schweiz gekommen sei (Act. 43 Rz 64).

78. In der Lehre ist die Frage, ob das Mass der geforderten Intensität der Auswirkungen bereits auf Stufe der Prüfung des räumlichen Geltungsbereichs oder erst auf Stufe der Prüfung der materiellen Norm (Art. 5, 7 oder 9 KG) analysiert wird, umstritten.³³ In der einschlägigen Praxis der WEKO wurde die Frage des Ausmasses der Auswirkungen einer möglichen Wettbewerbsabrede nicht bereits auf der Stufe des räumlichen Geltungsbereichs beantwortet, sondern erst auf der Stufe der Prüfung der Auswirkungen der festgestellten Wettbewerbsabrede auf die relevanten Märkte.³⁴ Dementsprechend wird vorliegend im Rahmen der Analyse des Vorliegens einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.3.) und nicht bereits beim räumlichen Geltungsbereich geprüft, ob Direktimporte in die Schweiz tatsächlich verhindert bzw. behindert wurden (B.3.2.) und sich dies in der Schweiz erheblich ausgewirkt hat (B.3.3.).

³⁰ www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?..0_0_www_bmwgroup_com/home/home.html&source=overview.

³¹ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468 ff, 534.

³² Botschaft KG 1994 (Fn 31), 535.

³³ Vgl. für eine Darlegung der verschiedenen Auffassungen BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 53; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 2 KG N 68, der sich gegen eine Prüfung der Intensität der Auswirkungen auf Stufe des räumlichen Anwendungsbereichs ausspricht.

³⁴ Vgl. z.B. RPW 2000/1, 209 Rz 47, *Volkswagen-Vertriebssystem*.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

79. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

80. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten

81. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

82. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

83. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (B.3.1.1.) der an der Abrede beteiligten Unternehmen (B.3.1.3.) und die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (B.3.1.2.). Nachfolgend wird geprüft, ob die Tatbestandselemente vorliegend erfüllt sind.

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

84. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.³⁵ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.³⁶

85. Die im EWR verwendeten BMW-Händlerverträge enthalten eine Klausel, gemäss der es den Händlern untersagt ist, BMW Fahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Zur Illustration wird die entsprechende Klausel aus dem in Deutschland verwendeten BMW-Händlervertrag zitiert.³⁷ Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG kann dieser Vertrag hinsichtlich des Umfangs der Vertriebsrechte der Händler für den ganzen EWR, mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein,³⁸ als massgebend betrachtet werden.³⁹

86. Der im EWR seit dem 1. Oktober 2003 verwendete BMW-Händlervertrag⁴⁰ enthält folgende Exportklausel:

„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.“

87. Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG stimmt der MINI-Händlervertrag, mit Ausnahme der Markenbezeichnung der Vertragsware, mit dem BMW-Händlervertrag überein.⁴¹ Nachfolgend wird deshalb vom EWR-Händlervertrag gesprochen. Es verpflichten sich also sämtliche Händler im EWR, die mit der BMW AG direkt oder einer Vertriebsgesellschaft der BMW AG einen EWR-Händlervertrag abgeschlossen haben, Verkäufe von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen⁴² an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) in der Schweiz zu unterlassen.

88. Neben dem Verzicht auf Exporte aus dem EWR wurde auch der Verzicht auf Bezüge im EWR vertraglich geregelt: Der in der Schweiz seit dem 1. Januar 2005 verwendete BMW-Händlervertrag⁴³ enthält folgende Bezugs Klausel:

[...]

89. Im Unterschied dazu enthält der im EWR seit dem 1. Oktober 2003 verwendete BMW-Händlervertrag⁴⁴ folgende Bezugs Klausel:

[...]

90. Folglich verpflichten sich die Vertragspartner von BMW Schweiz AG (siehe Rz 74) vertraglich zum Bezug über BMW Schweiz AG und verzichten damit auf einen direkten Bezug über andere Bestellsysteme von BMW AG und folglich auf Parallelimporte⁴⁵ in die Schweiz.

91. Sowohl das vertragliche Exportverbot im EWR als auch das Parallelimportverbot in den BMW-Händlerverträgen in der Schweiz sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen der BMW AG (siehe Rz 74) und den Händlern im EWR und in der Schweiz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

³⁵ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

³⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 35), Art. 4 Abs. 1 N 82.

³⁷ Act. 43 Beilagen 4 (in Kraft seit 1.10.2008) der Händlervertrag 2003 (Act. 152 Beilage; in Kraft vom 1.10.2003 bis 30.9.2008).

³⁸ Gemäss Händlervertrag für das Fürstentum Liechtenstein sind Exporte an Abnehmer in der Schweiz zulässig (Act. 43 Beilage 7).

³⁹ Act. 43 Rz 11 und Act. 152.

⁴⁰ Act. 152 Beilage (in Kraft vom 1.10.2003 bis 30.9.2008) und Act. 43 Beilage 4 (in Kraft seit 1.10.2008).

⁴¹ Act. 43 Rz 10.

⁴² Gegenstand vorliegender Untersuchung sind nur die Verkäufe von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen und nicht die Verkäufe von BMW bzw. MINI Original Teilen.

⁴³ Act. 43 Beilage 2 (in Kraft seit 1.1.2005).

⁴⁴ Act. 152 Beilage.

⁴⁵ Vorliegend werden Importe durch Händler als „Parallelimporte“ und Importe durch Endkunden als „Direktimporte“ bezeichnet (Vgl. Fn 11).

92. BMW AG äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 nicht zur Qualifikation der obgenannten Vertragsklauseln als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen der BMW AG und den Händlern im EWR und in der Schweiz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

93. Hingegen machten die Rechtsvertreter der BMW AG in der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 diesbezüglich geltend, die Händlerverträge der BMW (Schweiz) AG seien der WEKO am 30. Dezember 2004 gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 innerhalb des Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet und vom Sekretariat als zulässig qualifiziert worden. Nach Rücksprache mit der WEKO sei im Rahmen der Meldung vom 30. Dezember 2004 zur weiteren Klarstellung des Schweizer Händlervertrags am 24. November 2005 eine Mitteilung an sämtliche Händler und Service Werkstätten verschickt worden. Gemäss dieser Mitteilung sei es den Händlern und Service Werkstätten u.a. erlaubt, passive und aktive Käufe von neuen BMW aus dem EWR durchzuführen, dies innerhalb der Regelungen des selektiven Vertriebssystems.⁴⁶

94. Es ist richtig, dass die schweizerischen BMW- und MINI-Händlerverträge dem Sekretariat durch die Rechtsvertreter der BMW AG am 30. Dezember 2004 gemeldet wurden. Hingegen wurden die EWR-Händlerverträge dem Sekretariat nicht vorgelegt. In diesem Zusammenhang machte das Sekretariat die Rechtsvertreter namentlich darauf aufmerksam, dass es Händlern des BMW Netzes in der Schweiz möglich sein muss, Neufahrzeuge von anderen BMW Händlern aus dem EWR zu importieren.⁴⁷ Laut den Rechtsvertretern der BMW AG hat die BMW (Schweiz) AG ihren Geschäftspartnern in der Folge kommuniziert, dass die Durchführung von passiven und aktiven Käufen von neuen BMW Fahrzeugen aus dem EWR im Rahmen des selektiven Vertriebssystems erlaubt sei.⁴⁸ Das Sekretariat betrachtete die eingereichten Vertragswerke in Verbindung mit den von der BMW (Schweiz) AG eingereichten Bestätigungen sowie der erfolgten Mitteilung an die Händler als konform mit der KFZ-Bekanntmachung. Es wies allerdings darauf hin, dass die WEKO dadurch nicht gebunden werde. Zudem behielt sich das Sekretariat ausdrücklich vor, zu einem späteren Zeitpunkt das Vertriebssystem von BMW/MINI zu prüfen, wenn es Kenntnis von möglichen unzulässigen Verhaltensweisen erhalten sollte.⁴⁹

95. Die Mitteilung der BMW (Schweiz) AG an die Händler, wonach sie im Rahmen des selektiven Vertriebssystems BMW- bzw. MINI Neufahrzeuge im EWR beziehen dürfen, zeigt, dass man sich der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direktimporten in die Schweiz konzernintern bewusst war. Von einem international tätigen Konzern in der Grösse der BMW Group hätte daher erwartet werden können, dass die Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag und die Bezugsklausel im schweizerischen Händlervertrag angepasst werden. Abgesehen von der Mitteilung der BMW (Schweiz) AG an die Händler im Jahr 2005, wurde konzernintern allerdings nichts unternommen, um den EWR-Händlervertrag und den schweizerischen Händlervertrag unmissverständlich mit dem schweizerischen Kartellrecht in Übereinstimmung

zu bringen. Insbesondere erfolgte gegenüber den Vertriebspartnern der BMW Group im EWR keine Mitteilung, wonach Parallelexporte in die Schweiz trotz des bestehenden vertraglichen Exportverbots zulässig sind.⁵⁰

96. Folglich durften die Händler in der Schweiz gemäss Mitteilung der BMW (Schweiz) AG zwar von BMW-Vertriebspartnern im EWR beziehen, diese aber weiterhin nicht an Abnehmer (Händler, Endkunden und unabhängige Vermittler) in der Schweiz liefern.⁵¹ Dadurch wurden Direktimporte in die Schweiz nach wie vor behindert bzw. verhindert, weshalb die nachfolgende Untersuchung auf das Exportverbot in den EWR-Vertriebsverträgen fokussiert.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

97. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es müssen folglich nicht beide Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist allerdings, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf die Wettbewerbsabrede zurückführen lässt.⁵²

98. Die Auswirkungen des Exportverbots (Rz 85) im EWR-Händlervertrag der BMW Group sind grundsätzlich Gegenstand der Analyse unter B.3.2. ff. Dort wird aufgezeigt werden, dass Händler im EWR die Nachfrage nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen von Abnehmern in der Schweiz wegen des vertraglichen Exportverbots nicht decken konnten (siehe B.3.3.). In einem weiteren Schritt wird aufgezeigt werden, dass dadurch der Wettbewerb auf den relevanten Märkten zumindest erheblich beeinträchtigt wurde (siehe B.3.3.). Folglich hat die Gebietsabrede im EWR-Händlervertrag eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.

99. Dass eine derartige Wettbewerbsbeschränkung durch die BMW AG auch bezweckt war, zeigt sich in ihrem Schreiben vom 15. Oktober 2010 an den Kassensurzur:

„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.

⁴⁶ Act. 43 Rz 7.

⁴⁷ Act. 157.

⁴⁸ Act. 43 Beilage 3.

⁴⁹ Act. 157.

⁵⁰ Act. 65, Antwort auf Frage 3

⁵¹ Act. 43 Beilage 4 Rz 1.5., Act. 2, Act. 65, Antwort auf Frage 3.

⁵² BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 35), Art. 4 Abs. 1 N 67 ff.

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.**⁵³

100. Somit bringt die BMW AG in diesem Schreiben klar zum Ausdruck, dass die einzelnen Vertragsgebiete ausserhalb des EWR von diesem abgeschottet werden, um die Vertriebspartner in diesen Vertragsgebieten zu stärken. Eine derartige Gebietsabschottung kann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Ob eine solche vorliegt, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

Zwischenergebnis

101. Indem sich die BMW- und MINI-Vertriebspartner im EWR vertraglich dazu verpflichtet haben, keine Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) ausserhalb des EWR zu liefern, haben sie im Sinne einer Wettbewerbsabrede bewusst und gewollt mit der BMW AG zusammengewirkt. Mit dem vertraglichen Exportverbot wurde eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (siehe oben Rz 99) und bewirkt, was nachfolgend aufgezeigt wird (siehe unten B.3.3.). Die für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erforderlichen Tatbestandselemente sind daher erfüllt.

B.3.1.3 Abredepartner und Abrededauer

102. Abredepartner sind vorliegend die BMW AG bzw. die Vertriebsgesellschaften der BMW Group (siehe Rz 74) auf der einen Seite und sämtliche Händler im EWR, die mit der BMW AG bzw. einer Vertriebsgesellschaft der BMW Group im nachfolgend zu bestimmenden Zeitraum (Rz 103) einen EWR-Händlervertrag abgeschlossen haben. Nachfolgend wird der Verständlichkeit halber nur noch von der BMW AG auf der einen Seite und den BMW-Vertragshändlern auf der anderen Seite gesprochen.

103. Der EWR-Händlervertrag enthält, zumindest in der Version 2003 und in der Version 2008, die besagte Klausel, wonach es den Händlern im EWR nicht gestattet ist, neue BMW Fahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern (Rz 85).⁵⁴ Gemäss Auskunft der Rechtsvertreter der BMW AG hat diese auch nach Untersuchungseröffnung an der angeblichen „Duldungspraxis“ (vgl. Rz 59 und 145) in Bezug auf Exporte in die Schweiz festgehalten.⁵⁵ Folglich hat die BMW AG an der Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag festgehalten.

104. Es stellt sich hierbei die Frage, ob die von BMW AG kurz vor dem Entscheid der WEKO versandte Mitteilung an die Händler im EWR bewirkt hat, dass die dargelegte Abrede nach erfolgter Kenntnisnahme der Händler beendet wurde. Der Wortlaut dieser Mitteilung war wie folgt:

[...]

105. Inwiefern vorliegend aus obligationenrechtlicher Sicht eine Vertragsanpassung einseitig von BMW AG vorgenommen werden darf, kann offen gelassen werden. Denn die eher kryptisch formulierte Mitteilung an die Händler vermag eine zuvor vereinbarte Gebietschutzabrede nicht ohne Weiteres aufzuheben. Die „Klarstellung“ für sich alleine ohne Einsichtnahme in Ziffer 1.5 der Händlerverträge ist nämlich nicht zu verstehen. Vielmehr hätte klar zum Ausdruck kommen müssen, dass es nunmehr den Händler freigestellt ist, Anfragen aus der Schweiz – seien es Anfragen von Endkunden resp. solche über bevollmächtigte Vermittler oder solche von zugelassenen Händlern – gleich zu behandeln wie Anfragen aus den übrigen EWR-Länder und dass somit solche Verkäufe in die Schweiz zulässig sind.

106. Daher hat die vorliegende Abrede zumindest seit Januar 2003 angedauert.

Keine Eröffnung der Untersuchung gegenüber den Abredepartnern der BMW AG

107. Obwohl es sich um eine Abrede zwischen der BMW AG und ihren Vertragshändlern im EWR handelt, wurde die vorliegende Untersuchung nur gegenüber der BMW AG eröffnet. Ausschlaggebend für den Verzicht auf eine Ausdehnung der Untersuchung gegenüber den Händlern im EWR war, dass die Abrede nicht im Interesse der Händler war, da sich ein Exportverbot für sie keinesfalls umsatzfördernd auswirken, sondern ein solches Verbot sogar eine umsatzhemmende Wirkung entfalten kann (i). Weiter sind allfällige Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Durchsetzung im vorliegenden Fall zu berücksichtigen (ii). Dies entspricht auch der Praxis der Europäischen Kommission (iii). Alle drei Gründe werden nachfolgend erläutert.

i) Interessenasymmetrie

108. Wie weiter unten aufgezeigt werden wird, waren BMW- und MINI-Neufahrzeuge im untersuchten Zeitraum im EWR in der Regel um einiges günstiger erhältlich als in der Schweiz (dazu unten Rz 192 ff.; Anhang II und III). Für Schweizer Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) bestand also durchaus Anreiz, bei BMW- und MINI-Händlern im EWR ein Neufahrzeug zu kaufen, dies umso mehr als der Eurowechselkurs im untersuchten Zeitraum teilweise sehr tief lag (vgl. Anhang I). Dass die Nachfrage von Schweizer Kunden nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen im EWR entsprechend gross war, zeigt sich u.a. an den vielen Anzeigen von Kaufinteressenten, die dem Sekretariat innert kurzer Zeit zuzingen.

⁵³ Act. 2, Hervorhebung durch die WEKO.

⁵⁴ Act. 152 Beilage Rz 1.5. und Act. 43 Beilage 4.

⁵⁵ Act. 145.

109. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Händler im EWR nicht daran interessiert sein sollten, von diesen Absatzmöglichkeiten in der Schweiz Gebrauch zu machen. Ein Händler im EWR hat insofern kein Interesse an einem Exportverbot in die Schweiz, als er dadurch weder seinen Umsatz steigern noch eine höhere Marge erzielen kann. Vielmehr wird ihm dadurch die Möglichkeit genommen, seinen Absatz mit Verkäufen in die Schweiz weiter zu steigern. Darüber hinaus zeitigte die vorliegende Gebietsschutzabrede durch die Verringerung von Wettbewerbsdruck in der Schweiz Auswirkungen auf den Schweizer Markt und nicht auf diejenigen Märkte, auf welchen die Händler im EWR schwerpunktmässig tätig waren (vgl. B.3.3.). Insofern konnten die Händler im EWR, im Gegensatz zu inländischen Händlern, nicht vom geringeren Preisdruck infolge der Gebietsabschottung profitieren. Zudem kann eine Einschränkung des Kundenkreises für Lieferanten im EWR eine Reduktion ihres Absatz- und Gewinnpotenzials bedeuten. Gewinnmaximierende Händler haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften Händler im EWR kein Interesse am vertraglichen Exportverbot gehabt haben.

110. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass einzelne Händler ihren Umsatz und allenfalls auch ihren Gewinn hätten steigern können, wenn sie nicht auf Exportgeschäfte in die Schweiz hätten verzichten müssen. Das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz lag folglich im Interesse der BMW AG und möglicherweise auch im Interesse der Vertriebspartner von BMW Schweiz AG, denn damit konnte verhindert werden, dass günstigere Angebote aus dem EWR Druck auf die Preise für BMW- und MINI-Neufahrzeuge in der Schweiz ausüben, um das vergleichsweise hohe Preisniveau in der Schweiz (siehe dazu unten Rz 192) aufrecht zu erhalten.

111. Aufgrund dieser asymmetrischen Interessenlage würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner der BMW AG im EWR nicht rechtfertigen. Damit erübrigt sich auch eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner im EWR.

ii) Durchsetzungsschwierigkeiten im vorliegenden Fall

112. Gemäss dem Territorialitätsprinzip kann ein Staat Hoheitsakte nur auf seinem eigenen Hoheitsgebiet vornehmen. Grundsätzlich steht dieses Prinzip aufgrund des Auswirkungsprinzips der Anwendung des Schweizer Kartellrechts nicht entgegen. Jedoch kann es bei Auslandsachverhalten zu Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Kartellrechts führen. Dies namentlich dann, wenn die ausländischen Unternehmen, gegen die sich eine Untersuchung richtet, über keine Vertretung (z.B. in Form einer Tochtergesellschaft) in der Schweiz verfügen.⁵⁶

113. Die BMW AG ist mit einer Tochtergesellschaft in der Schweiz vertreten. Hingegen verfügen die BMW-Vertragshändler im EWR in der Regel nicht über eine Vertretung in der Schweiz. Daher wären im vorliegenden Fall sowohl die Ermittlungsmassnahmen als auch die Durchsetzung von Massnahmen gegenüber diesen Vertragshändlern im EWR mit verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten verbunden gewesen. Die Inkaufnahme

derartiger Schwierigkeiten hätte sich aus verfahrensökonomischer Sicht nicht gerechtfertigt. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass die Verhängung von Massnahmen gegen Vertragshändler im EWR aufgrund der dargelegten Interessenlage von vornherein nicht in Frage kam.

iii) Praxis der Europäischen Kommission

114. Es entspricht der Praxis der Europäischen Kommission, bei vertraglich vereinbarten Exportverboten im Automobilssektor nur den Hersteller bzw. Importeur ins Recht zu fassen:

115. In ihrem Entscheid in Sachen Peugeot hatte die Kommission Massnahmen (im Wesentlichen ging es um Boni, die nur für Verkäufe in den Niederlanden ausbezahlt wurden) zu beurteilen, die von der Automobile Peugeot SA ergriffen wurden, um Exportverkäufe zu beschränken.⁵⁷ Sie hielt dabei fest, es würde sich nicht um einseitige Verhaltensweisen handeln, denn sie hätten sich in die vertragliche Beziehung zwischen Peugeot und den offiziellen Vertriebspartnern von Peugeot in den Niederlanden eingefügt.⁵⁸ Die Kommission verwies dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach ein Vertragshändler nur in ein Vertriebsnetz aufgenommen werden kann, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend die Politik des Herstellers und seines Lieferanten akzeptiere.⁵⁹ Im Zusammenhang mit einer möglichen Verhängung einer Geldbusse gegen die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden war die Kommission der Auffassung, dass die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden zwar an den gegen das Wettbewerbsrecht verstossenden Vereinbarungen beteiligt waren, die Initiative dazu allerdings von Automobile Peugeot SA ausging, weshalb gegen die Vertriebspartner keine Geldbussen zu verhängen seien.⁶⁰ Dementsprechend wurde nur der Automobile Peugeot SA bzw. Peugeot Nederland NV eine Geldbusse auferlegt.⁶¹

116. Im Entscheid in Sachen Opel hatte die Kommission Massnahmen von Opel Nederland BV zur Einschränkung von Exporten aus den Niederlanden zu beurteilen.⁶² Sie kam darin zum Schluss, dass eine Geldbusse gegen Opel Nederland BV und deren Muttergesellschaft, die General Motors Nederland BV, angebracht sei. Sie qualifizierte „die niederländischen Opel-Vertragshändler als zusammen mit Opel Nederland BV Beteiligte an Vereinbarungen zur Verhinderung oder Einschränkung von Exporten“ als „Opfer der von ihrem Vertragspartner beschlossenen restriktiven Politik, der sie auf Druck zustimmen mussten“. Nach Ansicht der Kommission hatten die Händler nicht aktiv mitgewirkt, weshalb gegen sie keine Geldbusse verhängt wurde.⁶³

⁵⁶ BSK KG-LEHNE, (Fn 28) Art. 2 N 57, m.V.a. RPW 2000, 196 – Volkswagen-Vertriebssystem.

⁵⁷ KOMM, ABl. 2006 L173/20, Rz 14 ff., SEP und andere/Automobile Peugeot SA; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 Automobile Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission, Slg. 2009 II-2533.

⁵⁸ KOMM, SEP und andere/Automobile Peugeot SA (Fn 57), Rz 89.

⁵⁹ KOMM, SEP und andere/Automobile Peugeot SA (Fn 57), Rz 91.

⁶⁰ KOMM, SEP und andere/Automobile Peugeot SA (Fn 57), Rz 160.

⁶¹ KOMM, SEP und andere/Automobile Peugeot SA (Fn 57), Rz 159.

⁶² KOMM, ABl. 2001 L 59/1, Opel.

⁶³ KOMM, Opel (Fn 62), Rz 174.

117. Bereits in ihrem Entscheid in Sachen *Volkswagen* war die Kommission zum Schluss gekommen, dass es sich bei den von Volkswagen AG, Audi AG und Autogerma SpA (Generalimporteurin von VW und Audi in Italien) ergriffenen Massnahmen zur Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelexporten nicht um einseitige Massnahmen handle, sondern um solche aus den vertraglichen Beziehungen zwischen der Herstellerin bzw. der Generalimporteurin und den Händlern des selektiven Vertriebsnetzes.⁶⁴ Unter dem Titel „Adressat dieser Entscheidung“ führte die Kommission allerdings aus, die Volkswagen AG, als Muttergesellschaft der Audi AG und der Autogerma SpA, sei für die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht allein verantwortlich.⁶⁵ Dementsprechend hat sie nur gegen die Volkswagen AG eine Geldbusse verhängt.⁶⁶

Fazit

118. Vor diesem Hintergrund würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner der BMW AG im EWR nicht rechtfertigen. Daher wurde auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner der BMW AG im EWR verzichtet. Die vorliegende Abrede hat zumindest seit Januar 2003 angedauert.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

119. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

120. Art. 5 Abs. 4 KG wurde anlässlich der KG-Revision 2003 eingeführt, um Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) zu fördern.⁶⁷ Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu fahren.⁶⁸ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden sollte.⁶⁹

121. Vorliegend handelt es sich bei der Exportverbotsklausel (Rz 86) in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG um eine gebietsabschottende Klausel im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, wie nachfolgend anhand der Prüfung der einzelnen Tatbestandselemente aufgezeigt wird.

122. Die WEKO hat in der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, nachfolgend: VertBek)⁷⁰ entsprechende Kriterien zur Beurteilung vertikaler Abreden formuliert, insbesondere hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG), der Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG).⁷¹

123. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Kraftfahrzeugen kommt grundsätzlich die speziellere KFZ-Bekanntmachung (vgl. Fn 8) zur Anwendung, soweit sie sich zu einer bestimmten Frage äussert (Ziff. 9 Abs. 1 VertBek). Allerdings stammt die KFZ-Bekanntmachung aus dem Jahr 2002 und damit noch aus der Zeit bevor Art. 5 Abs. 4 KG am 1. April 2004 in Kraft getreten ist. Deshalb enthält die KFZ-Bekanntmachung keine Auslegungshilfe in Bezug auf den Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG, sondern einzig in Bezug auf erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. z.B. Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung). Aus diesem Grund wurde bei der Überarbeitung der Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung im Jahr 2010 darauf hingewiesen, dass die WEKO seit Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 4 KG gestützt auf Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beizug der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikalbekanntmachung prüft, ob ein absoluter Gebietsschutz vorliegt. Bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes werden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt (Erläuterungen zu Ziff. 11 [Vgl. Fn 10]). Folglich erfolgt die nachfolgende Prüfung gestützt auf die Vertikalbekanntmachung und wird die KFZ-Bekanntmachung erst subsidiär bei der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede (siehe B.3.3.) beigezogen.

B.3.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten

124. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (absoluter Gebietschutz; Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek). Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestandselemente geprüft.

⁶⁴ KOMM, ABI. 1998 L 124/60, Rz 128, VW, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P *Volkswagen AG*, Slg. 2003, I-9189, Rz 52 ff.

⁶⁵ KOMM, VW (Fn 64), Rz 205.

⁶⁶ KOMM, VW (Fn 64), Rz 94.

⁶⁷ Erw.-Gr. IV. zur Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, nachfolgend: VertBek).

⁶⁸ DEISS, AB 2003, 331: „La nouvelle proposition qui est maintenant faite par la majorité de la Commission prévoit une présomption d’illégalité pour les accords verticaux qui, à notre sens, va aussi loin que possible tout en étant soutenable du point de vue de la politique de la concurrence et du point de vue économique. Elle permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne.“; vgl. RPW 2009/2 151 Rz 70 *Sécateurs et cisailles*; Verfügung *Nikon AG* vom 28. November 2011, Rz 185, einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

⁶⁹ BÜHRER, AB 2002 N 1293: „Nicht nur die Europäische Union, sondern auch wir müssen - mit diesem neuen Artikel! - dazu beitragen, dass dort, wo Preis- und Gebietsabsprachen den Wettbewerb behindern, dies in Zukunft als Missbrauchstatbestand erfasst wird.“; vgl. RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*; Verfügung *Nikon AG* vom 28. November 2011, Rz 185 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

⁷⁰ Vgl. Fn 67.

⁷¹ Vorbemerkungen V. VertBek.

B.3.2.1.1 Vertikale Abrede

125. Für die Definition von Wettbewerbsabreden sei nach oben verwiesen (Rz 82 ff.). Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten solche, die von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffen werden und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

126. Die BMW AG verfügt sowohl im EWR als auch in der Schweiz über ein selektives Vertriebssystem (vgl. Rz 134), das zu [...] % auf Vertragshändlern basiert, d.h. auf selbständigen Unternehmern und nicht auf Agenten.⁷² Sie ist in verschiedenen Ländern durch Niederlassungen mit Repräsentationsfunktion (sog. „Flag-Ship-Stores“) vertreten. Diese Niederlassungen werden jeweils von der nationalen Vertriebsgesellschaft gehalten und funktionieren ansonsten wie normale Vertragshändler.⁷³ Die europäischen Händlerverträge werden in einzelnen Staaten direkt durch die BMW AG, in anderen durch die für den Staat verantwortliche Vertriebsgesellschaft der BMW Group mit den Händlern abgeschlossen.⁷⁴

127. Die fragliche Exportverbotsklausel (Rz 85) ist Teil des Vertrages zwischen der BMW AG (siehe oben Rz 74) und den Händlern im EWR, die BMW- und MINI-Neufahrzeuge verkaufen. Es handelt sich damit um Abreden zwischen dem Herstellerunternehmen und den davon unabhängigen Vertriebspartnern. Diese Abreden werden folglich zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (siehe oben Rz 74) verschiedener Marktstufen im Sinne von Ziff. 1 VertBek getroffen.

128. Mit der Exportverbotsklausel (Rz 85) wird geregelt, in welche Länder die Händler BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge (nicht) verkaufen dürfen. Die Vertragsklausel betrifft folglich Geschäftsbedingungen bezüglich des Weiterverkaufs der Vertragsware im Sinne von Ziff. 1 VertBek.

B.3.2.1.2 Gebiet

129. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art von geographischer Aufteilung von Absatzgebieten, die eine Marktabschottung zum Resultat hat, indem anderen oder potenziellen Wettbewerbsteilnehmern der Zutritt auf den fraglichen Markt erschwert oder verunmöglicht wird. Damit soll der freie markeninterne Wettbewerb (sog. Intra-brand-Wettbewerb) grundsätzlich auf allen Gebieten gewährleistet werden. Folglich kann sich Art. 5 Abs. 4 KG sowohl auf den rein inländischen als auch auf den grenzüberschreitenden Vertrieb eines Produkts beziehen.⁷⁵

130. Vorliegend werden im EWR-Händlervertrag der BMW AG die Gebiete ausserhalb des EWR als Absatzgebiete ausgeschlossen (Rz 86). Damit wird den zum selektiven Vertrieb zugelassenen BMW- und MINI-Händlern im EWR der Zutritt auf den schweizerischen Markt verunmöglicht.

B.3.2.1.3 Zuweisung von Gebieten

131. Unter Art. 5 Abs. 4 KG wird sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten erfasst (Ziff.

10 Abs. 2 VertBek). Die Zuweisung muss kausal auf den Lieferanten bzw. Hersteller zurückzuführen sein und darf nicht auf dem freien Entschluss des Wiederverkäufers basieren.⁷⁶

132. Vorliegend schliesst die BMW AG mit der Exportverbotsklausel (Rz 85) Lieferungen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI an sämtliche Abnehmer ausserhalb des EWR aus. Folglich weist die BMW AG ihren Vertriebspartnern im EWR den EWR als mögliches Verkaufsgebiet zu und schliesst sie u.a. vom Verkauf in das Verkaufsgebiet Schweiz, das die BMW AG damit den Vertriebspartnern von BMW Schweiz AG zuweist, aus.

B.3.2.1.4 Vertriebsvertrag

133. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst die Zuweisung von Gebieten in Vertriebsverträgen. Im Bereich des Handels mit Kraftfahrzeugen haben die Kraftfahrzeuglieferanten die Wahl zwischen einem exklusiven oder einem selektiven Vertriebssystem (Ziff. 3 KFZ-Bek).

Selektives Vertriebssystem

134. Die BMW AG hat den Vertrieb selektiv organisiert.⁷⁷ Im selektiven Vertriebssystem verpflichtet sich der Kraftfahrzeuglieferant, die Vertragswaren oder Dienstleistungen nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Händler oder Werkstätten ihrerseits verpflichten sich, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 KFZ-Bek und Ziff. 4 (1) VertBek).

Zulässige Wettbewerbsbeschränkungen im selektiven Vertrieb

135. Im Rahmen eines selektiv organisierten Vertriebs, kann der Kraftfahrzeuglieferant den zugelassenen Händlern vorschreiben, lediglich an andere Händler der entsprechenden Marke (sog. Querlieferungen), an Endverbraucher und an bevollmächtigte Vermittler, welche im Namen eines Endverbrauchers handeln, zu verkaufen (Erläuterungen zu Ziff. 14 KFZ-Bek). Folglich können Parallelimporte von nicht zugelassenen Händlern (sog. Grauimporte) ausgeschlossen werden.

⁷² Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (Art. 418a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] SR 220).

⁷³ Act. 65 Frage 1.

⁷⁴ Act. 43 Rz 6.

⁷⁵ KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 5 N 528.

⁷⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 530 ff.; vgl. Rz 50 Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010, 1 Rz 50 (im Folgenden: Vertikal-Leitlinien).

⁷⁷ Act. 65 Frage 1.

136. Die vorliegende Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) ist Teil eines selektiven Vertriebsvertrags und könnte daher insofern zulässig sein, als damit nur Lieferungen an nicht zugelassene Händler (sog. Graue Exporte) erfasst würden.⁷⁸ Dies entspricht auch Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/iii VertBek, wonach aufgrund des Gegenstandes keine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt bei Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets. Dies ist allerdings nicht der Fall, vielmehr werden auch Querlieferungen an zugelassene Händler ausserhalb des EWR sowie Lieferungen an Endkunden und bevollmächtigte Vermittler ausserhalb des EWR ausgeschlossen. Folglich kann es sich nicht um eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen eines selektiven Vertriebs handeln, sondern möglicherweise um eine unzulässige Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, was nachfolgend zu prüfen ist.

B.3.2.1.5 Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner

137. Art. 5 Abs. 4 KG setzt einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt. Im Falle eines selektiven Vertriebssystems muss es sich folglich um einen zugelassenen Händler handeln.⁷⁹ Gebietsfremd ist der Vertriebspartner, wenn ihm ein Gebiet ausserhalb des fraglichen Marktes zugewiesen wurde.⁸⁰

138. Vorliegend betrifft die Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) Verkäufe durch Vertriebspartner der BMW AG im EWR in Gebiete ausserhalb des EWR – somit auch in die Schweiz – und folglich solche durch gebietsfremde Vertriebspartner im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG.

B.3.2.1.6 Ausschluss von Verkäufen

139. Weitere Voraussetzung ist, dass Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden; Ziff. 10 VertBek). Unter Passivverkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden, Händler oder bevollmächtigter Vermittler) aus einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (vgl. Ziff. 3 VertBek).

140. Mit der vorliegenden Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) wird den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR untersagt, neue BMW- bzw. MINI-Fahrzeuge an Abnehmer in die Schweiz zu liefern. Folglich werden sowohl aktive als auch passive Verkäufe an Abnehmer in der Schweiz ausgeschlossen.

B.3.2.1.7 Fazit

141. Aufgrund der vertraglichen Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) im EWR-Vertriebsvertrag dürfen Vertriebspartner der BMW AG BMW- und MINI-Neufahrzeuge nur im EWR verkaufen. Verkäufe durch Vertriebspartner der BMW AG im EWR an Abnehmer in die Schweiz werden durch diese Abrede ausgeschlossen. Folglich handelt es sich um eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4

KG und greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

B.3.2.1.8 Gegenargumente der BMW AG

142. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 im Wesentlichen folgende Argumente gegen eine gebietsabschottende Wirkung der fraglichen Exportverbotsklausel (Rz 85) vorgebracht.

- i. Die Schweiz sei – zumindest im vorliegenden Fall – von diesem Exportverbot tatsächlich nicht betroffen.
- ii. Weil die Schweiz vollständig von den Mitgliedstaaten des EWR eingeschlossen sei, werde aufgrund dieses geografischen Umstands das Exportverbot nicht umgesetzt.
- iii. Das Exportverbot habe keine Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz. So würden Direktimporte in die Schweiz stattfinden, auch würden sich die ausstattungsbereinigten Preise im EWR und in der Schweiz nicht unterscheiden – gewisse Modelle seien in der Schweiz sogar günstiger.⁸¹

143. Bei Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Abrededepartnern geht die WEKO getreu dem allgemein gültigen Grundsatz, wonach Verträge einzuhalten sind, von deren Umsetzung aus.⁸² Vorliegend legt BMW AG keine Beweismittel vor, aus denen ersichtlich ist, dass die Abrededepartner eine dem klaren Vertragswortlaut der Exportverbotsklausel entgegengesetzte Vereinbarung abgeschlossen hätten und Exporte in die Schweiz zulässig sein sollen. Inwiefern in dieser Konstellation der Untersuchungsgrundsatz die Wettbewerbsbehörden zum Nachweis der Umsetzung einer vertraglich festgehaltenen Abrede überhaupt verpflichtet, kann jedoch offen gelassen werden. Denn wie nachfolgend dargelegt, wurden die Abreden auch tatsächlich umgesetzt.

144. Auf die ersten beiden Argumente (i. und ii.) wird nachfolgend eingegangen. Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei der behaupteten Nichtbetroffenheit (i.) um eine Folge der behaupteten Nichtumsetzung (ii) handelt, weshalb dieses Argument nicht einzeln behandelt wird. Im Übrigen zeigt sich die Nichtbetroffenheit auch in den Auswirkungen des Exportverbots auf den Wettbewerb in der Schweiz (iii.), die unter dem Titel Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (B.3.2.2.) geprüft werden.

⁷⁸ Ziffer 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung *e contrario*, vgl. auch Rz 6.

⁷⁹ BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 543 ff.

⁸⁰ BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 547.

⁸¹ Act. 43 Rz 15.

⁸² Vgl. RPW 2010/1, 71 f. Rz 90 und 104 Rz 313, *Gaba* (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig).

Umsetzung der Exportverbotsklausel in Bezug auf die Schweiz (i. und ii.)

145. Von den Rechtsvertretern der BMW AG wurde vorgebracht, „weil die Schweiz vollständig von Mitgliedstaaten des EWR eingeschlossen sei, werde das Exportverbot aufgrund dieses geografischen Umstands nicht umgesetzt.“⁸³

146. Dass dem nicht so ist, sondern die BMW AG vielmehr offiziell bestätigt hat, dass der Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen aus dem EWR in die Schweiz nicht vorgesehen ist, geht unter anderem aus dem Schreiben der BMW AG vom 12. Oktober 2010 hervor.⁸⁴ Darin wird das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz u.a. damit gerechtfertigt, dass das europäische Wettbewerbsrecht in der Schweiz nicht gelte und mit dieser Regel die Position der Vertriebspartner der BMW AG sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt werde (Rz 99).

147. Das Argument, wonach es in Bezug auf die Schweiz eine durch die BMW AG geduldete Ausnahmep Praxis der Vertriebspartner gegeben habe, wird schon alleine durch die offizielle Kommunikation der BMW AG widerlegt (vgl. Rz 99). Demnach sei das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz darauf zurückzuführen, dass sie bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen unterhalte, das europäische Wettbewerbsrecht in der Schweiz jedoch nicht gelte.⁸⁵

148. Aus kartellrechtlicher Sicht erscheint es höchst problematisch, wenn Exportverbotsklauseln wie die vorliegende (Rz 86) damit gerechtfertigt werden, dass dadurch die Position der Vertriebspartner in den verschiedenen Gebieten gestärkt werde. Dies bedeutet nämlich, dass die Verkaufsgebiete voneinander abgeschottet werden, um den Intrabrand-Wettbewerb zwischen den Vertriebspartnern in den unterschiedlichen Verkaufsgebieten zu beschränken (siehe unten B.3.3.). Auf jeden Fall bedeutet diese Aussage aber, dass das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz tatsächlich umgesetzt wurde.

149. Der Umstand, dass die BMW AG, auch nachdem die BMW (Schweiz) AG ihre Geschäftspartner darüber informieren musste, dass Bezüge aus dem EWR im Rahmen des selektiven Vertriebssystems zulässig sind (Rz 93), keine Anstalten getroffen hat, die Vertriebspartner im EWR darüber zu informieren, dass die Exportverbotsklausel in Bezug auf die Schweiz nicht gelte, spricht gegen das Argument, wonach das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz nicht umgesetzt worden sein soll. Das Sekretariat hat die Vertreter der BMW AG anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 ausdrücklich danach gefragt, ob die BMW AG den Händlern im EWR in irgendeiner Form (mündlich oder schriftlich) mitgeteilt habe, dass die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen im Verkehr mit Schweizer Kunden nicht gelte. [...]:

„[...]“

150. [...] Die alsdann kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermag jedoch die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff.).

151. Die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen zeigen allerdings, dass Vertriebspartner im EWR - die nota bene grundsätzlich ein Interesse daran haben (vgl. Rz 110), in die Schweiz zu liefern – sich an das Exportverbot hielten und passive Kaufanfragen von Abnehmern in der Schweiz abgelehnt hatten. Alleine im Zeitraum zwischen Oktober 2010 und Juni 2011 sind beim Sekretariat 16 Anzeigen von Endkunden eingegangen, die im EWR keinen BMW oder MINI Neuwagen kaufen konnten, wobei in 11 von diesen 16 Anzeigern auf eine entsprechende Weisung der BMW AG hingewiesen wurde (vgl. Anhang XV). Zur Illustration wird nachfolgend eine Auswahl der entsprechenden Anzeigen abgedruckt.⁸⁶

- a. Von: [...]@bmw-[...]de Gesendet: Dienstag, 31. August 2010 12:11 An: [...] Betreff: Angebotsanfrage BMX X3

„[...] vielen Dank für Ihre Anfrage auf einen BMW X3. Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass es uns nicht möglich ist einen Neuwagen in die Schweiz zu liefern, weil dieses durch die BMW AG untersagt ist. Gerne hätte ich Ihnen ein Angebot erstellt, leider ist dieses aber wie beschrieben nicht möglich. [...]“⁸⁷

- b. Von: [...]de Datum: 12.10.2010 15:07 An: [...] Betreff: AW: MINI Cooper S

„[...] wir werden Ihnen keinen Neuwagen in die Schweiz liefern können unser Händlervertrag mit BMW schliesst dies aus. [...]“⁸⁸

- c. Von: [...]@[...]de Gesendet: Dienstag, 18. Januar 2011 16:44 An: [...] Betreff: AW: Preisanfrage BMW X3

„[...] vielen Dank für Ihre Anfrage. Aktuell haben wir das Problem, dass BMW mit aller Macht versucht den Händlern die Lieferung in die Schweiz zu verbieten. Dies auch aktuell noch grösstenteils leider mit Erfolg. Wir haben einen Händler, welcher sich darüber hinweg setzt. Bei diesem Händler sind aber inzwischen alle X3 für dieses Jahr ausverkauft. Wir suchen unter Hochdruck nach einer Alternative. Bei den anderen Händlern haben wir aktuell nur die Möglichkeit das Fahrzeug

⁸³ Act. 43 Rz 15; Act. 65 Frage 2.

⁸⁴ Act. 2.

⁸⁵ Im Übrigen sieht auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401) in Art. 23 Abs. 1 Bst. i vor, dass alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs bezwecken oder bewirken mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens unvereinbar sind, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen.

⁸⁶ Ähnliche Anzeigen finden sich z.B. auch in Act. 58, Act. 133.

⁸⁷ Act. 154.

⁸⁸ Act. 36.

zu bestellen und nach Lieferung weitere 60 Tage auf das BMW Haus zu zulassen und 2.000 KM zu nutzen. Ich weiss, dass einige Gerichtsverhandlungen zu diesem Thema aktuell laufen und hofentlich somit das Verhalten von BMW bald unterbunden wird. Andere Hersteller machen diese Probleme nicht. [...] ⁸⁹

d. „[...] ich möchte gerne in Deutschland einen BMW-Neuwagen kaufen. Alle bisherigen BMW-Händleranfragen hatten das gleiche Ergebnis: BMW verbietet den Händlern eine Lieferung an Kunden aus der Schweiz. ⁹⁰“

e. „Da ich im Sarganserland wohnhaft bin, habe ich ebenfalls versucht, im angrenzenden Vorarlberg (Österreich) sowie in Lindau einen BMW zu kaufen, mit folgenden Antworten:

- Österreich: untersagt, Fahrzeuge in die Schweiz zu liefern
- Lindau: Fahrzeug muss zuerst 6 Monate in Deutschland zugelassen werden ⁹¹“

152. Einige Vertriebspartner der BMW AG haben den abgewiesenen Kaufinteressenten sogar explizit mitgeteilt, dass ihnen bei Verkäufen in die Schweiz Sanktionen durch die BMW AG drohen.

„Ich selber habe mich beim Autohaus [...] (Vorarlberg) am 11. September für den Kauf eines BMW interessiert. Dabei wurde mir klar gesagt, dass man nicht bereit sei, die BMW interne Busse zu bezahlen, falls man mir ein Auto verkaufen würde, welches eine Erstzulassung in der Schweiz hätte (Occasion wäre kein Problem). Deshalb sei ein Verkauf an mich ausgeschlossen. ⁹²“

153. Aus der nachfolgenden Anzeige einer Kaufinteressentin geht hervor, dass die BMW AG auch Verkäufe durch Vermittler nicht zulies, die von Schweizer Kunden bevollmächtigt wurden.

„Ich habe via [...] einen BMW 330 Touring bestellt (konfiguriertes Neufahrzeug). Der Agent hat dieses Fahrzeug in meinem Auftrag bei einem autorisierten Vertragshändler von BMW ([...]Bötzingen) bestellt. Vom Vertragshändler erhielt ich den Kaufvertrag (Lieferfrist: Dezember) mit der Bestellnummer [...]. Ich habe unverzüglich eine Anzahlung von EUR 15000.- geleistet (Gesamtkaufpreis: EUR 54463;-) und alle Vertragsdokumente unterzeichnet. Am 26.10. wurde ich von meinem Agenten telefonisch unterrichtet, dass dem BMW-Vertragshändler [...] seitens der Zentrale untersagt wurde dieses Fahrzeug (trotz Vertrag und Anzahlung) in die Schweiz auszuliefern. ⁹³“

154. Auch die Grosshändlerin [...] bestätigt, dass BMW-Händler in Deutschland nicht bereit waren, in die Schweiz zu liefern, weil BMW Exporte in die Schweiz untersage:

„Nous avons essayé durant les années concernées d'acheter des BMW en Allemagne afin de les importer en Suisse. Nous avons abandonné l'idée étant incapable de trouver des concessionnaires BMW allemands disposés à nous livrer sous le régime du mandat des véhicules neufs de la marque BMW. Les

refus étaient toujours verbaux et nous n'avons jamais reçu un refus direct par écrit de la part d'un concessionnaire BMW. Les concessionnaires nous expliquant que le fabricant leur interdisait la vente sous mandat à l'export vers la Suisse. ⁹⁴“

155. Das folgende E-Mail zeigt, dass Fahrzeugvermittler die Exportverbotsklausel grundsätzlich einhielten, möglicherweise aber zu Umgehungsgeschäften bereit waren:

Von: Fahrzeugvermittler[...]de Gesendet: Mittwoch, 29. September 2010 08:13 An: [...] Betreff: BMW

„[...] vielen Dank für Ihr Interesse an einem BMW 535dT als deutsches Bestell-Neufahrzeug (kein EU- oder Re-Import) direkt vom BMW/MINI-Vertragshändler. Das Auto muss aber auf eine deutsche Anschrift bestellt und zunächst auch zugelassen werden. [...] ⁹⁵“

156. Die nachfolgende Anzeige zeigt, dass offizielle BMW-Vertriebspartner im EWR Kaufinteressenten aus der Schweiz angeboten haben, das Neufahrzeug zunächst während einem Monat in Deutschland einzulösen (sog. „31 Tage Regelung“) um es anschliessend als „Occasion“ in die Schweiz zu verkaufen und damit das Exportverbot für Neuwagen zu umgehen. Einem anderen Kaufinteressenten hat ein Vertriebspartner von BMW AG in Deutschland mitgeteilt, das Neufahrzeug müsse zunächst während sechs Monaten in Deutschland zugelassen werden, bevor es in die Schweiz importiert werden könne. ⁹⁶ Hätte in Bezug auf die Schweiz, wie von der BMW AG behauptet eine Ausnahmepaxis zum Exportverbot gegolten, die von der BMW AG geduldet wurde, wären derartige Umgehungsgeschäfte nicht notwendig gewesen.

„Als Beilage erhalten Sie Mailausschnitte, [...] Die Mails zeigen in etwa Folgendes auf:

- es ging um einen Mini Kauf Deutschland-Schweiz bei einer BMW Garage.
- es wird von der "31 Tage Regelung für die Schweiz" gesprochen. Das Fahrzeug wird gemäss mündlicher Aussage für diese Zeit in Deutschland eingelöst, um die Konzernregelung bezüglich Verkaufsverbot von Neufahrzeugen in die Schweiz zu umgehen.
- Die Garantie nur 23 Monate ist [...] (normale Garantie europaweit 24 Monate). ⁹⁷“

⁸⁹ Act. 62.

⁹⁰ Act. 11.

⁹¹ Act. 4.

⁹² Act. 5.

⁹³ Act. 18.

⁹⁴ Act. 83.

⁹⁵ Act. 27.

⁹⁶ Act. 4.

⁹⁷ Act. 7.

157. Aus dem folgenden E-Mail-Verkehr eines Kaufinteressenten mit BMW Park Lane, London, geht klar hervor, dass sich auch Vertriebspartner der BMW AG in Grossbritannien an die Exportverbotsklausel hielten und Kaufinteressenten aus der Schweiz an die lokalen Vertriebshändler der BMW AG verwiesen. Ähnliche Erfahrungen in Bezug auf Importe aus England wurden auch von anderen Kaufinteressenten berichtet.⁹⁸

From: [...], Sent: 13 October 2010 10:15, To: [...], Subject: Mini JCW Convertible for export to Switzerland

"[...] I am interested in buying a left-hand drive Mini JCW Convertible from your outfit and import it to Switzerland. Would you please be able to give me some advice on how I can go about this and some information on time of delivery [...]"

AW: "[...] Thank you for your enquiry. As you reside outside of the EU we are unable to help. Please deal with your local agent. [...]"

158. Darüber hinaus legt der E-Mail-Verkehr mit dem englischen Vertriebspartner der BMW AG nahe, dass in der Vergangenheit entgegen dem Exportverbot Verkäufe in die Schweiz stattgefunden haben, dies aber von der BMW AG nicht länger geduldet wird:

AW/AW: "[...] I was referred to you by a friend who imported a car from the UK to Switzerland and the issue of EU membership did not seem to be relevant. [...] Would it maybe help if my wife who is English would order the car? [...]"

AW/AW/AW: "[...] Yes quite possibly by mistake we did export some cars to Switzerland. I'm afraid that we can no longer do it. I'm afraid having an English wife won't help either. [...]"

159. Auf Nachfrage des Kaufinteressenten hin, weshalb es dieses Exportverbot für die Schweiz gebe, antwortete der englische Vertriebspartner mit der offiziellen Kommunikation der BMW-Group (vgl. Rz 145), wonach dies auf die mangelnde EU-Mitgliedschaft der Schweiz zurückzuführen sei:

AW/AW/AW/AW: "[...] I would very much appreciate if you could find out for me why exports to Switzerland are treated differently than let's say to Hong Kong. [...]"

AW/AW/AW/AW/AW: "[...] Yes it is simply internal policy. As Switzerland does not sit within the defined EU trading partners and has not signed up to the European community on many things it is not considered a member of the EU. As such it does not benefit from the 'free trade' agreements within the rest of the EU. [...]"

AW/AW/AW/AW/AW/AW: "[...] EU membership is irrelevant if it comes to the Personal Export Scheme. [...] Other dealers I have contacted (Audi and Jag for instance) do not have this issue. It's a shame that BMW has an internal policy that is discriminatory. I currently own two vehicles (X3, Mini) purchased from a local dealer. I will not buy locally again so I have to choice to import or change make. As I have grown fond of the cars I am driving and I am looking into up-

grading both over the next 18 months it would be shame to buy an Audi instead. England needs to export in order repair the government budget so even from a macroeconomic perspective it does not make sense to exclude a market with willing buyers. I am aware that it is not your decision and I would still be very interested in purchasing a car from you so I would appreciate very much if you could verify the meaning and purpose of this policy again. It seems to go against EU principles (Switzerland has over 100 bilateral contracts with the EU in place) and against what the British government would endorse (this policy basically constitutes a trade barrier and prevents the export the country so urgently needs). I would very much appreciate if you could send me the policy so that I could get a better understanding of what prevents us from coming to an agreement. [...]"

160. Auf erneutes Nachfragen des Kaufinteressenten hin, liess ihm der englische Vertriebspartner die offizielle Kommunikation der BMW AG in Englisch zukommen:

AW/AW/AW/AW/AW/AW/AW: "[...] Please find what the current official line is with regards Swiss nationals trying to order cars in the EU.

In accordance with European Competition Laws, authorized BMW and MINI dealers are entitled to sell and distribute new BMW and MINI vehicles within the European Economic Area (EEA). Customers with a residence within the EEA benefit from competition in the EEA and can purchase new BMW and MINI vehicles from a dealer of their choice within the EEA.

As Switzerland is not a member of the EEA and only maintains free trade agreements with member states of the EEA, European competition law does not apply.

Based on the aforementioned grounds, the agreements between BMW and their European distribution partners do not entitle the dealers to sell new BMW and MINI cars to customers with a residence outside the EEA. With such regulation, BMW strengthens the position of their distribution partners in and outside the EEA.

BMW Group operates a well-structured dealer network of 87 dealers in Switzerland in order to fully satisfy the Swiss customers' expectations.⁹⁹ⁿ

161. Dies zeigt, dass die Vertriebspartner der BMW AG nicht von einer Ausnahmepraxis in Bezug auf die Schweiz ausgehen konnten, zumal diese Kommunikation der BMW AG an ihre Vertriebshändler explizit das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz begründet.

⁹⁸ Act. 28.

⁹⁹ Act. 9.

162. Wie dargelegt, hat die Exportverbotsklausel nicht nur den Ausschluss von Direktimporten in die Schweiz zum Gegenstand (vgl. Rz 141). Der Vertragswortlaut differenziert mit anderen Worten nicht zwischen Direktimporten und Parallelimporten. BMW AG kann indes keine Angaben darüber machen, ob ein Parallelhandel innerhalb der autorisierten Organisation, d.h. zwischen den zugelassenen Händler in der Schweiz und im EWR, überhaupt stattgefunden hat.¹⁰⁰

163. [...] Somit verfügt BMW (Schweiz) AG über die Daten effektiv verkaufter Neufahrzeuge sämtlicher BMW- und MINI-Händler in der Schweiz. Mittels Abgleich der an den entsprechenden Händler gelieferten Neuwagen wäre es BMW (Schweiz) AG inoffiziell ohne weiteres möglich gewesen, einen Parallelhandel innerhalb der autorisierten Händlerorganisation aufzudecken. Vor diesem Hintergrund spricht der Umstand, wonach BMW AG selber keinen solchen Parallelhandel feststellen konnte, eher gegen das Vorhandensein von einem regen Parallelhandel der Händler. Diese Schlussfolgerung belegen auch die Statistiken zu den Direkt- und Parallelimporten (vgl. Anhang XVI).

164. Von den Rechtsvertretern der BMW AG wurde weiter vorgebracht, das Exportverbot habe keine Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz gehabt. Direktimporte in die Schweiz hätten auch so stattgefunden und die ausstattungsbereinigten Preise im EWR und in der Schweiz würden sich nicht unterscheiden, gewisse Modelle seien in der Schweiz sogar günstiger.¹⁰¹

165. Das EuG hat in seiner Entscheidung in Sachen Peugeot/Kommission bestätigt, dass es sich auch dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen einem Fahrzeughersteller und seinen Händlern handeln kann, wenn einzelne Händler schliesslich dennoch versuchen würden, Fahrzeuge zu exportieren. Es hielt zudem fest, obwohl die Kommission keine wettbewerbs-schädlichen Auswirkungen auf den Markt habe nachweisen müssen, habe sie im vorliegenden Fall gezeigt, dass sich die Exportbehinderung von Peugeot ausgewirkt habe.¹⁰²

166. Dass sich die vorliegende Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag – trotz vereinzelter Direktimporte¹⁰³ – auf den Wettbewerb in der Schweiz ausgewirkt hat, wird nachfolgend im Rahmen der Analyse der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots auf die relevanten Märkte im Einzelnen aufgezeigt.

Fazit

167. Zahlreiche Belege wie (i) das Schreiben vom 12. Oktober 2010 (vgl. Rz 146), (ii) die fehlende resp. ungenügende Bereitschaft der BMW AG eine Mitteilung an die EWR-Händler zu senden (vgl. Rz 104 f. und Rz 149 ff.), (iii) die Vielzahl eingegangener Anzeigen von Endkunden innerhalb kurzer Zeit (vgl. Rz 151 ff.), (iv) die Aussage der [Grosshändlerin] (vgl. Rz 154) sowie (v) der Umgehungshandel mittels junger Gebrauchtfahrzeuge (vgl. nachstehend Rz 232) beweisen, dass die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht hat, Vertriebspartner der BMW AG davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen. Damit wurden nicht nur Direkt-

sondern auch Parallelimporte vertraglich ausgeschlossen.

B.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

168. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbeurteilung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (vgl. Ziff. 11 VertBek).

169. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Abnehmer in der Schweiz Direktimporte von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Händler hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2. ff.).

170. Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern bzw. Importeuren von Neufahrzeugen (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.).

171. Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.¹⁰⁴

172. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.2.1 Relevante Märkte

B.3.2.2.1.1 Sachlich relevante Märkte

Vorbemerkungen

173. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁰⁵, analog).

174. Marktgegenseite der BMW AG auf der Absatzseite sind die Vertriebspartner bzw. unabhängigen Importeure und zu einem kleinen Anteil Direktkunden. Da die Nachfrage von den Vertriebspartnern bzw. unabhängigen Importeuren nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen wiederum vom Nachfrageverhalten der Endkunden geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Endkunden Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktdefinition.

¹⁰⁰ Act. 185, 18 f.

¹⁰¹ Act. 43 Rz 15.

¹⁰² Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05, *Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009 II-2533 Rz 257-259.

¹⁰³ Vgl. z.B. Direktimportstatistik in Act. 43 Beilage 6, Act. 138 Beilage 5.

¹⁰⁴ Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171, *Gaba (Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig)*.

¹⁰⁵ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

Kein Gesamtmarkt für Personenwagen

175. Nach Ansicht der WEKO kann nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden, sondern ist dieser Markt weiter zu segmentieren. Dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitutionsgüter betrachtet werden können. So deckt z.B. ein Kleinwagen aufgrund seiner Eigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der Ober- oder Luxusklasse.

Relevante Produktmärkte

176. In der Branche wird denn auch eine Marktsegmentierung vorgenommen. Gemäss „Auto-Schweiz“ können die Personenwagen in folgende Segmente aufgeteilt werden: „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.¹⁰⁶ Die Definitionen würden auf den Fahrzeugabmessungen basieren, wobei die Länge, die Breite und die Motorisierung (Hubraum und Leistung) eine Rolle spielen würden. Zusätzlichen Einfluss auf die Zuweisung zu den einzelnen Produktmärkte habe der Verkaufspreis.¹⁰⁷ Diese Segmentierung wird von „Auto-Schweiz“ publiziert¹⁰⁸ und ist von der Automobilbranche grundsätzlich anerkannt.¹⁰⁹

177. Die Modelle der Marke BMW können folgenden sachlich relevanten Produktmärkten zugeordnet werden: „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“, „Luxusklasse“. Hingegen sind sämtliche Modelle der Marke MINI dem relevanten Produktmarkt Kleinwagen zuzuordnen.¹¹⁰

178. BMW Schweiz AG hat in einem Zivilverfahren¹¹¹ zumindest implizit anerkannt, dass die Fahrzeuge aufgrund ihrer Eigenschaften in Segmente aufzuteilen sind: In diesem Verfahren gegen die Speedy Garage SA machte die BMW (Schweiz) AG geltend, der relevante Markt beschränke sich nicht auf die Marke BMW, sondern umfasse auch die Sport- und Luxusfahrzeuge, das sog. «segment plus», in welchem die Konkurrenten Audi und Mercedes vertreten seien. In diesem Segment verfüge BMW über einen Marktanteil von rund [...]%.¹¹² Ferner bezeichnete BMW AG die oben genannten Produktmärkte in der Stellungnahme vom 13. Januar 2012 ausdrücklich als relevante Märkte.¹¹³

Praxis der Europäischen Kommission

179. Auch in der Praxis der Europäischen Kommission wird eine weitere Unterteilung vorgenommen. In ihrem Bericht über die Fahrzeugpreise, den sie jährlich publiziert, unterscheidet sie nach folgenden Produktmärkten: A „Kleinwagen“, B „Kleinwagen“, C „Mittelklasse“, D „Obere Mittelklasse“, E „Oberklasse“, F „Luxusklasse“, G „Mehrzweck/Sportwagen“.¹¹⁴ In verschiedenen Entscheidungen betreffend den Vertrieb von Automobilen, namentlich in solchen betreffend die Behinderung von Exporten, hat die Kommission sich bei der Abgrenzung des relevanten Markts an dieser Segmentierung orientiert.¹¹⁵ Im Entscheid *Mercedes Benz*, indem es um die Behinderung von Exporten ging, hat die Kommission folgendermassen argumentiert:

„Als weitester sachlich relevanter Markt könnte der Markt für sämtliche Personenkraftfahrzeuge zugrun-

de gelegt werden. Der relevante Markt würde hierbei von den Kleinwagen über die Luxusklasse bis zu den Sportwagen reichen. Dem kann nicht gefolgt werden. Es liegt auf der Hand, dass aus Nachfragersicht beispielsweise Kleinwagen mit Fahrzeugen der Mittelklasse oder der Luxusklasse nicht gegeneinander austauschbar sind: Aus der Sicht der Nachfrager (Privatkundschaft, kommerzielle Personennutzende) sind die den verschiedenen Segmenten zugeordneten Fahrzeuge nicht gegeneinander austauschbar, wenn auf die für die Wahl eines bestimmten Fahrzeugs massgeblichen Eigenschaften abgestellt wird. Die charakteristischen Eigenschaften eines Kleinwagens sind seine geringe äussere Abmessung, sein kleiner Motor, sein relativ niedriger Anschaffungspreis, sein geringer Prestigewert und die Tatsache, dass viele dieser Fahrzeuge als Zweitwagen oder für den Kurzstreckenverkehr angeschafft werden. Kleinwagen sind demgegenüber grösser, ihre Motorisierung ist stärker und ihr Anschaffungspreis sowie Fahrkomfort ist höher. Für die nächsthöheren Klassen gilt dies jeweils entsprechend. So werden etwa Fahrzeuge der Ober- oder Luxusklasse überwiegend von Fahrern erworben, die Vielfahrer sind und lange Strecken auf bequeme Art zurücklegen wollen. Preis, Prestigewert und Komfort dieser Fahrzeuge sind durchwegs höher als bei den Fahrzeugen der darunterliegenden Klassen. Sportwagen, gleich ob Coupé oder Cabriolet, unterscheiden sich von den Personenwagen in erster Linie durch das sportliche Design ihrer Karosserie sowie durch die Tatsache, dass sie nur zwei Türen haben. Aus der Sicht der Nachfrager ist daher der gesamte Personennutzendemarkt nicht der sachlich relevante Markt.“¹¹⁶

¹⁰⁶ Act. 76.

¹⁰⁷ Act. 76.

¹⁰⁸ Abrufbar unter www.auto-schweiz.ch/Personenwagen_nach_Segmenten.html (14.09.2011).

¹⁰⁹ Von den durch das Sekretariat befragten Fahrzeugherstellern und -importeuren hat einzig Fiat einen Vorbehalt in Bezug auf die Marktabgrenzung angebracht und Folgendes geltend gemacht: „Die untenstehende Zuteilung zu Segmenten erfolgt unpräjudiziell der Marktabgrenzung. Die Grösse eines Autos ist nur eine von mehreren Eigenschaften, die für den Verbraucher eine Rolle spielen. Auch die Europäische Kommission hat offengelassen, ob ein einziger Markt für Personenwagen bestehe oder die untenstehenden Segmente massgebend seien.“ (Act. 129).

¹¹⁰ Act. 126.

¹¹¹ RPW 2008/3, 519, *Speedy Garage SA / BMW (Suisse) SA*.

¹¹² RPW 2008/3, 533, *Speedy Garage SA / BMW (Suisse) SA*.

¹¹³ Act. 164 Rz 122 ff.

¹¹⁴ Autopreise in der europäischen Union, 5, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf, (16.09.2011).

¹¹⁵ KOMM, *Opel* (Fn 62), Rz 10; KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 143 ff., *Mercedes-Benz*; KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 11 ff.

¹¹⁶ KOMM, *Mercedes-Benz*, (Fn 115), Rz 144.

180. Die Kommission traf im besagten Verfahren gegen *Mercedes Benz* allerdings keine abschliessende Entscheidung darüber, welche exakte Segmentierung der sachlichen Marktabgrenzung zugrunde zu legen ist. Sie hat dies unter anderem damit begründet, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bei einem Abstellen auf die Marktstellung von Mercedes-Benz in den einzelnen Produktmärkten spürbar war, sondern auch dann, wenn berücksichtigt wurde, dass es zwischen jedem relevanten Produktmarkt und einem oder beiden Nachbarmärkten Wettbewerbsbeziehungen gibt oder die relevanten Produktmärkte sogar mit den beiden Nachbarmärkten zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst würden.¹¹⁷

181. Im Zusammenschlussvorhaben *Porsche/Volkswagen* hielt die Kommission fest, dass die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Unterteilung (Minis, Kleinwagen, Kompaktwagen und Wagen der unteren Mittelklasse, Mittelklassewagen, Wagen der oberen Mittelklasse, Luxuswagen sowie Sportwagen/Sportcoupés/Cabriolets, Mehrzweckfahrzeuge und sportliche Geländewagen einschliesslich SUVs und Geländewagen) gemäss der getätigten Marktuntersuchung bis auf wenige Ausnahme zutreffend sei.¹¹⁸ Die genaue Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte wurde jedoch offengelassen, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer anderen in Betracht kommenden Marktabgrenzung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegeben hätte.¹¹⁹

182. Die Generaldirektion Wettbewerb hat betreffend die Definition des relevanten Markts im Bereich des Vertriebs von neuen Kraftfahrzeugen eine Studie in Auftrag gegeben.¹²⁰ Im Bericht zu dieser Studie wurde Folgendes festgehalten:

“The study therefore concludes that, in each geographic market analysed, i.e. a Member State, five distinct product markets are to be distinguished: sub-compact (corresponding to Commission segments A and B), compact (segment C), intermediate (segment D), standard/luxury (corresponding to Commission segments E and F), sports (part of the Commission segment G). Each of these product markets in each of the Member States analysed thus constitute relevant markets. The general message, however, is that a meaningful competitive assessment of the passenger car sector cannot rely on the assumption that there is a sole relevant market in which all cars compete throughout the EU on equal basis. The level of competition on car retailing has to be assessed at a lower and more detailed level of aggregation.”¹²¹

183. Auch die Lehre orientiert sich an einer weiteren Unterteilung und schlägt eine Aufteilung bis hin zu neun Kategorien vor, wobei zu den sechs obgenannten Märkten noch die sachlich relevanten Märkte für Sportwagen, Mehrzweckfahrzeuge und Geländewagen abgegrenzt werden könnten.¹²² Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die relevanten Produktmärkte für Neufahrzeuge noch enger abzugrenzen sind. Vorliegend kann eine solche weitere Unterteilung jedoch offen gelassen werden, da dies für das Ergebnis der Untersuchung nicht von Relevanz wäre.

Fazit

184. Gestützt auf die genannten Gründe und in Übereinstimmung mit der europäischen Praxis ist der Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren. Zu diesem Zweck orientiert sich die vorliegende Untersuchung an den von „Auto-Schweiz“ verwendeten sachlich relevanten Produktmärkten „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Dabei wird allerdings berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Produktmärkten durchlässig sind.

185. Gegenstand der nachfolgenden Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den verschiedenen Fahrzeugherstellern bzw. –importeuren bilden nur die sachlich relevanten Produktmärkte, in denen die BMW Group tätig ist. Dazu gehört der Produktmarkt „Kleinwagen“, in dem die BMW Group mit MINI vertreten ist und die Produktmärkte „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ in denen die BMW Group mit BMW vertreten ist.

B.3.2.2.1.2 Räumlich relevante Märkte

186. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, analog).

Praxis der Europäischen Kommission

187. Die Kommission konnte die Frage der räumlichen Marktabgrenzung in verschiedenen Entscheidungen betreffend die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Automobilsektor offen lassen. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz muss die Kommission in Fällen, in welchen sie hinreichend nachgewiesen hat, dass die Klägerin eine Zuwiderhandlung begangen hat, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckte und ihrem Wesen nach geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, den räumlich relevanten Markt nämlich nicht abgrenzen.¹²³ Dennoch hat die Kommission i.S. *Peugeot* festgehalten, einige Elemente wie die wirtschaftlichen Bedingungen, die Vorschriften und die Präferenzen der Verbraucher liessen darauf schliessen, dass jeder Mitgliedstaat ein eigenständiger Markt sei.¹²⁴

¹¹⁷ KOMM, Mercedes-Benz, (Fn 115), Rz 149.

¹¹⁸ KOMM, ABI. 2008 C 222/2, Rz 18-24, *Porsche/Volkswagen*.

¹¹⁹ KOMM - *Porsche/Volkswagen* (Fn 118), Rz 25.

¹²⁰ FRANK VERBOVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17 September 2002, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/study01.pdf (16.09.2011).

¹²¹ VERBOVEN (Fn 120), 6.

¹²² Vgl. dazu AXEL WALZ, Das Kartellrecht des Automobilvertriebs, 2005, 186 ff.: „Im Rahmen des Neufahrzeugsbereichs gelten Fahrzeuge nach ständiger Kommissionspraxis nicht als beliebig untereinander austauschbar. Eine Differenzierung erfolgt insbesondere nach den Kriterien Fahrzeuglänge, Anschaffungspreis, Motorleistung, Bauart der Karosserie und Markenimage“; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2009, Rz 6 zu Art. 3 VO 1400/2002; siehe auch MICHAEL SCHLÜEPPE, Der Automobilvertrieb im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, 2011, 27.

¹²³ Vgl. z.B. KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57) Rz 12.

¹²⁴ Vgl. z.B. KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57).

188. Auch die bereits erwähnte Studie zur Definition des relevanten Markts im Personenwagensektor (Rz 182) kommt zum Resultat, dass die Märkte national abzugrenzen sind.¹²⁵ Gemäss dieser Studie sind hohe internationale Preisunterschiede und eine geringe Anzahl Parallelimporte¹²⁶ ein Zeichen für ein grosses, nicht ausgeschöpftes Arbitragepotenzial und daher für mutmassliche Hindernisse im zwischenstaatlichen Handel. Als mögliche Hindernisse kämen in Frage: Verschiedene nationale Typengenehmigungen, die nationale Registrierung, Kosten für Transport und Administration sowie selektive und exklusive Vertriebssysteme. Die Studie beschränkt sich darauf, selektive und exklusive Vertriebssysteme genauer zu analysieren und kommt zum Schluss, dass diese die Ausschöpfung des Arbitragepotenzials durch Händler, Vermittler und Endkunden beschränken würden. Dies weil die Hersteller den Händlern – durch die Festlegung von Verkaufszielen und die Einschränkung der Lieferungen sobald diese erreicht sind – Anreize setzen könnten, nur an lokale Kunden zu verkaufen, denen sie dann auch Aftersaleservices anbieten können. Daher wären ausländische Endkunden oftmals mit längeren Lieferfristen konfrontiert.¹²⁷ Zusammenfassend wird in der Studie festgehalten, die Wettbewerbsbedingungen würden sich zwischen den Mitgliedsstaaten stark unterscheiden. Internationale Preisdifferenzen und Handelshindernisse sprächen dafür von nationalen Märkten zum Vertrieb von Personenwagen an Endkunden auszugehen.¹²⁸

Folge für die Schweiz

189. Wenn schon innerhalb des europäischen Binnenmarktes Anzeichen dafür bestehen, die einzelnen Mitgliedstaaten der EU als eigene räumliche Märkte für den Vertrieb von Neufahrzeugen abzugrenzen, muss dies für den schweizerischen Markt erst recht gelten.¹²⁹ Für eine solche Abgrenzung spricht auch die Tatsache, dass die verschiedenen Automobilhersteller jeweils über eine nationale Vertretung verfügen und es unterschiedliche nationale Grundausstattungen gibt (siehe unten Rz 194).

Fazit

190. Gestützt auf die genannten Gründe wird für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse bei der Beurteilung des Vertriebs von Personenwagen in räumlicher Hinsicht von einem schweizerischen Markt ausgegangen.

B.3.2.2.2 Intra-brand-Wettbewerb

191. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in den verschiedenen sachlich relevanten Märkten wird geprüft, ob Direktimporte von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in jedem Markt in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war (B.3.2.2.1) und ob Direktimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.2.2.2). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Neufahrzeugen unabhängig von allfälligen Direktimporten ein funktionierender Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich anderer Wettbewerbsparameter, welcher jedoch potenziell durch das bestehende selekti-

ve Vertriebssystem eingeschränkt werden kann. Diesen Fragen wird in den Abschnitten B.3.2.2.3 und B.3.2.2.4 nachgegangen. Wie bereits erwähnt (Rz 174), wird die Nachfrage von den Vertriebspartnern der BMW AG bzw. den unabhängigen Importeuren nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen vom Nachfrageverhalten der Endkunden abgeleitet (abgeleitete Endnachfrage) daher fokussiert die nachfolgende Analyse auf die Endkunden.

B.3.2.2.1 Arbitragemöglichkeit

192. Wenn Arbitragemöglichkeiten bestehen, welche Schweizer Endkonsumenten ausnützen möchten, dies infolge des Exportverbots jedoch nicht können, wirkt sich das Exportverbot negativ auf die Direktimportmöglichkeiten aus. Deshalb stellt sich zunächst die Frage, ob für Schweizer Endkunden Anreize bestehen, aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland BMW- und MINI-Neufahrzeuge (parallel oder direkt) zu importieren.

Praxis der Europäischen Kommission: Preisunterschiede von mehr als 12 % stellen einen ausreichenden Anreiz für Direktimporte dar

193. Gemäss Praxis der Europäischen Kommission ist der Parallelhandel mit Fahrzeugen im Lichte der unterschiedlichen Preise in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu sehen. Für die Preisvergleiche stützt sich die Kommission auf die von den Automobilherstellern empfohlenen Listenpreise vor Steuern.¹³⁰ In Sachen Opel hat die Kommission festgehalten, dass Preisunterschiede von mehr als 12 % in den Augen vieler Käufer einen ausreichenden finanziellen Anreiz darstellen, ein Auto in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben.¹³¹ Obwohl die Kommission nach ständiger Rechtsprechung die konkreten Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede nicht in Betracht ziehen muss, wenn feststeht, dass damit eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts bezweckt wurde, werden

¹²⁵ VERBOVEN (Fn 120), 11 ff.

¹²⁶ Die vorliegend interessierenden Direktimporte bilden eine Teilmenge der von der EU-Kommission als Parallelimporte bezeichneten grenzüberschreitenden Verkäufe (vgl. Fn 11).

¹²⁷ VERBOVEN (Fn 120), 12 ff.

¹²⁸ VERBOVEN (Fn 120), 5.

¹²⁹ Selbst wenn der räumlich relevante Markt grösser als die Schweiz abgegrenzt würde, so würde dies nicht bedeuten, dass Auswirkungen im gesamten oder zumindest in einem grossen Teil des räumlich relevanten Marktes nachgewiesen werden müssen. Eine solche Betrachtungsweise macht insbesondere im Zusammenhang mit Gebietsab-sprachen und Parallelimportverboten Sinn, da der Zweck solcher Absprachen eben gerade darin besteht, einen potenziell grossen räumlichen Markt für die Marktgegenseite einzuengen und zu verkleinern. Ist die Abrede erfolgreich, so ist die Marktgegenseite gerade nicht mehr in der Lage, ihre Waren oder Dienstleistungen im gesamten räumlichen Markt zu beziehen. Die Auswirkungen ergeben sich daher spezifisch im „abgeschotteten“ Teil des Marktes, in welchem sich die von der Abrede betroffene Marktgegenseite befindet. Vor diesem Hintergrund sowie unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 KG folgt, dass „Auswirkungen im relevanten Markt“ auch dann als gegeben anzunehmen wären, wenn nur ein Teil des räumlich relevanten Marktes – vorliegend die Schweiz – von Auswirkungen betroffen wäre.

¹³⁰ KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 18.

¹³¹ KOMM, Opel (Fn 62), Rz 141; vgl. auch KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 18; KOMM, VW (Fn 64), Rz 15.

die Auswirkungen von Exportbeschränkungen im Automobilbereich jeweils durch das Vorhandensein erheblicher Preisunterschiede und damit durch potenzielle Parallelhandelsgeschäfte, die durch die Exportbeschränkung verunmöglicht werden, untermauert.¹³² Die Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es im Allgemeinen sehr schwierig sei, die Wirkungen exportbeschränkender Massnahmen genau zu erfassen, so wie es geradezu unmöglich sei, die Zahl der Exporte zu bestimmen, die durch diese Massnahmen tatsächlich verhindert wurden.¹³³

194. In der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 bringt BMW AG vor, ausstattungs- und steuerbereinigt gebe es keine nennenswerten Preisunterschiede von BMW- und MINI-Fahrzeugen auf Stufe Endkunden zum Nachteil der Schweiz. Die BMW AG sei in Europa bekannt dafür, dass sie die Preise stark harmonisiere.¹³⁴ Ein vollständig bereinigter Netto-Preisvergleich erfolge unter Bereinigung folgender Faktoren:

- Unterschiede in den nationalen Grundausstattungen zwischen Ländern (sog. 100 % Sonderausstattungssteuerung oder „HSA“);
- Steuern (nationale Steuern = MwSt., Importsteuer);
- weitere Gebühren und Kosten;
- nationale Zusatzausstattung (z.B. für Schweiz: BMW Service Plus Paket BSP);
- einheitliche Bewertung in EUR (gegenwärtiger durchschnittlicher Wechselkurs EUR 1: CHF 1.42).

195. Die Tabellen in Anhang II und III illustrieren die Preisunterschiede für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI zwischen der Schweiz und Deutschland. Der Preisvergleich basiert auf den offiziellen Preislisten 2011 für Endkunden in der Schweiz und in Deutschland. Zum Preisvergleich gilt es, Folgendes zu berücksichtigen:

- Der Preisvergleich basiert auf den aktuellen Listenpreisen 2011, weil sich für den Zeitraum seit der Untersuchungseröffnung im Oktober 2010 ein starkes Arbitragepotenzial feststellen lässt, das durch die Endkonsumenten aufgrund des vertraglichen Exportverbots nicht ausgeschöpft werden konnte. Auf eine Untersuchung der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots auf die Preisunterschiede vor der Untersuchungseröffnung wurde aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtet. Diesem Umstand wird im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen werden (siehe unten Rz 377).
- Es wurden die publizierten *Listenpreise* verglichen, weil der Kaufinteressent sich zunächst an diesen orientiert. Vollständig bereinigte Preisvergleiche drängen sich vorliegend nicht auf, denn die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen (Anhang XV) und die Statistiken (Anhang XVI) legen nahe, dass auch ein vollständig bereinigter Preisvergleich zu Preisunterschieden führt, bei denen sich ein Direktimport aus dem EWR lohnt. Dies wird beispielsweise durch einen vollständig bereinigten Preisvergleich bestätigt, der durch ei-

nen Kaufinteressenten eingereicht wurde, der bereits über ein konkretes Angebot für einen MINI Cooper in der Schweiz und in Deutschland verfügte. Daraus geht hervor, dass der MINI Cooper selbst unter Berücksichtigung sämtlicher bei einem Kauf in Deutschland anfallenden Kosten, namentlich der Automobilimportsteuer, der schweizerischen Mehrwertsteuer, des Rabatts und der Ablieferungspauschale, in Deutschland ausstattungsbereinigt immer noch CHF [...] günstiger erhältlich ist als in der Schweiz.¹³⁵ Im Übrigen handelt es sich bei der Ausstattung teilweise nicht um Optionen, beispielsweise ist der Ski-Sack in der schweizerischen Grundausstattung inbegriffen. Bei diesen nichtoptionalen Zusatzleistungen ist der echte Mehrwert für den Kunden, der sie unter Umständen nicht beziehen würde, wenn er die Wahl hätte, fraglich (siehe dazu weiter unten Rz 236). Auch aus diesem Grund erscheint der Vergleich der Listenpreise als sachgerecht.

- Es wurden die Preise in *Deutschland* zum Vergleich herangezogen, weil ein Grossteil der Anzeigen, die beim Sekretariat eingingen, von Kaufinteressenten stammten, die in Deutschland versucht haben, einen BMW- oder MINI-Neuwagen zu kaufen. Deutschland eignet sich als Beispiel für Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Ländern im EWR, denn gemäss dem Bericht „Autopreise in der europäischen Union“ liegen die Preise für BMW und MINI-Neufahrzeuge in Deutschland im Vergleich zu anderen EU-Ländern in etwa im Durchschnitt.¹³⁶ Im Übrigen handelt es sich bei Deutschland laut Import- und Exportstatistik um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz.¹³⁷
- Weil beim Direktimport die ausländische *Mehrwertsteuer* an der Grenze zurückerstattet wird und die Schweizer Mehrwertsteuer anfällt, vergleicht der Direktimporteur die Preise ohne Mehrwertsteuer. Es drängt sich somit auf, die Mehrwertsteuern bei den verglichenen Preisen nicht zu berücksichtigen und die Preise exkl. Mehrwertsteuer zu vergleichen. Hingegen wird beim angestregten Preisvergleich für die ausländischen Preise die schweizerische Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts) hinzugerechnet.¹³⁸

¹³² KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 130 ff.; vgl. auch KOMM, *Opel* (Fn 62), Rz 135.

¹³³ KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 134.

¹³⁴ Act. 43 Rz 39.

¹³⁵ Act. 158.

¹³⁶ Generaldirektion Wettbewerb, Bericht „Autopreise in der europäischen Union“, 14, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf (27.09.2011).

¹³⁷ Eidgenössische Zollverwaltung, *Analyse Aussenhandel*, 20, abrufbar unter <http://www.ezv.admin.ch/themen/00504/01530/03209/index.html?lang=de> (21. Oktober 2011).

¹³⁸ http://www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/index.html?lang=de.

- Personenwagen aus den EU- und EFTA-Staaten können *zollfrei* in die Schweiz eingeführt werden, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird.¹³⁹ Daher wurden für den vorliegenden Preisvergleich keine Zolltarife berücksichtigt.
- Für den Preisvergleich wurde auf zwei verschiedene *Wechselkurse* EUR/CHF abgestellt: Die Preise in der Schweiz und in Deutschland wurden zum Einen beim höchsten (1.38) und zum Anderen beim tiefsten Wechselkurs (1.04) seit Oktober 2010 miteinander verglichen sowie zum Durchschnittswchselkurs von EUR/CHF 1.25 (vgl. Anhang I). So entsteht eine Differenz, die das ganze Spektrum an Preisunterschieden im untersuchten Zeitraum abbildet.
- In allen *relevanten Märkten*, in denen die Marke BMW vertreten ist, wurden jeweils die Preise von zwei Modellen verglichen (Anhang II). MINI ist einzig im Markt Kleinwagen vertreten. Bei MINI wurden die Preise von acht verschiedenen Modellen verglichen (Anhang III).

Ergebnisse des Preisvergleichs

196. Dem Preisvergleich in den Anhängen II und III lässt sich Folgendes entnehmen:

- Bei einem Kurs von 1.04 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *BMW* in Deutschland zwischen 33 und 37 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 11'600.- und CHF 68'500.-.
- Bei einem Kurs von 1.38 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *BMW* in Deutschland zwischen 11 und 17 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 4'300.- und CHF 25'200.-.
- Bei einem Kurs von 1.04 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *MINI* in Deutschland zwischen 27 und 32 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 6'100.- und CHF 12'300.-.
- Bei einem Kurs von 1.38 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *MINI* in Deutschland zwischen 3 und 10 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 800.- und CHF 3'700.-.
- Die Preise Deutschland in CHF wurden auch auf Basis des durchschnittlichen Wechselkurses EUR/CHF während der Periode 25.10.2010 – 10.10.2011 von 1.25 *EUR/CHF* berechnet.¹⁴⁰ Bei diesem Kurs sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke BMW in Deutschland zwischen 20 und 25 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 7'000.- und CHF 41'700.-. Bei einem Kurs von 1.25 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke MINI in Deutschland zwischen 12 und 18 % günstiger als in der

Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 2'900.- und CHF 6'900.-.

197. Diese erheblichen Preisunterschiede sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Verkehrsausgaben, nach den Ausgaben für Wohnung (inkl. Energie) und Nahrung den drittgrössten Konsumposten für Schweizer Familien darstellen.¹⁴¹

198. Die EU-Kommission hat in Sachen Opel (siehe oben Rz 193) festgehalten, dass Preisunterschiede von mehr als 12 % in den Augen vieler Käufer einen ausreichenden finanziellen Anreiz darstellen, ein Auto in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben (siehe oben Rz 193). Berücksichtigt man, dass die BMW AG im Unterschied zu Opel in den hochpreisigen Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ tätig ist, bei denen prozentual geringere Unterschiede in absoluten Zahlen um einiges höher ausfallen, als in den unteren Märkten, ist es angezeigt, bei Neufahrzeugen der BMW AG auch die absoluten Zahlen zu vergleichen. In absoluten Zahlen ausgedrückt, sind die Preisunterschiede Schweiz-Deutschland bei BMW erheblich und lässt sich folglich ein beträchtliches Arbitragepotenzial feststellen. Dasselbe gilt für MINI bei einem Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF. Einzig bei einem Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF dürfte der Anreiz für einen Kauf des Modells MINI Cooper in Deutschland aufgrund der CHF 800.- Preisunterschied eher gering sein.

Kritik von BMW AG am Preisvergleich

199. BMW AG wendet ein, die Exportverbotsklausel habe nicht zu höheren Preisen für BMW und MINI Fahrzeuge in der Schweiz geführt. BMW AG stützt sich dabei auf die Evaluation des Kartellgesetzes aus dem Jahr 2009¹⁴² und weist auf die weitgehende Preisharmonisierung innerhalb des EWR, einschliesslich der Schweiz hin. Gemäss BMW AG würden sich die Preise von BMW Fahrzeugen in der Schweiz trotz höherer Vertriebskosten hierzulande gegenüber den Mitgliedstaaten des EWR innerhalb derselben Bandbreiten bewegen.¹⁴³

200. Das Argument von BMW AG bezüglich weitgehender Preisharmonisierung innerhalb des EWR aus dem Jahr 2009 stösst aus zwei Gründen ins Leere: Zunächst werden vorliegend, wie dargelegt, die Auswirkungen des Exportverbotes auf die Preise für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen

¹³⁹ Information der eidgenössischen Zollverwaltung „Autoimport durch Private“, abrufbar unter www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/index.html (12. Oktober 2011).

¹⁴⁰ Auch gemäss BMW AG sei auf die durchschnittlichen Wechselkurse abzustellen (Act. 164, Rz 40 ff.).

¹⁴¹ Bundesamt für Statistik: Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht, 2008, 54, abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/01.html> (21. Oktober 2011).

¹⁴² HÜSCHEL RATH, K. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, 271, 256.

¹⁴³ Act. 164 Rz 31 f.

Gründen nicht untersucht. Diesem Umstand ist im Rahmen der Sanktionierung Rechnung zu tragen (vgl. Rz 195). Weiter bestehen zwischen den Mitgliedstaaten der EU nach wie vor Preisdifferenzen. So hält auch der Automobilpreisbericht der EU-Kommission für das Jahr 2010 fest, dass die Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zwar gemäss Preislisten der Automobilhersteller allgemein zurückgegangen sind. In manchen Fällen bestehen jedoch nach wie vor grosse Unterschiede, die Verbrauchern, die ihr Auto in einem anderen Mitgliedstaat kaufen, grosse Einsparungen ermöglichen. Innerhalb des Euro-Währungsgebiets blieb der Indikator für den Preisunterschied unverändert.¹⁴⁴

201. Gemäss BMW AG sei nicht belegt, dass eine höhere Zahl von Direktimporten zu tieferen Preisen in der Schweiz führen würde. Konkrete Fakten würden das Gegenteil belegen. So verzeichne beispielsweise Audi im Verhältnis zu anderen Herstellern einen vergleichsweise hohen Anteil an Direkt- bzw. Parallelimporten. Dennoch falle der Preisvergleich bei Audi zwischen den Preisen in der Schweiz und den Preisen im EWR vergleichbar aus wie für BMW und MINI Fahrzeuge. Dasselbe treffe gemäss BMW AG auch auf die anderen Marken des Volkswagen Konzerns und beispielsweise auch auf Mercedes zu.¹⁴⁵

202. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Internationale Preisunterschiede bei anderen Marken spielen dabei keine Rolle (vgl. Rz 213), da das festgestellte Arbitragepotenzial für BMW und MINI-Neufahrzeuge in erster Linie zur Klärung der Frage dient, ob für Endkonsumenten überhaupt ein Anreiz besteht, ein Neufahrzeug im Ausland zu kaufen. Das ermittelte Arbitragepotenzial für sich alleine lässt folglich noch keinen Rückschluss auf eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu. Hierzu bedarf es weiterer zentraler Elemente, namentlich des Nachweises, dass eine solche Abrede – wie in casu – besteht. Die bei Audi oder anderen Herstellern im Vergleich mit BMW AG zahlenmässig höheren Parallel- und/oder Direktimporte weisen somit lediglich darauf hin, dass auch für diese Neufahrzeuge ein Arbitragepotenzial besteht.

203. BMW AG macht weiter geltend, der angestrebte Preisvergleich widerspreche anerkannten ökonomischen Grundsätzen. Der Preisvergleich basiere ausschliesslich auf publizierten Listenpreisen in der Schweiz und in Deutschland und ignoriere die Unterschiede in der Grundausstattung der Neufahrzeuge zwischen den beiden Ländern sowie zusätzliche Leistungen und Kosten, die im Listenpreis inbegriffen bzw. ausgeschlossen seien. Somit würden Produkte verglichen, die sich in ihrem Umfang und Wert erheblich unterscheiden würden. Richtigerweise hätten Preisvergleiche ausstattungs- und steuerbereinigt zu erfolgen.¹⁴⁶

204. Dagegen ist Folgendes einzuwenden: BMW AG hat bereits in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 dargelegt, wie ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich vorgenommen werden sollte.¹⁴⁷ Dieser Preisvergleich wurde von BMW AG für die Referenzmodelle „BMW 116i“, „BMW X1 xDrive 20d“, „BMW 320 xd Touring“, „BMW 530d Limousine“ und „MINI Cooper“ vorgelegt. Daraus ist ersichtlich, dass einzig für das Modell 116i

eine zu beachtende Differenz der Ausstattungen ermittelt werden kann, nämlich EUR [...] für das Modell in Deutschland während die Ausstattung für die Schweiz mit EUR [...] veranschlagt wird. Hingegen entsprechen sich die Ausstattungen der anderen Referenzmodelle in Deutschland und der Schweiz weitgehend. Für das Referenzmodell X1 xDrive20d wird von BMW AG selber die Ausstattung in Deutschland teurer als in der Schweiz veranschlagt. Es bestehen somit bloss geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen zwischen Deutschland und der Schweiz. Dies bestätigten auch die Vertreter von BMW AG anlässlich der Anhörung vor der WEKO.¹⁴⁸ Das von BMW AG für diese wenigen Referenzmodelle fehlende Arbitragepotenzial kann somit vorwiegend auf den von BMW AG angewendeten Durchschnittswchselkurs EUR/CHF von 1.42 zurückgeführt werden, welcher nicht dem Durchschnittskurs der untersuchten Zeitperiode entspricht.

205. Allfällige nichtoptionale Zusatzleistungen, welche also vom Kunden nicht abgewählt werden können, sind bei einem Preisvergleich nicht zu berücksichtigen, da dem Kunden eine echte Wahlmöglichkeit fehlt (vgl. Rz 236 und Rz 245).

206. Auch unter verfahrenswirtschaftlichen Gründen wäre ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich nicht angezeigt. Unter dem Gesichtspunkt, dass BMW AG [...], muss einerseits von einem enormen Aufwand für eine solche Erhebung ausgegangen werden.¹⁴⁹ Andererseits würde die Berücksichtigung der geringfügigen Unterschiede in den Ausstattungen am Ergebnis der erhobenen Preisdifferenzen nichts ändern.

207. Ausserdem zeigen die Direktimportstatistiken von Auto-Schweiz eindeutig, dass seit 2009 der Anteil an Direkt- und Parallelimporten sämtlicher Marken im Verhältnis zu den Gesamtverkäufen stetig zugenommen hat. Während in den Jahren vor 2009 jeweils ein Prozentsatz zwischen 1.23 % und 1.63 % an Direkt- und Parallelimporten stattfand, konnte im 2009 ein Anstieg auf 2.26 %, im 2010 auf 3.67 % und im 2011 sogar auf 7.29 % verzeichnet werden.¹⁵⁰ In absoluten Zahlen wurden somit im Jahr 2011 23'264 Neufahrzeuge in die Schweiz direkt- und/oder parallelimportiert. Diese erhöhte Nachfrage nach Direkt- und/oder Parallelimporten ist ein gewichtiges Indiz, dass Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland bestehen bzw. zugenommen haben.

¹⁴⁴ Autopreise in der europäischen Union vom 1. Januar 2011 (car price report 2010), vgl. auch die diesbezügliche Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Automobilpreisbericht zeigt 2010 geringere Preisunterschiede bei Neuwagen in der EU unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/report.html.

¹⁴⁵ Act. 164 Rz 33 ff.

¹⁴⁶ Act. 164 Rz 37 f.

¹⁴⁷ Act. 43 Rz ff. sowie Beilage 10.

¹⁴⁸ Act. 185, 43.

¹⁴⁹ Act. 185, 40.

¹⁵⁰ Vgl. Anhang XVI.

208. Auch die eingegangenen Anzeigen zeigen auf, dass ein Bedürfnis nach Direktimporten besteht (vgl. Tabelle XV). Dieses Bedürfnis von den Konsumenten würde aufgrund des nicht unerheblichen Aufwandes bei einem Direktimport wohl kaum bestehen, wenn damit nicht gleichzeitig ein Arbitragepotenzial abgeschöpft werden kann, welches die aufgewendeten Kosten überwiegt. In dieselbe Richtung zeigen auch die Angaben von [Grosshändlerin], wonach bereits im letzten Quartal 2010 (Durchschnittswchselkurs EUR/CHF 1.32¹⁵¹) ein sehr interessanter Preisunterschied für BMW Neufahrzeuge bestand.¹⁵² Letztlich hat selbst BMW AG in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 anerkannt, dass ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 zeitgleich mit der Aufwertung des Schweizer Frankens entstand.¹⁵³ Diese Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro erfolgte nicht nur kurzfristig und ermöglichte somit den Konsumenten in der Schweiz, von den für sie vorteilhaften Wechselkursentwicklung über eine längere Zeitperiode zu profitieren (vgl. Anhang 1).

209. Weiter wurde entgegen der Ansicht von BMW AG der Preisvergleich steuerbereinigt vorgenommen (vgl. Rz 195).

210. BMW AG wendet weiter ein, der Preisvergleich lasse Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen unberücksichtigt.¹⁵⁴

211. Es trifft zu, dass der angestrebte Preisvergleich basierend auf Listenpreisen vorgenommen wurde und somit Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen nicht mitberücksichtigt. Die Berücksichtigung dieser Parameter im Preisvergleich wäre schlichtweg unmöglich (vgl. Rz 206). Es ist unbestritten, dass solche Verkaufsfördermassnahmen bestehen und einen Einfluss auf die jeweiligen Endkonsumentenpreise haben. Diese vermögen jedoch das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder wenn dann nur geringfügig zu verkleinern: Denn selbst nach Angaben von BMW AG besteht ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 (vgl. Rz 208). Zudem sprechen die Anzeigen und die Angaben von [Grosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial (vgl. Rz 208). Ausserdem gewähren die Händler Rabatte nicht nur in der Schweiz sondern auch in EWR-Ländern.

212. Laut BMW AG hätten insgesamt folgende Elemente in einem korrekten Preisvergleich beachtet werden müssen:

- Zeitraum: Ein umfassender Preisvergleich dürfe nicht nur den Untersuchungszeitraum erfassen, sondern müsse den gesamten Zeitraum (d.h. 2003 bis 2011), in welchem BMW AG die angebliche Restriktion der Direktimporte veranlasst habe, berücksichtigen. Dies ermögliche, die Auswirkungen der Wechselkursschwankungen insbesondere im Zeitraum 2010/2011 im Gesamtzusammenhang zu betrachten und den langfristigen Preisunterschied zwischen der Schweiz und Deutschland herauszuarbeiten;
- Relevante Modelle: Ein repräsentatives Ergebnis könne nur mit einem Preisvergleich, der alle rele-

vanten bzw. die meistverkauften Fahrzeugmodelle in den relevanten Märkten umfasse, erreicht werden. Die Beschränkung auf einige wenige Fahrzeugmodelle sei nicht statthaft;

- Produktunterschiede: Ein umfassender Preisvergleich müsse die Unterschiede in der Grundausstattung sowie Zusatzleistungen und zusätzlich anfallende Gebühren und Steuerunterschiede berücksichtigen;
- Preisvergleich mit anderen Nachbarländern: Wenn sich bei einem Preisvergleich zu einem anderen Nachbarland ein geringerer Preisunterschied herausstellen sollte, so würde implizit ein Preisunterschied zwischen den einzelnen EWR-Ländern deutlich. Damit wäre widerlegt, dass jegliche Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland tatsächlich auf Importrestriktionen zurückzuführen seien.
- Wechselkursschwankungen: Der signifikante Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz sei erst im Jahre 2010, zeitgleich mit der Aufwertung des Schweizer Frankens, entstanden. Die bereits erwähnte Untersuchung des SECO „Weitergabe von Einkaufsvorteilen aufgrund der Frankenstärke“ komme bezüglich Aufwertung des Frankens ab Mitte 2010 zum Ergebnis, dass „die Preisdifferenz [zwischen Deutschland und der Schweiz] über ein Jahr betrachtet um gegen 15% zugenommen hat“. Ein ähnlicher Wert werde dabei auch in der Kategorie „Kauf von Neufahrzeugen“ gemessen, die damit eine durchschnittliche Preisdifferenz aufweise.
- Andere Hersteller: Wenn bei anderen Herstellern die bei BMW und MINI Fahrzeugen beobachtete Entwicklung der Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz auch bei anderen Herstellern zu beobachten wäre, so wäre dies ein weiterer Hinweis darauf, dass die Preisunterschiede bei BMW und MINI Neufahrzeugen nicht den mutmasslichen Direktimportrestriktionen zuzuordnen seien, sondern vielmehr eine direkte Auswirkung der Wechselkursschwankungen darstellen würden. Es bleibe unberücksichtigt, dass auch im Falle von Mercedes oder Volkswagen ähnliche Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz auftreten würden.¹⁵⁵

¹⁵¹ http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_G1.

¹⁵² Act. 83.

¹⁵³ Act. 164 Rz 45 Bst. v.

¹⁵⁴ Act. 164 Rz 39, 60 ff.

¹⁵⁵ Act. 164 Rz 45.

213. Dem ist Folgendes entgegen zu halten:

- Zeitraum: Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht (vgl. Rz 195 und 200). Im Übrigen ist unbestritten, dass die festgestellten Preisunterschiede auch auf die Wechselkursentwicklung in den letzten zwei Jahren zurückzuführen sind. Diesen Umständen wird im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen.
- Relevante Modelle: Wie dargelegt, wurden für jeden Markt die Preise von zwei Modellen verglichen. Anhand der meistverkauften Serien (1er, 3er und 5er Reihe) gemäss Angaben von Auto-Schweiz wurden jeweils zwei Modelle ausgewählt. Innerhalb der ausgewählten Modelle ist in Bezug auf die erfassten Preisunterschiede keine nennenswerte Streuung festzustellen. Von den zehn untersuchten Modelle für BMW Neufahrzeuge weisen sieben einen Preisunterschied von 21% auf und je ein Modell 20%, 22% resp. 25% auf. Daraus kann geschlossen werden, dass die festgestellten Preisdifferenzen sich je nach Modell nicht beträchtlich unterscheiden. BMW AG bemängelt denn auch nicht, dass die Preisdifferenzen für die anderen Modelle anders ausgefallen wären.
- Produktunterschiede: Es kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden (Rz 204 ff.).
- Preisvergleich mit anderen Nachbarländern: Es wurden, wie dargelegt, die Preise in der Schweiz mit denjenigen in Deutschland verglichen, da in Deutschland die Preise für BMW und MINI-Neufahrzeuge im Vergleich mit anderen EU-Ländern in etwa im Durchschnitt liegen. Der angestrebte Preisvergleich stützt sich somit auf den von der Generaldirektion Wettbewerb der EU vorgenommenen Preisvergleich in Europa (vgl. Rz 195).
- Wechselkursschwankungen: Die Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro hat unbestrittenermassen zu einer signifikanten Preisdifferenz geführt. Für die Endkonsumenten bestand somit zumindest seit Oktober 2010 bis heute ein Anreiz, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI aus dem Ausland zu beziehen.
- Andere Hersteller: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Daher ist nicht auszuschliessen, dass andere Hersteller von Automobilen Massnahmen zum Gebietsschutz ergreifen. Im Übrigen dient das festgestellte Arbitragepotenzial für BMW und MINI-Neufahrzeuge in erster Linie zur Klärung der Frage, ob für Endkonsumenten überhaupt ein Anreiz besteht, ein Neufahrzeug im Ausland zu kaufen. Das ermittelte Arbitragepotenzial für sich alleine lässt folglich noch kein Rückschluss auf eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu. Eine Untersuchung der Preisunterschiede für andere Hersteller drängt sich somit nicht auf.

Fazit

214. Insgesamt lassen sich bei Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI seit Oktober 2010 erhebliche Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz feststellen. Nachfolgend wird untersucht, ob das Exportverbot in den EWR-Handelsverträgen dazu führte, dass diese Arbitragepotenziale nicht ausgenutzt werden konnten.

B.3.2.2.2 Direktimporte

215. Unter diesem Titel wird geprüft, in welchem Umfang Schweizer Endkonsumenten tatsächlich von den beträchtlichen Arbitragemöglichkeiten Gebrauch gemacht und in Deutschland bzw. im EWR einen BMW bzw. einen MINI gekauft haben.

216. In den Stellungnahmen der BMW AG wird vorgebracht, insbesondere aus Deutschland seien in den letzten drei Jahren mehrere hundert Neufahrzeuge in die Schweiz direktimportiert worden.¹⁵⁶ Die BMW AG macht geltend, angesichts der nichtexistenten Preisunterschiede würden Direktimporte (siehe Fn 11) von BMW und MINI Fahrzeugen in die Schweiz in diesem Umfang eigentlich erstaunen.¹⁵⁷

217. Insgesamt erachtet es die BMW AG aufgrund der Tatsache, dass in den letzten Jahren mehrere hundert Fahrzeuge in die Schweiz importiert worden seien, als nachgewiesen, dass durch die nicht umgesetzte Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag Direktimporte in die Schweiz weder ausgeschlossen noch behindert wurden.¹⁵⁸

218. Anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 haben die Vertreter von BMW AG vorgebracht, der Wettbewerb in der Schweiz sei sehr fragmentiert, es gebe über 40 Marken auf dem Markt. BMW AG würde im Gesamtvergleich kein ungewöhnliches Verhältnis von Direktimporten und Gesamtverkäufen aufweisen. Auf der Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“ liessen sich sehr verschiedene Anteile Direktimporte an Gesamtverkäufen für die verschiedenen Marken erkennen. Im Vergleich zu Mercedes liessen sich z.B. keine eklatanten Unterschiede finden. BMW AG habe auch die Zahlen für den Import von „jungen“ Gebrauchtfahrzeugen verglichen, da diese beiden Märkte aus Sicht von BMW AG zusammen betrachtet werden müssen. Auch in diesem Markt würden weniger BMW-Fahrzeuge importiert und die Relationen der Zahlen im Vergleich mit anderen Marken (Audi, Mercedes) blieben ähnlich, obwohl in diesem Markt keine formalen vertragsrechtlichen Hürden für den Händler gelten würden.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Act. 43 Rz 25 und Act. 164 Rz 9.

¹⁵⁷ Act. 43 Rz 25.

¹⁵⁸ Act. 43 Rz 27.

¹⁵⁹ Act. 38 Frage 4; Act. 68 Beilage 1 (Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“ 2005-2010).

Ohne Exportverbot wäre es zu mehr Direktimporten gekommen

219. „Auto Schweiz“ erstellt auf Basis der Statistik „Immatrikulationen von Personenwagen“, in welcher neuimmatrikulierte Personenwagen mit Erstzulassung in der Schweiz erfasst werden,¹⁶⁰ eine Direktimportstatistik (Anhang XVI). Laut „Auto Schweiz“ werden in dieser Direktimportstatistik alle Fahrzeuge erfasst, die keine „normale“ Typengenehmigungsnummer (TG-Nr.) haben. Dabei gebe es unterschiedliche Arten: Einmal solche mit TG-Nr. X das seien Fahrzeuge, die keiner Typengenehmigung entsprechen. Dann solche, mit einer normalen TG-Nr. und dem Typenscheinzusatz X. Dies seien Fahrzeuge, die nicht typengenehmigt seien, aber in allen Punkten einer TG entsprechen. Hinzu kommen die Fahrzeuge mit TG-Nr. IX*, das seien Fahrzeuge, die auf Grund einer vom ASTRA gekauften Typengenehmigung für Parallelimporteure immatrikuliert worden sind. Ausserdem würden auch Fahrzeuge erfasst, bei denen gar keine TG-Nr. vorhanden ist.¹⁶¹ Folglich werden von der Direktimportstatistik sämtliche Importe erfasst, die nicht über die TG-Nr. der BMW (Schweiz) AG laufen, d.h. alle parallel in die Schweiz importierten BMW- und MINI-Neuwagen. D.h. die Statistik erfasst nicht nur die vorliegend relevanten „Direktimporte“ durch Endkunden, sondern auch „Parallelimporte“ durch Händler. Die „Direktimporte“ durch Endkunden dürften daher geringer sein als in der „Direktimportstatistik“ ausgewiesen.

220. Der Direktimportstatistik von „Auto Schweiz“ für die Jahre 2005 bis 2010 ist Folgendes zu entnehmen:

- Das Minimum an Direktimporten von *BMW-Neufahrzeugen* lag im Jahr 2007 bei 84 Stück bzw. 0.52 % der Gesamtverkäufe in der Schweiz. Das Maximum direktimportierter BMW-Neuwagen wurde im Jahr 2005 mit 184 Stück bzw. 1.12 % der Gesamtverkäufe erreicht (siehe Anhang XVI).
- In den Jahren 2005 und 2006 wurde kein einziges MINI-Neufahrzeug parallel in die Schweiz importiert, im Jahr 2007 waren es sieben Stück bzw. 0.2 % der Gesamtverkäufe in der Schweiz und im Jahr 2009 wurde mit 27 Stück bzw. 0.99 % der Gesamtverkäufe das bisherige Maximum an Direktimporten erreicht (siehe Anhang XVI).

221. Für den vorliegend interessierenden Zeitraum seit Oktober 2010 liegen folgende Daten von „Auto Schweiz“ zu Direktimporten vor:

- Im Zeitraum Anfang Oktober 2010 bis Ende Dezember 2010 wurden insgesamt 58 BMW-Neuwagen und 8 MINI-Neuwagen direkt- und/oder parallelimportiert (Anhang XVI). Im Jahr 2011 wurden 401 BMW-Neuwagen und 95 MINI-Neuwagen direkt- oder parallelimportiert. Dies entsprach einem Anteil von 2.29 % resp. 2.07 % an den Immatrikulationen.¹⁶² Als Vergleich wurden im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich 7.29 % (in absoluten Zahlen: 23'264 Neufahrzeuge) direkt und/oder parallel in die Schweiz importiert (vgl. Anhang XVI).

222. Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zwar stattgefunden haben, aber in einem sehr geringen Aus-

mass. Ohne das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wäre der Anteil an Direktimporten zumindest im Zeitraum seit Oktober 2010, in dem ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestand (siehe oben Rz 196 ff.), auf jeden Fall höher ausgefallen. Dies ist zunächst belegt durch die vielen innerhalb kurzer Zeit beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen von Endkonsumenten in der Schweiz, die erfolglos versucht haben im EWR einen BMW- bzw. MINI-Neuwagen zu kaufen (Anhang XV). Bereits zwischen dem 12. Oktober 2010 und der Untersuchungseröffnung am 25. Oktober 2010 sind sechs entsprechende Anzeigen beim Sekretariat eingegangen. Im Laufe der Untersuchung sind zehn weitere Anzeigen hinzugekommen. Wird berücksichtigt, dass sich lange nicht alle, infolge des vertraglichen Exportverbots abgewiesenen Kaufinteressenten beim Sekretariat gemeldet haben und dass einige Neuwagen-Interessenten auf ein bereits im EWR zugelassenes „junges Gebrauchtfahrzeug“ ausgewichen sind, das vom Exportverbot nicht betroffen ist (siehe oben Rz 48 und 155 und unten Rz 231), dürfte die Anzahl der tatsächlich verhinderten Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen bedeutend höher sein, als vorliegend aktenkundig ist.

223. Weiter lässt auch die Aussage von [Grosshändlerin] (vgl. Rz 154) keinen Zweifel offen, dass die Direktimporte für Neuwagen zumindest der Marke BMW höher ausgefallen wären. Letztlich belegt auch die offizielle Mitteilung der BMW AG vom 12. Oktober 2010, wonach mit dem Exportverbot die Position der Vertriebspartner der BMW AG sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt werde, dass dadurch Direkt- und/oder Parallelimporte tatsächlich behindert wurden. Denn eine Stärkung der Position der Händler ist in diesem Zusammenhang nur denkbar, wenn der Vertragswortlaut auch tatsächlich gelebt wurde.

Erwägungen zu den Gegenargumenten von BMW AG

224. Der von den Rechtsvertretern von BMW AG ins Feld geführte Vergleich der Direktimportanteile von BMW und MINI mit den Direktimportanteilen bei anderen Marken und der daraus gezogene Schluss, wonach die tiefen Direktimportanteile bei BMW und MINI auf andere Umstände als das vertragliche Exportverbot zurückzuführen sein müssen, weil die Direktimportanteile auch bei anderen Marken tief seien, hält aus folgendem Grund nicht stand: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Daher ist nicht auszuschliessen, dass andere Hersteller von Automobilen Massnahmen zum Gebietsschutz ergreifen, was sich in tiefen Direktimportanteilen widerspiegeln würde. Im Übrigen lassen sich die zum Teil vergleichbar tiefen Direktimportanteile bei anderen Herstellern in den Jahren vor 2011 unter Umständen darauf zurückführen, dass die Preisunterschiede CH-EWR bei

¹⁶⁰ „Auto Schweiz“ kauft die Daten für diese Statistik beim Bundesamt für Strassen (ASTRA).

¹⁶¹ Act. 59.

¹⁶² Gemäss Auto Schweiz bestehen seit dem Jahr 2011 keine aussagekräftigen internen Statistiken mehr (Act. 171), weshalb die Prozentsätze der Direkt- resp. Parallelimporte gemessen an den Gesamtimmatrikulationen vorgenommen wurden (vgl. Anhang XVI).

anderen Herstellern möglicherweise nicht so gross sind und damit das Arbitragepotenzial beschränkt ist, obwohl keine Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden. Hingegen ist aus der Tabelle in Anhang XVI ersichtlich, dass im Jahr 2011 die Marken BMW oder MINI im Vergleich zu anderen Marken eindeutig die tiefsten Direktimportanteile aufweisen.

225. Auch der Vergleich mit dem Direktimportanteil bei den „jungen Gebrauchtfahrzeugen“, der bei BMW im Jahr 2010 bei [...] % der Gesamtverkäufe lag, bei Audi bei [...] % und bei Mercedes bei [...] %, ist wenig hilfreich, zumal der Bereich „junge Gebrauchtfahrzeuge“ nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist und nicht ausgeschlossen werden kann, dass in diesem Bereich Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden.

226. Die BMW AG bringt in den Stellungnahmen vor, eine höhere Anzahl an Direktimporten habe keinen Einfluss auf den Wettbewerb bzw. die Preise in der Schweiz.¹⁶³ Es wird auf das Beispiel Audi verwiesen, weil in den vergangenen Jahren deutlich mehr Audi Fahrzeuge direkt importiert wurden als Neufahrzeuge anderer Marken (Anhang XVI). Gemäss BMW AG zeige das Beispiel Audi eindrücklich auf, dass auch eine höhere Anzahl an Direktimporten keinen Einfluss auf den Wettbewerb bzw. die konkreten Preise der Audi Fahrzeuge in der Schweiz habe. Sonderausstattungen seien bei Audi in der Schweiz sogar überdurchschnittlich teuer.¹⁶⁴

227. Namentlich infolge des tiefen Wechselkurses EUR/CHF hat die Nachfrage nach direktimportierten Autos seit Oktober 2010 stark zugenommen. Bei Audi ist der Direktimportanteil im Jahr 2010 im Vergleich zum Vorjahr von 4.59 % auf 7.70 % angestiegen, bei Mercedes von 1.58 % auf 1.91 % und bei BMW Neufahrzeugen von 0.91 % auf 1.01 %. Im Jahr 2011 stiegen die Direktimportanteile für Audi erneut auf 10.62 %, für Mercedes auf 3.43 % und BMW auf 2.29 % (vgl. Anhang XVI).

228. Verschiedene Generalimporteure in der Schweiz haben im Jahr 2011 auf den starken Franken und den damit verbundenen Preisdruck durch Direktimporte reagiert, indem sie ihren Kunden beträchtliche Rabatte angeboten haben. BMW Schweiz AG bietet ihren Kunden „200 % BMW“. Konkret erhält der BMW Schweiz AG-Kunde die Ausstattung seines Neufahrzeuges zum halben Preis.¹⁶⁵ Audi Schweiz bietet den Kunden, die beim offiziellen Audi Vertriebsnetz in der Schweiz einen Audi kaufen „115 % Audi + Euro-Bonus“. Konkret erhält der Kunde seine Wunschausstattung im Wert von 15 % des Basis-Katalogpreises sowie 7 % Rabatt auf den Basiskatalogpreis.¹⁶⁶ Mercedes Schweiz bietet ihren Kunden „20 % Wechselgeld“ bei allen Personenwagen. Konkret kann der Kunde vom Kaufpreis jedes neuen Mercedes inklusive Sonderausstattungen 20 % abziehen. Zusätzlich bietet Mercedes Schweiz eine kostenlose Verlängerung der Service- und Garantieleistungen.¹⁶⁷ Volkswagen Schweiz bietet einen Euro-Bonus an, bei dem der Kunde, je nach Modell CHF 10'000.- sparen kann.¹⁶⁸ Aus diesen Reaktionen auf den Wettbewerbsdruck aus dem Ausland wird ersichtlich, dass Direktimporte sehr wohl einen Einfluss auf das Preisniveau in der Schweiz

haben. Die Hersteller resp. Importeure konnten sich diesem Druck offensichtlich nicht entziehen und mussten in der Folge auch die Preise in der Schweiz senken. Ohne vertragliches Exportverbot hätte die BMW AG schon viel früher auf stärkeren Wettbewerbsdruck aus dem Ausland reagieren müssen.

229. Laut BMW AG seien nicht nur Direkt-, sondern auch Parallelimporte zu berücksichtigen. Auch der Verband Freier Autohandel Schweiz („VFAS“) unterscheide danach, ob Importe über das offizielle Vertriebsnetz des Herstellers laufen würde.¹⁶⁹

230. BMW AG verkennt dabei die Tatsache, dass in der Direktimportstatistik von Auto-Schweiz sämtliche Importe erfasst sind, die nicht über die Typengenehmigungsnummer von BMW laufen, d.h., erfasst sind nicht nur „Direktimporte“ von Endkunden, sondern auch „Parallelimporte“ durch Händler (vgl. Rz 219). Das Argument von BMW AG stösst deshalb ins Leere.

231. In der Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 wurde darauf verwiesen, dass neben den von „Auto-Schweiz“ erfassten Direktimporten von Neufahrzeugen in der Praxis junge Gebrauchtfahrzeuge (z.B. Vorführgewagen und Kurzzulassungen) zum selben Markt gehören würden.¹⁷⁰ Es würde sich dabei um ein etabliertes Marketinginstrument handeln, um Kundenbedürfnisse spezifischer abdecken zu können. Es handle sich dabei um dieselben Kunden wie für Neufahrzeuge, wobei je nach den Umständen (z.B. sofortige Verfügbarkeit, optimiertes Preis-/Leistungsverhältnis etc.) ein junges Gebrauchtfahrzeug den jeweiligen Bedürfnissen eines Kunden besser entspreche.¹⁷¹ Fahrzeuge mit Tageszulassung seien sowohl nach Ansicht des VFAS als auch nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs als „fabrikneu“ bzw. als Neufahrzeuge zu qualifizieren (Bundesgerichtshof, Urteil vom 12 Januar 2005, Az. VIII ZR 109/04). Der deutsche Bundesgerichtshof sehe Tageszulassungen als Teil des Neuwagengeschäfts an. Der Anteil junger Gebrauchtfahrzeuge am Gesamtabsatz liege in der Schweiz bei BMW bei knapp [...] % und bei MINI bei rund [...] %. In den Nachbarländern Deutschland und Österreich würden die Anteile bei BMW-Fahrzeugen bei rund [...] % und bei MINI bei rund [...] % liegen, womit viele junge Gebrauchtfahrzeuge verfügbar seien. Für diese gelte das – nicht umgesetzte – Exportverbot nicht, womit ein erheblicher Markt a priori gar nicht betroffen sei.¹⁷²

¹⁶³ Act. 43 Rz 35 f und Act. 164 Rz 33 ff.

¹⁶⁴ Act. 43 Rz 35 f.

¹⁶⁵ http://specials.bmw.ch/campaigns/200-percent/index_de.html (22.09.2011.).

¹⁶⁶ <http://www.audi.ch/ch/brand/de/aktuelles/EuroBonus2.html> (22.09.2011.).

¹⁶⁷ http://www.mercedes-benz.ch/content/switzerland/mpc/mpc_switzerland_website/de/home_mpc/passengercars/home/new_cars/change.html (22.09.2011.).

¹⁶⁸ http://www.volkswagen.ch/ch/de/Beratung_und_Kauf/Sonderangebote/eurobonus.html (22.09.2011.).

¹⁶⁹ Act. 164 Rz 14 ff.

¹⁷⁰ Act. 43 Rz 37 und Act. 164 Rz 17 ff.).

¹⁷¹ Act. 43 Rz 37.

¹⁷² Act. 43 Rz 38.

232. Den Anzeigen von Kaufinteressenten lässt sich entnehmen, dass sich Vertriebspartner der BMW AG in Deutschland zum Teil bereit erklärt haben, BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge zunächst während einer gewissen Dauer in Deutschland einzulösen, um sie anschliessend als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen und damit das konzerninterne Exportverbot zu umgehen (Rz 150, 155, 156). Bei den auf diese Weise in die Schweiz eingeführten Fahrzeugen handelt es sich folglich um junge Gebrauchtfahrzeuge. Derartige Umgehungsgeschäfte belegen zum einen, dass ein Exportverbot besteht und sich die Händler zumindest zu dessen Einhaltung verpflichtet fühlen, auf der anderen Seite belegen sie aber auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten in die Schweiz besteht und die Händler ein Interesse haben, diese zu decken. Aus den Umständen des Entscheides des Bundesgerichtshofes zu den Tageszulassungen wird ersichtlich, dass die kurzfristige Zulassung nicht der Nutzung des Fahrzeuges im Strassenverkehr dient, sondern dem Autohändler ermöglicht, dem Kunden gegenüber dem Listenpreis erheblichen Rabatt zu gewähren. Diese Konstruktion war bedingt durch das zwischenzeitlich abgeschaffte Rabattgesetz in Deutschland. Für den grenzüberschreitenden Verkehr ist der Entscheid des Bundesgerichtshofes somit nicht aussagekräftig. Aus der Perspektive des schweizerischen Direktimporteurs und des Vertriebspartners im EWR stellt der Verkauf eines jungen Gebrauchtfahrzeuges möglicherweise keine echte Alternative zu einem Neuwagenimport dar, sondern handelt es sich vielmehr um ein unumgängliches Erschwernis des Direktimports. Ohne das Exportverbot wären derartige Umgehungsgeschäfte nicht notwendig.

233. Schliesslich macht BMW AG geltend, dass Konsumenten auch aufgrund von bürokratischen oder tatsächlichen Hürden von einem Direktimport absehen würden. Es bestünden zahlreiche technische Handelshemmnisse und andere Hemmnisse in der Schweiz. BMW AG nennt ausdrücklich die Abgas-Kontrolle, der Nachweis EU-konformer Reifen, das Erfüllen der EU-Crashtestnormen, die Motorfahrzeugkontrolle (MFK) mit Wartezeiten sowie die Schweizer Mehrwertsteuer von 8 % (welche im Fall der Nichtrückerstattung zur „Doppelbesteuerung“ führe). Weiter macht BMW AG geltend, es bestünden neben den staatlichen bürokratischen Hürden auch zahlreiche tatsächliche Hürden.¹⁷³

234. BMW AG ist insofern zuzustimmen, dass der Direktimport mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Die Direktimportstatistik von Auto Schweiz zeigt hingegen deutlich, dass dieser Aufwand von zahlreichen Kunden auf sich genommen wird. So wurden beispielsweise im Jahr 2011 7.29 % (oder 23'264 Neufahrzeuge) der Neumatrikulationen entweder direkt- oder parallelimportiert. Im Übrigen kann der Konsument auf zahlreiche Vermittler zurückgreifen, welche im Mandatsverhältnis diesen Aufwand für ihn übernehmen.¹⁷⁴ Von technischen Handelshemmnissen, welche den Importstrom verunmöglichen oder stark behindern, kann folglich keine Rede sein.

Fazit

235. Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zwar stattgefunden haben, aber in einem sehr geringen Ausmass. Ohne das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wäre der Anteil an Direktimporten zumindest im Zeitraum seit Oktober 2010, in dem ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestand (siehe oben Rz 214 ff.), auf jeden Fall höher ausgefallen.

B.3.2.2.3 Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich Ausstattung und Serviceleistungen

236. Neben den tieferen Preisen (Rz 195), können auch länderspezifische Unterschiede in der Ausstattung für Endkunden einen Anreiz darstellen, ein Neufahrzeug im EWR zu kaufen. Anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 nahm das Sekretariat Bezug auf die Schweizer Preisliste für die BMW 1-er-Serie, wonach z.B. der Ski-Sack, der in Deutschland zur Sonderausstattung gehört, in der Schweiz indes in der Serienausstattung inbegriffen ist.¹⁷⁵ Auf entsprechende Frage hin bestätigten die Vertreter von BMW, dass die länderspezifischen Serienausstattungen, mit Ausnahmen bei Diplomatenfahrzeugen, weltweit nicht abgelehnt werden können.¹⁷⁶

237. In Bezug auf das BMW Service Plus Paket (BSP) haben die Vertreter der BMW Group anlässlich der Anhörung ausgesagt, dass dieses Servicepaket in der Schweiz im Premium-Segment zum Standard gehöre und durch den Kunden nicht abgewählt werden könne. In Deutschland gebe es kein vergleichbares Servicepaket, sondern nur vergleichbare Einzelleistungen oder Händlerangebote.¹⁷⁷

238. In der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 haben die Rechtsvertreter der BMW AG geltend gemacht, Unterschiede in der nationalen Grundausstattung zwischen den Ländern (z.B. der Ski-Sack in der Schweiz) und nationale Zusatzausstattungen (z.B. das BMW Service Plus Paket in der Schweiz) müssten beim Preisvergleich berücksichtigt werden (siehe Rz 194).

239. Die WEKO erachtet es als nicht sachgerecht, nicht-optionale Leistungen, die für den Kunden unter Umständen keinen echten Mehrwert darstellen, beim Preisvergleich in Abzug zu bringen (siehe oben Rz 195). Ein Kunde kann gerade deshalb an einem Kauf eines BMW- oder MINI-Neufahrzeuges im Ausland interessiert sein, weil er dort unter Umständen kein Service Paket oder keinen Ski-Sack kaufen muss und daher von einem für ihn vorteilhafteren Angebot profitieren kann.

¹⁷³ Act. 164 Rz 22 ff.

¹⁷⁴ <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/10/19/The-men/Konsum/Autofirma-verbietet-Verkauf-an-Schweizer>.

¹⁷⁵ Act. 65 Frage 6.

¹⁷⁶ Act. 138, 2.

¹⁷⁷ Act. 65 Frage 9.

240. Aufgrund des Exportverbots in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG wird die Möglichkeit schweizerischer Endkunden beschränkt, im EWR BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge mit anderer Ausstattung bzw. ohne im Preis inbegriffenen Serviceleistungen zu beziehen. Mit anderen Worten wird der Intra-Brand-Wettbewerb hinsichtlich Aus- bzw. Abwahl der Ausstattung und der Serviceleistungen beschränkt

B.3.2.2.2.4 Intra-Brand-Wettbewerb hinsichtlich Verkauf und Service im selektiven Vertrieb

241. Wie bereits erwähnt, hat die BMW AG den Vertrieb selektiv organisiert (siehe oben Rz 134). Ein Selektivvertrieb beschränkt zum einen die Anzahl zugelassener Händler und zum anderen deren Weiterverkaufsmöglichkeiten. Damit einher geht eine potenzielle Reduktion des markeninternen Wettbewerbs.¹⁷⁸

242. Die BMW (Schweiz) AG verfügt über 87 Vertriebspartner in der Schweiz (siehe oben, Rz 2). Um zum selektiven Vertriebssystem der BMW AG zugelassen zu werden, muss der Händler die BMW Standards Verkauf und die BMW Standards Service erfüllen, was durch die BMW AG überprüft wird.¹⁷⁹ Aufgrund dieser Standardisierung von Verkauf und Service durch die BMW AG wird der Wettbewerb unter den zugelassenen Händlern hinsichtlich Verkaufs- und Servicedienstleistungen stark eingeschränkt. Bei der Wahl eines offiziellen BMW-Händlers in der Schweiz dürfte für den Endkunden daher in erster Linie dessen geografischer Standort eine Rolle spielen.

243. Der markeninterne Wettbewerb beim Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen wird folglich auch durch das selektive Vertriebssystem und die damit einhergehende Standardisierung von Verkauf und Service beschränkt.

B.3.2.2.2.5 Fazit Intra-Brand-Wettbewerb

244. Seit Oktober 2010 waren BMW- und MINI-Neufahrzeuge im EWR für Endkunden zum Teil erheblich günstiger erhältlich als in der Schweiz. Daher bestand eine grosse Nachfrage nach Direktimporten von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in die Schweiz, was u.a. durch die vielen Anzeigen, die beim Sekretariat innert kurzer Zeit eingegangen sind, belegt ist. Aufgrund des vertraglichen Exportverbots in den EWR Vertriebsverträgen der BMW AG konnten deren Vertriebspartner im EWR diese Nachfrage aus der Schweiz nicht bedienen. Dadurch wurde den ausländischen BMW-Händlern die Möglichkeit verwehrt, Preisdruck auf den Schweizer Markt auszuüben. Mit anderen Worten wurde der Intra-Brand-Preiswettbewerb durch das Exportverbot beschränkt.

245. Hinsichtlich der Aus- bzw. Abwahl der Ausstattung und von Serviceleistungen führt das vertragliche Exportverbot dazu, dass Schweizer Endkunden Angebote von zugelassenen Händlern im EWR nicht in Anspruch nehmen können. Dadurch wird der Wettbewerb zwischen den zugelassenen BMW- und MINI-Händlern im EWR und in der Schweiz ebenfalls hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Qualität beschränkt.

246. In Bezug auf den Verkauf und den Service bestehen innerhalb des selektiven Vertriebssystems der BMW

AG festgelegte Standards, die durch alle zugelassenen Händler zu erfüllen sind. Dadurch wird der Wettbewerb unter den zugelassenen Händlern von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zusätzlich beschränkt.

247. Insgesamt wird der Intra-Brand-Wettbewerb zwischen den zum Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zugelassenen Händlern durch das vertragliche Exportverbot und das selektive Vertriebssystem stark beschränkt. Alleine aufgrund des vorhandenen Intra-Brand-Wettbewerbs kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs daher nicht widerlegt werden.

B.3.2.2.3. Inter-Brand-Wettbewerb

248. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Kraftfahrzeugen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf den relevanten Märkten untersucht.

B.3.2.2.3.1 Aktueller Wettbewerb

Marktanteile

249. Ausgangspunkt für eine Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der Marktanteile der Wettbewerber auf den relevanten Märkten. Basierend auf den Antworten der Fahrzeughersteller bzw. -importeure wird eine Übersicht über die Konkurrenzmarken von BMW und MINI pro relevanten Markt wiedergegeben. Die Einschätzung der Wettbewerbssituation durch die Fahrzeughersteller bzw. -importeure stimmt in etwa mit dem Bild überein, das sich bei einem Vergleich der Marktanteile pro relevanten Markt ergibt.

250. Die Marktanteile von BMW bzw. MINI und den Konkurrenzmarken wurden für die relevanten Märkte in den Jahren 2007 bis 2010 ermittelt. Diese Marktanteile wurden anhand der Absatzmenge berechnet, wie es für diese Branche üblich ist.¹⁸⁰ Dazu wurden die Fahrzeughersteller bzw. -importeure nach der tatsächlichen Anzahl verkaufter Neufahrzeuge in der Schweiz sowie der jeweiligen Einteilung der einzelnen Fahrzeugmodellen nach den sechs Märkten befragt.¹⁸¹ Die Resultate präsentieren sich wie folgt:

- Im Markt „Kleinwagen“ war MINI im Zeitraum 2007 bis 2010 mit einem Marktanteil von [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 24 Wettbewerbern. Die wichtigsten drei Wettbewerber in diesem Markt sind [...].

¹⁷⁸ Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 76) Rz 174 ff.

¹⁷⁹ Act. 43, Beilage 2 (Händlervertrag BMW Schweiz), Ziff. 9.5; Beilage 4 (EWR-Händlervertrag), Ziff. 9.5.

¹⁸⁰ Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABI. C 138 vom 28.05.2010 16 ff.; Rz 12, Fn 4.

¹⁸¹ Act. 88 Frage 2 und 3.

- Im Markt „Untere Mittelklasse“ verfügte BMW über einen Marktanteil zwischen [...] und [...] % und gehört damit nicht zu den [...] Wettbewerbern von insgesamt 28 Konkurrenten. Die im Vergleich zu den anderen Märkten eher schwachen Marktanteile von BMW in diesem Markt lassen sich möglicherweise dadurch erklären, dass BMW erst seit 2004 (mit der 1-er Serie) in diesem Markt tätig ist. Der mit Abstand wichtigste Marktteilnehmer in diesem Markt ist [...] mit einem Marktanteil von rund [...] %.
- Im Markt „Obere Mittelklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und war damit [...] und [...] Marke unter 30 Wettbewerbermarken.
- Im Markt „Oberklasse“ war BMW im gesamten betrachteten Zeitraum mit einem Marktanteil von rund [...] % [...] unter 20 Mitbewerbern. Die wichtigsten Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Luxusklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % [...] Marke und [...] Stelle von insgesamt 12 Wettbewerbern .

251. BMW AG wendet ein, dass die ermittelten Marktanteile von BMW und MINI Fahrzeugen in den Märkten „Kleinwagen“, „untere Mittelklasse“, „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“ einer kritischen Prüfung nicht standhalten würden. Gemäss BMW AG seien die ermittelten Marktanteile zu hoch, namentlich jene für die Märkte „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“. Unzutreffend sei ferner die Feststellung, wonach BMW AG in den Märkten „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“ [...] soll. Selbst den [...] Platz habe BMW AG nur in einem einzigen Markt erreicht und auch dort nur mit einem vernachlässigbar grösseren Marktanteil gegenüber [...] (Unterschied von 0.13 Prozentpunkten). Folglich verfüge BMW AG in keinem der relevanten Märkte über erhebliche Marktanteile, geschweige denn über Marktmacht und könne den Wettbewerb daher auch nicht einschränken und erst recht nicht erheblich beeinträchtigen.¹⁸²

252. Im Unterschied zur weiter oben analysierten Marktanteilsberechnung (vgl. Rz 249 ff) stützt sich BMW AG somit für die Mengenangaben nicht auf die Verkäufe der Fahrzeughersteller bzw. -importeure, sondern auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik, welche ihrerseits auf Grundlage der Rohdaten von ASTRA (MOFIS)¹⁸³ ermittelt wurde. Darüber hinaus wird für die Einteilung der einzelnen Fahrzeugmodelle in die sechs Märkte nicht auf die Angaben der Fahrzeughersteller bzw. -importeure abgestellt, sondern auf eine von Auto-Schweiz vorgenommene Unterteilung.¹⁸⁴ Wie bereits erwähnt, sind die Grenzen zwischen den verschiedenen Märkten durchlässig (vgl. Rz 180 ff.).

253. Für eine Marktanteilsberechnung basierend auf den Daten von Auto-Schweiz sprechen unter anderem nachstehende Erwägungen. Einige Fahrzeughersteller bzw. -importeure haben in ihrer Antwort zum Auskunftsbegehren des Sekretariats nicht alle Modelle erwähnt. Zum Beispiel hat die AMAG AG bestimmte Modelle nicht berücksichtigt. Grund dafür war gemäss AMAG AG, dass einzelne Modelle nicht in die verschiedenen Märkte ein-

geteilt werden können. Weiter wurden vereinzelt Fahrzeughersteller bzw. -importeure nicht befragt, da diese nicht Mitglied von Auto-Schweiz sind. Es handelt sich dabei um einige wenige Hersteller, welche insbesondere in den Märkten Oberklasse und Luxusklasse tätig sind (wie Ferrari oder Infiniti) und bloss geringfügige Mengen Neufahrzeuge pro Jahr verkaufen (vgl. Anhänge VIII und IX). Ausserdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse Fahrzeughersteller bzw. -importeure in einigen Fällen Verkäufe an die Händler angegeben haben (Wholesale) während andere Fahrzeughersteller bzw. -importeure die Anzahl verkaufter Neufahrzeuge von den Händlern an die Endkunden lieferten (Retail). Zwischen diesen beiden Zahlenangaben kann insbesondere dann eine Differenz auftreten, wenn die Händler in einem bestimmten Zeitraum einen Lageraufbau oder einen Lagerabbau vornehmen. Letztlich dürften sich die letztgenannten Unterschiede über die verschiedenen Händler und über die verschiedenen Zeitperioden weitgehend aufheben.

254. Die Antworten der Fahrzeughersteller bzw. -importeure stellen somit insgesamt keine aussagekräftige Basis für die Berechnung der Marktanteile dar. Festzuhalten ist jedoch, dass die unterschiedlichen Erhebungsmethoden für die Märkte Kleinwagen, untere Mittelklasse und obere Mittelklasse praktisch zum selben Ergebnis führen.¹⁸⁵ Für die anderen beiden Märkte können basierend auf den Zulassungszahlen über den Zeitraum 2007–2011 für BMW AG ein Marktanteil im Markt Oberklasse von [...] % bis [...] % (anstatt [...] % bis [...] %) sowie für den Markt Luxusklasse ein Marktanteil von [...] % bis [...] % (anstatt [...] % bis [...] %) ermittelt werden. Dieser Erhebungsmethode ist aus obenerwähnten Gründen klar der Vorrang zu geben.

255. Die auf Grundlage der Immatrikulationsstatistiken von Auto-Schweiz ermittelten Marktanteile von BMW AG können im Vergleich zu den Wettbewerbern wie folgt zusammengefasst werden:

- Im Markt „Kleinwagen“ war MINI im Zeitraum 2007 bis 2011 mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 22 Wettbewerbern (Anhang V). Die wichtigsten fünf Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Untere Mittelklasse“ verfügte BMW über einen Marktanteil zwischen [...] und [...] % und gehört damit nicht zu den [...] Wettbewerbern von insgesamt 31 Konkurrenten (Anhang VI). Die im Vergleich zu den anderen relevanten Märkten eher schwachen Marktanteile von BMW in diesem Markt lassen sich möglicherweise dadurch erklären, dass BMW erst seit 2004 (mit der 1-er Serie)

¹⁸² Act. 164 Rz 49 ff.

¹⁸³ Vgl. Rz 35 und Fn 24.

¹⁸⁴ Act. 181.

¹⁸⁵ Vgl. Act. 183 Rz 49.

in diesem Markt tätig ist und seither aber kontinuierlich Marktanteile gewonnen hat. Der mit Abstand wichtigste Marktteilnehmer in diesem Markt ist [...] mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] %.

- Im Markt „Obere Mittelklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und war damit [...] und [...] unter 34 Wettbewerbermarken (Anhang VII).
- Im Markt „Oberklasse“ war BMW im gesamten betrachteten Zeitraum mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 38 Mitbewerbern (Anhang VIII). Die wichtigsten Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Luxusklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % [...] und [...] von insgesamt 29 Wettbewerbern (Anhang IX).
- Der Konzentrationsgrad variiert je nach relevantem Markt. Am konzentriertesten sind die Märkte „Oberklasse“ und „Luxusklasse“, in welchen die drei stärksten Marken, zu denen teilweise auch BMW gehört, über 50 % der Marktanteile auf sich vereinen. Insgesamt ist kein Markt als stark konzentriert zu qualifizieren.

256. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach dieser Marktanteilsberechnung BMW AG in allen Märkten ein wichtiger Wettbewerber ist. Dies gilt insbesondere für die relevanten Märkte „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Allerdings sind auf allen relevanten Märkten eine Vielzahl von Wettbewerbern vorhanden, die Wettbewerbsdruck auf die Marken der BMW AG ausüben.

Marktanteilsentwicklung

257. Nachfolgend wird die Marktanteilsentwicklung berücksichtigt. Sie gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.

258. Aus den Anhängen V ff. ist die Marktanteilsentwicklung von MINI bzw. BMW pro Markt ersichtlich (vgl. hellblaue Schattierung). In den Anhängen X ff. wird die Marktanteilsentwicklung sämtlicher Wettbewerber pro Markt in den Jahren 2007 bis 2011 grafisch dargestellt. Den genannten Anhängen ist zu entnehmen, dass

- MINI im Markt „Kleinwagen“ über diese Jahre [...] einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % hielt und die Plätze [...] bis [...] einnahm (vgl. Anhang V);
- es BMW im Markt „Untere Mittelklasse“ [...]: So rückte die Marke von Platz [...] im Jahr 2007 auf Platz [...] im 2011 vor (vgl. Anhang VI);
- BMW im Markt „Obere Mittelklasse“ im Zeitraum 2007 bis 2008 mit einem Marktanteil von rund [...] % [...] war. Im Jahr 2009 [...]. Im Jahr 2011

hielt BMW [...] einen Marktanteil von [...] % und belegte Platz [...] (vgl. Anhang VII);

- BMW im Markt „Oberklasse“ über die Jahre jeweils einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % innehatte und damit jeweils Platz [...] oder [...] einnahm. Zusammen mit Mercedes, Audi und Volvo betrug der Marktanteil zwischen 57 % und 76 % (vgl. Anhang VIII);
- es BMW im Markt „Luxusklasse“ seit 2007 [...]: Im Jahr 2008 lag sie mit einem Marktanteil von [...] % [...]. Ab dem Jahr 2009 war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % auf dem Markt vertreten und rückte damit [...] (2009) resp. [...] (2010 und 2011) [...]. Marktführerin in allen Jahren war [...] mit Marktanteilen von [...] % bzw. [...] %. (vgl. Anhang IX);
- die Marktstrukturen in den relevanten Märkten „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“ und „Obere Mittelklasse“, insgesamt stabiler sind als in den Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.

259. Insgesamt zeigen diese Grafiken eine gewisse Marktdynamik in allen Märkten auf, insbesondere im Markt „Luxusklasse“. Allerdings sind Marktanteilschwankungen von über 5 % nur vereinzelt erkennbar, was für eher stabile Marktstrukturen auf allen relevanten Märkten spricht.

260. Gemäss BMW AG sei angesichts der festgestellten Marktanteilschwankungen von teilweise über 5 % und des geringen Grades an Marktkonzentration mit einer Vielzahl von Wettbewerbern in allen Märkten nicht von stabilen Marktstrukturen in der Schweiz auszugehen. BMW AG macht geltend, die Marktanteile der einzelnen Hersteller seien gemessen an ihrem jeweiligen absoluten Marktanteil z.T. erheblichen Schwankungen ausgesetzt. Betrachte man die Marktanteilsentwicklung über den Zeitraum 2007 bis 2010, so oszilliere der Marktanteil der stärksten Wettbewerber bzw. Marken um 3 % bis 10 %. Im Markt „Oberklasse“ habe sich der Marktanteil von [...] zwischen [...] % und [...] %, jener von [...] sogar zwischen [...] % und [...] % verändert. Im Markt „Luxusklasse“ habe sich der Marktanteil von [...] sogar zwischen [...] % und [...] %, jener von [...] zwischen [...] % und [...] % verändert. Derartige Veränderungen zeugten von ausgesprochen hoher Dynamik, die weit über typischerweise zu beobachtende Marktanteilschwankungen hinausgingen. Die erheblichen Marktanteilschwankungen in einem dynamischen Markt würden von einem funktionierenden Wettbewerb zeugen.

261. Die von BMW AG genannten Marktanteilschwankungen von über 5 % in den Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ lassen sich anzahlmässig an einer Hand abzählen. Demgegenüber stehen pro Markt 29 resp. 38 Marken, welche weitgehend stabile Marktanteile aufweisen. Es handelt sich somit wie dargelegt um Einzelfälle, welche auch von einer gewissen Dynamik im Markt zeugen.

Innovationswettbewerb

262. Zwischen den verschiedenen Fahrzeugherstellern besteht Innovationswettbewerb. Dies zeigt sich u.a. daran, dass sie regelmässig neue Modelle und neue Versi-

onen der bereits existierenden Modelle auf den Markt bringen (vgl. z.B. die neue 1-er Serie von BMW). Die neuen Modelle verfügen über neue Eigenschaften in technologischer und designmässiger Hinsicht. Die Hersteller müssen sich laufend an die veränderten Bedürfnisse der Nachfrager anpassen. In den letzten Jahren waren Hybrid-Fahrzeuge ein grosses Thema. Im Allgemeinen werden laufend bessere Motoren entwickelt, bessere Sicherheitssysteme (z.B. Kollisionswarnsysteme) und mehr Elektronik in die Fahrzeuge integriert.

Vorbringen von BMW AG

263. BMW AG legt in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 eine Tabelle mit Preiselastizitäten¹⁸⁶ vor, jedoch ohne jegliche Spezifikation der zugrunde liegenden Daten, der vorgenommenen Schätzungen und deren Signifikanz. Die gemäss BMW AG elastische Nachfrage bei BMW und MINI Fahrzeugen deute auf fehlende erhebliche Marktanteile und erst recht auf fehlende Marktmacht hin. BMW AG schliesst daraus, dass der Wettbewerb funktioniere. Nach Kommunikation der Verkaufsmassnahme „BMW 200 %“ hätten sich die Verkaufsverträge massiv erhöht, von monatlich [...] (Januar 2011) auf monatlich [...] (März 2011), d.h. um über [...] %. Gerade weil der Wettbewerb funktioniere, würden künstliche Preiserhöhungen oder eine zunehmende Preisdifferenz zu anderen Marken zu einer Schwächung der eigenen Marktstellung führen, was selbstverständlich nicht beabsichtigt sein könne.¹⁸⁷

264. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass die vorgenommenen Schätzungen der Preiselastizitäten mangels dazugehöriger Erläuterungen nicht nachvollziehbar sind.¹⁸⁸ Insbesondere wird nicht angegeben, welche Elastizitäten (Eigenpreiselastizitäten¹⁸⁹ oder Kreuzpreiselastizitäten¹⁹⁰ bezogen auf welche Produkte und welche Märkte) geschätzt werden. Auch ist unklar, ob die Schätzungen überhaupt aussagekräftig sind, da sie nicht auf Signifikanz getestet wurden. Aus den ausgewiesenen Elastizitäten lassen sich deshalb grundsätzlich keine Schlussfolgerungen ableiten. Dennoch kann ergänzend auf Folgendes hingewiesen werden: Zwar lässt die Höhe der ausgewiesenen Elastizitäten – wie von BMW AG vorgebracht – auf eine elastische Nachfrage nach Personenwagen schliessen.¹⁹¹ Dies ist nicht weiter erstaunlich, selbst ein gewinnmaximierender Monopolist, produziert im elastischen Teil der Nachfrage.¹⁹² Es besteht jedoch kein direkter ökonomischer Zusammenhang zwischen einer hohen Preiselastizität der Nachfrage und tiefen Marktanteilen. Im Gegenteil: Der Lerner Index¹⁹³ – ein anerkanntes Mass zur Messung der Marktmacht einer Unternehmung – steigt mit zunehmendem Marktanteil der Unternehmung und sinkt mit einer zunehmenden Preiselastizität der Nachfrage. Mit anderen Worten sind die Marktanteile bei einem bestimmten Mass an Marktmacht umso höher, je höher die Preiselastizität der Nachfrage ist.

265. Die WEKO stellt darüber hinaus nicht in Abrede, dass die Kunden beim Kauf eines Neufahrzeuges in einem gewissen Mass preissensibel reagieren. Dies zeigt sich u.a. auch bereits an der erhöhten Nachfrage nach Direktimporten, seit der Schweizer Franken relativ zum Euro an Wert zugenommen hat (vgl. Rz 207).

266. Weiter bringt BMW AG vor, der Schweizer Markt weise eine geringe Konzentration und eine hohe Zahl an direkten Wettbewerbern auf. BMW AG sehe sich in allen Märkten starken Wettbewerbern gegenüber, die auf BMW AG einen erheblichen Wettbewerbsdruck ausüben würden. Dieser starke Wettbewerbsdruck sei notorisch und manifestiere sich unter anderem in folgender Form:

- sehr intensive und aufwendige Werbung der Wettbewerber in der Automobilbranche in der Presse, am Fernsehen, über Sponsoring an Anlässen, im Kino etc;
- konstanter Preiskampf in Form von Sonderangeboten, Aktionen, Zugaben, Rabatten und anderen Massnahmen zur Verkaufsförderung;
- die Hersteller stünden in dauerndem Wettkampf bezüglich Qualität, Technik, Komfort, Fortschritt sowie Entwicklung und Umsetzung von Innovation.¹⁹⁴

267. Die WEKO hat Kenntnis davon, dass die genannten Wettbewerbsparameter im Automobilssektor von Bedeutung sind (vgl. insbesondere Rz 262). Dennoch erachtet sie den Interbrand-Wettbewerb als steigerungsfähig. Anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 liess BMW AG verlauten, sie seien [...] Dies zeugt nicht von einem starken Preiswettbewerb, ansonsten sich BMW AG eine solche [...] kaum leisten könnte, ohne dabei Marktanteile zu verlieren. Daraus lässt sich ableiten, dass BMW AG sehr wohl über Marktmacht verfügt.

¹⁸⁶ Die Preiselastizität der Nachfrage nach einem bestimmten Gut gibt an, um wie viel Prozent die Nachfrage nach dem Gut sinkt, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

¹⁸⁷ Act. 164 Rz 64 ff.

¹⁸⁸ In keiner Weise entsprechen sie den Standards für ökonomische Gutachten. Vgl. EUROPEAN COMMISSION – DG COMPETITION, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, 06.01.2010, verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html; BUNDESKARTELLAMT, Bekanntmachung zu Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010, verfügbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Bekanntmachung_Standards_final.pdf [18.4.12].

¹⁸⁹ Die Eigenpreiselastizität eines bestimmten Gutes gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfrage nach diesem Gut ändert, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

¹⁹⁰ Die Kreuzpreiselastizität eines bestimmten Gutes gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfrage nach diesem Gut ändert, wenn der Preis eines anderen Gutes um ein Prozent steigt.

¹⁹¹ Von einer elastischen Nachfrage wird gesprochen, wenn die Preiselastizitäten (ϵ) in absoluten Werten grösser als eins sind: $\epsilon > 1$. Dies bedeutet, dass die Nachfrage nach einem bestimmten Gut um mehr als ein Prozent sinkt, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

¹⁹² Vgl. HAL VARIAN, Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Aufl., 2011, Kapitel 24.

¹⁹³ Der Lerner-Index Li einer bestimmten Unternehmung i lässt sich im Cournot-Modell wie folgt aufschreiben: $Li = mi/\epsilon$, wobei mi den Marktanteil der Unternehmung i darstellt und ϵ die Preiselastizität der Marktnachfrage. Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, 123.

¹⁹⁴ Act. 164 Rz 57 f.

Fazit

268. Obwohl die BMW AG auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung verfügt, sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die BMW AG ausüben. Es ist daher grundsätzlich von funktionierendem aktuellem Interbrand-Wettbewerb auszugehen. Namentlich aufgrund der von BMW AG verfolgten [...] kann jedoch abgeleitet werden, dass BMW AG über Marktmacht verfügt. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend dennoch kurz auf den potenziellen Wettbewerb eingegangen.

B.3.2.2.3.2 Potenzieller Wettbewerb

269. Für die Beurteilung der Markteintrittsbarrieren ist zu unterscheiden zwischen Unternehmen, die bereits im Automobilsektor tätig sind und „nur“ in einen neuen geografischen Markt oder in einen neuen sachlichen Produktmarkt eintreten, und solchen, die neu mit der Produktion von Automobilen beginnen.

270. Für Unternehmen, die noch nicht im Automobilsektor tätig sind, gestaltet sich ein Markteintritt allgemein schwierig, dies aus folgenden Gründen:

- Bei Personenwagen handelt es sich um hoch technologische Produkte. Deren Entwicklung und Produktion erfordert ein entsprechendes „Know-How“ und ist sehr kostenintensiv. Hinzu kommen Investitionen in den Aufbau einer Marke und die Entwicklung eines Designs;
- Je nach Markt, gestaltet sich ein Markteintritt schwieriger. Dies hat u.a. mit dem Prestige der Marken in den höherstufigen Märkten zu tun. Der Aufbau einer Automobilmarke ist zeit- und kostenintensiv. Dies zeigt sich am Beispiel der 1917 gegründeten Bayerische Motoren Werke GmbH.¹⁹⁵

271. Hingegen sind Marktbarrieren für Hersteller, die bereits in anderen geografischen Märkten oder in anderen Märkten tätig sind, als eher gering einzustufen. Die wichtigste Voraussetzung für einen Eintritt in einen anderen geografischen Markt ist der Zugang zu einem Vertriebsnetz.¹⁹⁶

272. Seit den neunziger Jahren sind denn auch verschiedene neue Marken (z.B. Kia und Hyundai) erfolgreich in den europäischen und in den schweizerischen Markt eingetreten.

273. Nachdem der koreanische Automobilhersteller SsangYong Motor Company in der Schweiz anfänglich mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, wurde dessen Kontrolle im Frühling 2011 durch die indische Gruppe Mahindra & Mahindra Ltd. übernommen. Zeitgleich wurde ein neues Modell der Marke SsangYong lanciert.¹⁹⁷

274. In den kommenden Jahren rechnen Branchenkenner zudem mit Markteintritten chinesischer,¹⁹⁸ indischer und amerikanischer¹⁹⁹ Automobilhersteller.²⁰⁰

275. Die Tatsache, dass Automobilhersteller aus anderen geografischen Märkten in den letzten Jahren in der Schweiz Fuss gefasst haben, zeigt dass es zumindest für diese Hersteller keine nicht überwindbaren Markteintrittsbarrieren gibt. Für Unternehmen, die noch nicht im

Automobilsektor tätig sind, dürfte ein Markteintritt auf jeden Fall mit hohen Investitionen verbunden sein.

B.3.2.2.3.3 Zwischenergebnis

276. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs zeigt, dass BMW AG in den Jahren 2007 bis 2011 in dem Markt „Obere Mittelklasse“ [...] und in der „Luxusklasse“ [...] und [...] war. Im Markt „Oberklasse“ hatte BMW AG über die Jahre jeweils einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % auf sich vereinigt und belegte damit die Plätze [...] oder [...]. Im Markt „Untere Mittelklasse“ belegte BMW AG in den letzten beiden Jahren die Plätze [...] und [...] mit einem Marktanteil von [...] % resp. [...] %. Im Markt „Kleinwagen“ war MINI stets unter den [...] Marken vertreten. Insgesamt verfügte die BMW Group in allen relevanten Märkten über eine starke Marktstellung. Allerdings sind bzw. waren in allen relevanten Märkten eine Vielzahl von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern vorhanden.

277. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann daher durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Märkte widerlegt werden. Gleichwohl verfügt BMW AG über Marktmacht. Alleine gestützt auf den vorhandenen Intra-brand-Wettbewerb liesse sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegend allerdings nicht widerlegen.

B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

278. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

279. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

¹⁹⁵ http://www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?..0_0_www_bmw_group_com/home/home.html&source=overview (06.10.2011).

¹⁹⁶ Developments in car retailing and after-sales markets under Regulation 1400/2002 Final report to EC DG Competition by London Economics, June 2006, Part I, 89, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/block_exemption_fi nal_1.pdf (23.09.2011).

¹⁹⁷ www.presseportal.ch/de/pm/100021832/100623590/gemeinsame-zukunft-fuer-ssangyong-und-mahindra (23.09.2011).

¹⁹⁸ www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-ersten-ChinaAutos-sind-da/story/14260149 (23.09.2011).

¹⁹⁹ www.fisker-automobile.com/index.php?id=77&L=1 (23.09.2011).

²⁰⁰ Evolution of the motor vehicle markets since Regulation 1400/2002 entered into force, Staff working document no 2, DG COMP (http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/wd2.pdf).

B.3.3.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit

Praxis der WEKO

280. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.²⁰¹ Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezweckten, als vertikale Gebietsabsprache und damit als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.²⁰² Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden Vertikalbekanntmachung 2002.

281. In ihrer jüngeren Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass namentlich geografische Marktaufteilungen mit absolutem Gebietsschutz vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb qualitativ schwerwiegend sind.²⁰³ Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert.

282. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek werden Abreden über die Beschränkung des Gebiets, in das ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder –dienstleistungen verkaufen darf, als qualitativ schwerwiegend betrachtet. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/i-iv VertBek zählt die Ausnahmen auf, bei denen eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstands nicht vorliegt. Dazu gehört u.a. die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/iii VertBek).

283. Nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek liegt eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes auch vor bei Abreden über Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind.

284. In der KFZ-Bekanntmachung wird die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, der Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz oder der Verkäufer in der Schweiz, die von einem Endverbraucher in der Schweiz beauftragt worden sind, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkungen bei einem in der Schweiz zugelassenen oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) tätigen Händler zu beziehen, als in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert, die nicht gerechtfertigt ist (Ziff. 11 i.V.m. 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung).

285. Gemäss der fraglichen Exportverbotsklausel (Rz 86) ist es den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR nicht gestattet, BMW- und MINI-Neufahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Damit wurden passive Verkäufe an Endkunden (Direktimporte), bevollmächtigte Vermittler und an zugelassene Händler (Querlieferungen) in der Schweiz ausgeschlossen. Dadurch wird der schweizerische Markt abgeschottet.

Folglich handelt es sich um eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 1 VertBek, bei der, in quantitativer Hinsicht, tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (vgl. Rz 279).

Praxis der Europäischen Kommission

286. Auch in der EU sind Klauseln problematisch, die Importe in ein EU-Mitgliedstaat untersagen. In der EU gehören namentlich folgende Beschränkungen zu den Kernbeschränkungen, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führen

- 1) Beschränkungen des Gebiets, in das der Händler Vertragswaren verkaufen darf; jedoch gilt die Freistellung für:

Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, sofern dadurch Verkäufe seitens der Kunden des Händlers nicht begrenzt werden²⁰⁴;

- 2) die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Handelsstufentätig sind²⁰⁵.

287. Kernbeschränkungen sind Vertragsklauseln, die die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken und bei denen zu vermuten ist, dass sie den Verbrauchern so stark schaden, dass sie gegen Art. 101 AUEV²⁰⁶ verstossen. Findet sich auch nur eine Kernbeschränkung in einem Vertrag, führt dies dazu, dass der gesamte Vertrag nicht mehr von der Freistellung durch die GVO profitieren kann. Die Vermutung ist allerdings durch eine Effizienzverteidigung widerlegbar, wobei die Beweislast den Parteien obliegt.²⁰⁷ Beim vorliegenden vertraglichen Exportverbot, das sämtliche Lieferungen an Abnehmer ausserhalb des EWR ausschliesst, würde es sich um eine Kernbeschränkung im erwähnten Sinne handeln.

²⁰¹ RPW 2000/2, 209 Rz 50, *Volkswagen Vertriebssystem*.

²⁰² RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., *Système de distribution Citroën*.

²⁰³ Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*, Verfügung Nikon AG vom 28. November 2011 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheide sind noch nicht rechtskräftig*).

²⁰⁴ Art. 4 Abs. 1 Bst. b) i) Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (nachfolgend: KFZ-VO) und Art. 4 Bst. b) i) Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABI. L 102 vom 23.4.2010 1 (nachfolgend: Vertikal-GVO).

²⁰⁵ Art. 4 Bst. d) KFZ-VO; Art. 4 Bst. d) Vertikal-GVO.

²⁰⁶ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABI. G 115 vom 9.5.2008 47 (AEUV).

²⁰⁷ STEPHAN SIMON, Die neue Kartellrechtsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für Vertriebs- und Lieferverträge, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 12. Dezember 2010, 497 ff., 500.

B.3.3.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit

288. Die Prüfung des quantitativen Elements der Erheblichkeit erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Beseitigungssvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;²⁰⁸ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen (top-down). Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.²⁰⁹ Bei der Frage, inwieweit eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht (bottom-up). Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).²¹⁰

289. Damit gilt für die sanktionierbaren „harten“ vertikalen Abreden dasselbe Prinzip wie für „harte“ horizontale Abreden.²¹¹ Der Gesetzgeber hat mit der Unterstellung der drei „harten“ Typen von horizontalen Abreden unter den Vermutungstatbestand sowie unter die Sanktionierbarkeit eine erste Auswahl der schädlichsten Abredetypen getroffen. Mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im Jahr 2003 hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.²¹² Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden.

290. Die in quantitativer Hinsicht geringen Anforderungen bei Vorliegen „harter“ (vertikaler und horizontaler) Abreden rechtfertigt sich – obwohl in der Schweiz das Missbrauchsprinzip herrscht – vor dem Hintergrund der europäischen Praxis, gemäss welcher die konkreten Auswirkungen einer Kernbeschränkung nicht im Einzelnen berücksichtigt werden müssen: Kernbeschränkungen werden unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht von der de minimis-Bekanntmachung²¹³ gedeckt. Dementsprechend brauchen die konkreten Auswirkungen einer Vereinbarung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfä-

schung des Wettbewerbs bezweckt, nach ständiger Praxis des EuGH nicht berücksichtigt zu werden.²¹⁴ Für den wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, wenn die Vereinbarung das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Demgemäss muss die Vereinbarung also lediglich konkret geeignet sein, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen. Somit ist in der EU die Einzelfreistellung vom Kartellverbot lediglich basierend auf eine Effizienzeinrede der Unternehmen (Art. 101 Abs. 3 AEUV) möglich, wobei die Beweislast den Unternehmen obliegt.

291. Obwohl die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs widerlegt werden konnte und auch ein gewisser Intra- und Interbrand-Wettbewerb vorhanden ist (vgl. Rz 244 und Rz 275), reicht das Ausmass dieser beiden Arten von Wettbewerb in casu nicht aus, um das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge der durch die BMW AG umgesetzten Gebietschutzabrede zu verneinen.

292. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, in einer Gesamtbeurteilung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf die relevanten Märkte. Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.²¹⁵

293. BMW AG wendet allgemein ein, dass die Exportverbotsklausel den Wettbewerb in der Schweiz nicht erheblich beeinträchtigt habe. Vorliegend hätten Hunderte von Nachfragern ihre Fahrzeuge problemlos vom

²⁰⁸ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

²⁰⁹ RPW 2009/2, 143 ff, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff.; *Gaba*; RPW 2010/4, 649 ff.; *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

²¹⁰ Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: *„En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets.“* RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*.

²¹¹ RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

²¹² Vgl. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, 214 Rz 445 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 KG N 8 f.

²¹³ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV) nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368 vom 22.12.2001, 13 ff.

²¹⁴ Urteil des EuGH vom 13.7.1966 verb. C-56/64 und 58/64 *Consten und Grundig*, Slg. 1966 322, 390; Urteil des EuGH vom 21.9.2006 C-105/04 *P-Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, Slg. 2006 I-8725; Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Beef Industry und Barry Brothers*, Slg. 2008 I-8637 Rz 16; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 29 f.

²¹⁵ Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

EWR in die Schweiz direktimportiert, ohne dass die Exportverbotsklausel spürbare Auswirkungen gezeitigt habe. Im Übrigen wäre den Nachfragern ein Ausweichen auf Tageszulassungen ohne weiteres möglich gewesen.²¹⁶

294. Die Tatsache, dass es Nachfragern trotz Exportverbot möglich gewesen ist, BMW und MINI Neufahrzeuge aus dem EWR direkt und/oder parallel zu importieren, ist unbestritten (vgl. Rz 220 f.). Diesen erfolgreich durchgeführten Direkt- oder Parallelimporten stehen hingegen die vielen innerhalb kurzer Zeit beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen von Endkonsumenten in der Schweiz gegenüber, die erfolglos versucht haben, im EWR einen BMW- oder MINI-Neuwagen zu kaufen (vgl. Rz 222 und Anhang XV). Auch im Vergleich mit anderen Herstellern war die Anzahl direkt- oder parallelimportierter BMW- und MINI-Neufahrzeuge sehr bescheiden (vgl. Rz 221). Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden haben. Im Übrigen sind Tageszulassungen nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in diesem Bereich Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden (vgl. Rz 225). Derartige Umgehungsgeschäfte belegen einerseits, dass ein Exportverbot besteht und sich die Händler zumindest zu dessen Einhaltung verpflichtet fühlen, andererseits belegen sie aber auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten in die Schweiz besteht und die Händler ein Interesse haben, diese zu decken (vgl. Rz 232).

Marktstellung der BMW AG

295. Die Marken BMW und MINI sind im Automobilmarkt unbestritten wohlbekannte Marken, welche im Markt stark positioniert sind. Dies bestätigte BMW AG auch anlässlich der Anhörung vor der WEKO.²¹⁷

Marktanteile

296. Bei der Prüfung des Interbrand-Wettbewerbs wurde festgestellt, dass die BMW AG zwischen 2007 und 2011 auf allen relevanten Märkten eine wichtige Marktstellung einnahm (siehe Rz 256, Anhang V ff.). Im relevanten Markt „Oberklasse“ war BMW AG stets auf den Plätzen [...] und [...]. Zusammen mit Mercedes, Audi und Volvo vereinigte BMW AG in diesem Markt einen Anteil zwischen 57 % und 76 %. Im Markt „Obere Mittelklasse“ musste BMW AG die [...], in der „Luxusklasse“ war BMW AG [...], im Markt „Untere Mittelklasse“ konnte sie [...] und belegte die Plätze [...] und [...]. Im Markt „Kleinwagen“ war die BMW AG mit MINI [...]. Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen das Verkaufsgebiet der Schweiz vertraglich vom EWR abschottet, wird der Wettbewerb auf den relevanten Märkten dadurch erheblich beeinträchtigt.²¹⁸

297. BMW AG macht geltend, der Wettbewerb könne nur von einem Unternehmen beeinträchtigt werden, welches über Marktmacht verfüge. So halte der Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz²¹⁹ fest, dass vertikale Restriktionen nur dann antikompetitive Auswirkungen zeitigen können, falls Unternehmen mit Marktmacht involviert seien. Auch nach Rechtsprechung des Bundesgerichts könne eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nur vorliegen, wenn die Beteiligten einen

erheblichen Marktanteil halten würden (BGE 129 II 18 E. 5.2.1). BMW AG verfüge in allen relevanten Märkten lediglich über geringe Marktanteile. Weiter führt BMW AG die Entscheide der WEKO betreffend die beiden horizontalen Abreden „Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs“²²⁰ und „JC Decaux/Affichage“²²¹ an und bringt vor, in dieser Fallpraxis sei die Erheblichkeit stets nur bei sehr hohen Marktanteilen des an der Abrede beteiligten Unternehmens bejaht worden.

298. Diese Vorbringen von BMW AG stossen aus folgenden Gründen ins Leere:

- Zunächst muss festgehalten werden, dass die angeführte Fallpraxis der WEKO zum Zeitpunkt der Stellungnahme von BMW AG vom 13. Januar 2012 rund 14 resp. 10 Jahre alt war, somit noch vor der Revision des Kartellgesetzes im 2003 datiert und der zwischenzeitlich fortgeführten Fallpraxis nicht Rechnung getragen wird (vgl. Fn 206). Weiter betrafen beide genannten Verfahren bloss Kooperationsabreden und nicht Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Es handelte sich somit um qualitativ weniger erhebliche Abreden und somit waren an das quantitative Element erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. Rz 279).
- Der von BMW AG angeführte Synthesebericht ist insofern missverständlich, als an der angegebenen Stelle auch nachzulesen ist, dass es keine einfache Regeln gibt, ob eine bestimmte vertikale Restriktion pro- oder antikompetitiv wirkt. Erforderlich sei jeweils eine Einzelfallprüfung.²²² Diese Anregungen im Synthesebericht richteten sich in erster Linie gegen die seinerzeit zur Diskussion stehende *per se*-Erheblichkeit unter der damals noch geltenden (alten) Vertikalbekanntmachung der WEKO²²³. Aus deren Ziff. 10 und 12 aVert-Bek ergab sich für bestimmte vertikale Restriktionen

²¹⁶ Act. 164 Rz 68 ff.

²¹⁷ Act. 185, 35 f.

²¹⁸ Selbst bei einer enger oder weiter gefassten Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, d.h. wenn die Produktmärkte für neue Personenwagen mehr oder weniger anstelle der sechs relevanten Märkte umfassen würde (vgl. Rz 183 f.), so würden die in diesem Abschnitt aufgeführten Argumente gleichermassen für die jeweiligen (kleineren oder grösseren) Märkte gelten. Insbesondere die starke Marktposition, die festgestellten Preisunterschiede zum Ausland, die generelle Anwendbarkeit der Exportverbotsklausel auf die ganze Produktpalette BMW- und MINI-Neufahrzeuge und die Auswirkungen auf die relevanten Märkte führten *in casu* zu demselben Ergebnis. Auch wenn der räumlich relevante Markt grösser als die Schweiz abgegrenzt würde, kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden, wonach auch dann die Auswirkungen im „abgeschotteten“ Teil, nämlich der Schweiz, nachzuweisen sind und nicht in einem allfällig räumlich grösseren Markt (vgl. Fn 129).

²¹⁹ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008, Rz 76.

²²⁰ RPW 1997/4, 458 N 35 f.

²²¹ RPW 2001/2, 326 N 86 und 328 f N 95.

²²² Synthesebericht (Fn 219), Rz 256.

²²³ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (nachfolgend: aVert-Bek), RPW 2007/4, 675 ff.

eine automatische Bejahung der Erheblichkeit. Diese Rechtsauffassung ist mittlerweile überholt: Erstens erliess die WEKO am 28. Juni 2010 die neue Vertikalbekanntmachung, welche bei der Erheblichkeitsprüfung nunmehr explizit erwähnt, dass qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind und die Abwägung dieser beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat (Ziffer 12 Abs. 1 Vert-Bek). Zudem macht Ziffer 11 deutlich, dass für eine Widerlegung der Vermutung auf eine Gesamtbetrachtung des Marktes (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt) abgestellt wird. Sämtliche in der Zwischenzeit erfolgten Entscheide der WEKO in Sachen Vertikalabreden beinhalteten folglich eine Einzelfallprüfung, in der beide Elemente (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb) einzeln als auch in Kombination in Erwägung gezogen wurden.²²⁴

- Es wurde festgestellt, dass BMW AG über Marktmacht verfügt, es kann auf die Erwägungen weiter oben verwiesen werden (vgl. Rz 267).

299. Schliesslich bringt BMW AG vor, das Bundesgericht gehe bei 90 % Marktanteil davon aus, dass wirksamer Wettbewerb ausscheide. Im Fall „Fahrschule Graubünden“ habe die WEKO noch bei einer Bindung von 72 % des relevanten Marktes auf wirksamen Aussenwettbewerb erkannt. Im Fall „Clima Suisse“ habe die REKO-WEF festgehalten, dass bei einem gebundenen Marktanteil von 5-15 % in keinem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vorliege. Im Bereich der grundsätzlich weniger schädlichen Vertikalabreden müsse die kritische Marktanteilsschwelle mindestens so hoch liegen wie bei Art. 5 Abs. 3 KG.

300. Dem ist zu entgegnen, dass BMW AG bei der zitierten Fallpraxis den Unterschied zwischen der Beseitigung und der erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zu verkennen scheint. Ersteres ist Gegenstand bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 resp. 4 KG, während die Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG geprüft wird. Vorliegend ist die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG unstreitig, weshalb BMW AG von der zitierten Fallpraxis nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Im Fall „Fahrschule Graubünden“ wurde schliesslich eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung festgestellt.²²⁵ Im Fall „Clima Suisse“ war hingegen nicht Gegenstand der Untersuchung, ob die von Clima Suisse herausgegebene Tariffliste für sich alleine betrachtet eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.²²⁶

Preisunterschiede zum Ausland

301. Im Rahmen des Vergleichs der Preise für BMW- und MINI-Neufahrzeuge in der Schweiz und im EWR anhand der Preislisten 2011 wurden für alle relevanten Märkte erhebliche Preisunterschiede festgestellt (Rz 195 ff.; Anhänge II f.).

- Bei BMW bewegen sich die Preisunterschiede bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF zwischen CHF 11'600.- und CHF 68'500.- und bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF zwischen CHF 4'300.- und CHF 25'200.-.

- Bei MINI bewegen sich die Preisunterschiede bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF zwischen CHF 6'100.- und CHF 12'300.- und bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF zwischen CHF 800.- und CHF 3'700.-.
- Bei einem Durchschnittskurs von 1.25 EUR/CHF sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke BMW in Deutschland zwischen 20 und 25 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 7'000.- und CHF 41'700.-. Bei einem Kurs von 1.25 EUR/CHF sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke MINI in Deutschland zwischen 12 und 18 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 2'900.- und CHF 6'900.-.

302. Der angestrebte Preisvergleich berücksichtigt Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen nicht. Die Berücksichtigung dieser Parameter im Preisvergleich wäre schlichtweg unmöglich (vgl. Rz 206). Es ist unbestritten, dass solche Verkaufsfördermassnahmen bestehen und einen Einfluss auf die jeweiligen Endkonsumentenpreise haben. Diese vermögen jedoch das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder wenn dann nur geringfügig zu verkleinern: Denn selbst nach Angaben von BMW AG besteht ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 (vgl. Rz 208). Zudem sprechen die Anzeigen und die Angaben von [Grosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial (vgl. Rz 208). Ausserdem gewähren die Händler Rabatte nicht nur in der Schweiz sondern auch in EWR-Ländern.

303. Wegen den vorliegenden Preisdifferenzen vermag auch das Argument von BMW AG nicht zu überzeugen, wonach der Preisvergleich ausstattungsbereinigt hätte erfolgen müssen. Es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden, wonach ein ausstattungs-bereinigter Preisvergleich ein erheblicher Aufwand mit sich bringen würde, aber keine signifikante Auswirkung auf die festgestellten Preisunterschiede gehabt hätte, da bloss geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen vorliegen (Vgl. Rz 204).

304. Folglich besteht seit Oktober 2010 für Kaufinteressenten in der Schweiz ein grosser Anreiz, einen BMW- bzw. MINI-Neuwagen im EWR zu kaufen. Insgesamt kann daher ein beträchtliches Arbitragepotenzial festgestellt werden, das durch die Endkonsumenten in der Schweiz aufgrund des vertraglichen Exportverbots in die Schweiz nicht ausgeschöpft werden kann.

²²⁴ Vgl. Fn 203.

²²⁵ RPW 2003/2, *Fahrschule Graubünden*, 291 Rz 88.

²²⁶ RPW 1999/4, *Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999*, 614 Rz 10.

Auswirkungen auf die relevanten Märkte

305. Es wurde hinreichend dargetan und belegt, dass die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht hat, Vertriebspartner der BMW AG im EWR davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen (vgl. Rz 167), so dass keine bzw. eine stark eingeschränkte disziplinierende Wirkung durch Direkt- und/oder Parallelimporte erfolgen konnte. Hält man sich Anhang XVI vor Augen, so fällt auf, dass bei Audi der Direktimportanteil im Jahr 2010 im Vergleich zum Vorjahr von 4.59 % auf 7.70 % angestiegen, bei Mercedes von 1.58 % auf 1.91 % und bei BMW Neufahrzeugen von 0.91 % auf 1.01 %. Im Jahr 2011 stiegen die Direktimportanteile für Audi erneut auf 10.62 %, für Mercedes auf 3.43 % und BMW auf 2.29 %. Als Vergleich wurden im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich 7.29 % (in absoluten Zahlen: 23'264 Neufahrzeuge) direkt und/oder parallel in die Schweiz importiert. Insgesamt wird der markeninterne Preis- und Qualitätswettbewerb zwischen den zum Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zugelassenen Händlern durch das vertragliche Exportverbot stark beschränkt (Rz 244).

Erwägungen zu den Gegenargumenten von BMW AG

306. BMW AG wendet ein, bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb zeigten vertikale Restriktionen in der Regel keine schädliche Auswirkungen. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine vertikale Abrede wäre von vornherein ausgeschlossen. Eine Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs sei nur dann problematisch, wenn eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig ist bzw. auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb herrsche.²²⁷

307. Wie in Abschnitt „3.2.2.3 Interbrand-Wettbewerb“ eingehend dargelegt, verfügt die BMW AG auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung. Dennoch sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die BMW AG ausüben. Namentlich aufgrund der von BMW AG verfolgten Preisstrategie kann gleichwohl auf Marktmacht der BMW AG geschlossen werden (vgl. Rz 267). Diese nuancierten Erwägungen schliesst die WEKO bei der vorliegenden Beurteilung zur Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne einer Gesamtbeurteilung mit ein (vgl. Rz 288 ff.). Einer pauschalen Auffassung, wonach eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch vertikale Abreden von vornherein ausgeschlossen werden könne, kann sich die WEKO indes nicht anschliessen, zumal dies auch klar dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehen würde (vgl. Rz 281 und 289). Für die tatsächlich festgestellten Auswirkungen kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden (vgl. Rz 294).

308. BMW AG bringt vor, es fehle an einer substantiierten Feststellung zu etwaigen Auswirkungen der Exportverbotsklausel auf die Preise für BMW Neufahrzeuge in der Schweiz. Nach Ansicht von BMW AG wäre dies ein gewichtiges Indiz für oder gegen eine (erhebliche) Beeinträchtigung des Intra-brand-Wettbewerbs. Ferner fehle es am Nachweis, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Ziffer 1.5 des EWR Händlervertrags und der an-

geblich erheblichen Behinderung von Direkt- und Parallelimporten in die Schweiz besteht.²²⁸

309. Der WEKO liegen eindeutige Beweise vor, wonach die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht haben, Vertriebspartner der BMW AG davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen (vgl. Rz 167). Die Kausalität zwischen der Exportverbotsklausel und der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten ist aufgrund der diversen Anzeigen erstellt (vgl. Anhang XV). Die sich daraus ergebende Beschränkung des markeninternen Preis- und Qualitätswettbewerbs wurde ebenfalls dargelegt; es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 305).

B.3.3.3 Zwischenergebnis

310. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG und ihren Vertragshändlern im EWR zumindest seit Oktober 2010 zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

B.3.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

311. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

²²⁷ BMW AG stützt sich dabei einerseits auf das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Günter Heine und Prof. Dr. Robert Roth zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Kartellrechtsrevision (Stand 13. Oktober 2010, teilweise aktualisiert zum 25. März 2011), erstellt im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), 34. Andererseits auf den Bericht des EVD gestützt auf Art. 59a KG über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen, vom Bundesrat am 25. März 2009 gutgeheissen, 10 f., sowie auf den Synthesebericht (vgl. Fn 219), Rz 256. Weiter stützt sich BMW AG auf AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel, Roger Zäch (Hrsg.): Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 ff., 106; ferner auf REY, P./VERGÉ T., The Economics of Vertical Restraints, in Handbook of Antitrust Economics, Paolo Bucicrossi Ed., MIT Press, April 2008, 386.

²²⁸ Act. 164 Rz 105 ff.

312. Im Falle einer Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Vorliegend sind keine Gründe wirtschaftlicher Effizienz ersichtlich, die ein Exportverbot in Bezug auf die Schweiz in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG rechtfertigen würden. Namentlich liegt keiner der in Ziff. 16 Abs. 4 VertBek enthaltenen Rechtfertigungsgründe vor. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihren Stellungnahmen denn auch keinen Rechtfertigungsgrund geltend gemacht.²²⁹

B.3.5 Ergebnis

313. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum folgenden Ergebnis:

- Das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein stellt eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten widerlegt werden.
- Das vertragliche Exportverbot beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dennoch auf allen relevanten Märkten zumindest seit Oktober 2010 erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG.

B.4 Sanktionierung

B.4.1 Allgemeine Ausführungen

B.4.1.1 Einleitung

314. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.²³⁰

315. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.4.1.2 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

316. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.

B.4.1.2.1 Unternehmen

317. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unterneh-

men ausgehen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.²³¹

318. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen sind von der BMW AG selbst bzw. von deren Vertriebsgesellschaften im EWR ausgegangen. Die BMW AG ist als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren, wobei ihr die Wettbewerbsbeschränkungen durch ihre Vertriebsgesellschaften im EWR zugerechnet werden (siehe oben Rz 74 und 127).

B.4.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise

319. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.²³² Gemäss 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, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:²³³ (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 4 KG und (2) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

320. Wie vorangehend dargelegt wurde, lag zwischen der BMW AG und ihren Vertriebspartnern im EWR zumindest seit Oktober 2010 eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vor. Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

B.4.1.2.3 Sanktionierbarkeit im Falle der Widerlegung der Vermutung

321. Die Rechtsvertreter der BMW AG halten direkte Sanktionen nicht für möglich, wenn die Beseitigung der Vermutung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann. Sie sind der Auffassung, das Legalitätsprinzip würde verletzt, wenn „nur“ unter Art. 5 Abs. 1 KG fallende Abreden mit direkten Sanktionen belegt würden. Sie bringen unter anderem vor, angesichts des strafrechtlichen Charakters direkter Sanktionen gebiete das Analogieverbot und das Bestimmtheitsgebot, direkte Sanktionen auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu beschränken. Es sei dabei auf die Wirkung der Abrede und nicht auf den Typ der Abrede abzustellen, weil der Abredetyp alleine keine kartellrechtliche Würdigung erlaube. Die Schweiz kenne keine „per-se“-Verbote.²³⁴

²²⁹ Act. 43 und Act. 164.

²³⁰ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (Botschaft KG 2003), BBl 2002, 2023, 2033 ff.

²³¹ Vgl. anstelle vieler JÖRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 49a N 6, und PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8.

²³² Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2036 f.

²³³ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

²³⁴ Act. 43 Rz 82 und Act. 164 Rz 113 ff.

322. Die WEKO vertritt diesbezüglich eine andere Auffassung. Für die Sanktionierung relevant ist die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede, nicht der Grad der Beschränkung des Wettbewerbs. Gemäss Praxis der WEKO können Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG auch dann sanktioniert werden, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Das Bundesgericht hielt fest, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.²³⁵ Folglich werden nicht nur Abreden erfasst, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, sondern auch solche, die diesen erheblich beeinträchtigen.

323. In der Botschaft KG 2003 steht Folgendes: „Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Art. 5 Abs. 1 KG 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.“²³⁶ Es kommt folglich nicht darauf an, ob der wirksame Wettbewerb durch eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vollständig beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.

324. Andernfalls würde es in der Praxis kaum je zur Verhängung direkter Sanktionen kommen, denn die WEKO kam bereits in der Vergangenheit praktisch nie zum Ergebnis, dass der Wettbewerb beseitigt war. Dies dürfte nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der Art. 49a KG im Rahmen der KG-Revision eingeführt hat, um das Sanktionensystem zu verschärfen.²³⁷

325. Eine entsprechende Präzisierung ist jedenfalls auch in Art. 49a Abs. 1 KG nicht enthalten.²³⁸ Damit von einer direkten Sanktion abgesehen werden kann, muss eine Wettbewerbsabrede folglich kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.²³⁹

326. Da die Gesetzesvermutung vorliegend zwar umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietschutzabrede den Wettbewerb indes erheblich beeinträchtigt und sich darüber hinaus nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig – und somit sanktionierbar – zu qualifizieren.

B.4.1.2.4 Vorwerfbarkeit

Allgemeines

327. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt.²⁴⁰ Dementsprechend vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhän-

gung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist.²⁴¹

328. In der Lehre sind die Meinungen geteilt: Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen ihrer rein verwaltungsrechtlichen Natur kein Verschulden voraussetzen. Auf der anderen Seite wird argumentiert, aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Verwaltungssanktionen würden diese ein Verschulden voraussetzen.²⁴²

329. In ihrer bisherigen Praxis zu Art. 49a Abs. 1 KG²⁴³ nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden darf, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind.²⁴⁴ Die REKO/WEF hat die Frage der Notwendigkeit des Verschuldens in diesem Entscheid jedoch offengelassen. Dennoch prüfte die WEKO den Aspekt in der Vergangenheit unter dem Titel der Vorwerfbarkeit.²⁴⁵ Ein Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist dem Unternehmen nach der einschlägigen Lehre und Praxis bereits dann vorwerfbar, wenn ihm eine objektive Sorgfaltpflichtverletzung vorgeworfen werden kann.²⁴⁶

330. Das Kartellgesetz darf für die Unternehmen als dessen Adressaten allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden und von den Unternehmen darf gefordert werden, dass sie sich über dessen Auslegung und Tragweite informieren.²⁴⁷ Ein Unternehmen muss grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass es durch das Verhalten seiner Mitarbeiter und Organe nicht zu Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht kommt.²⁴⁸

²³⁵ BGE 135 II 60, 63, E. 2.1.

²³⁶ Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2037.

²³⁷ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 7 f.

²³⁸ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

²³⁹ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a Rz 8.

²⁴⁰ Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2034. Schon die Botschaft 1994 (Fn 31) hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994, 153).

²⁴¹ Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, 152 Rz 35, *BNP/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *X/C-AG und D-AG*, und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., insb. 589, sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, 515 ff.

²⁴² BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 237), Art. 49a N 10, m.w.N.

²⁴³ Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 334, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 393, *Terminierung Mobilfunk*.

²⁴⁴ Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., *Rhône-Poulenc/Merck*.

²⁴⁵ Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 333, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 391, *Terminierung Mobilfunk*.

²⁴⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 237), Art. 49a N 10, m.w.N.

²⁴⁷ CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 85.

²⁴⁸ RPW 2009/3, 196 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

331. Dies gilt umso mehr, als die WEKO seit Anfang des letzten Jahrzehnts wiederholt ihre konstante Haltung aufgezeigt hat, wonach die Märkte und insbesondere der Zugang zum EWR offen sein müssen. Sämtliche Bekanntmachungen der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden brachten und bringen unmissverständlich zum Ausdruck, dass gebietsabschottende Abreden, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden statuieren, als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung angesehen werden.²⁴⁹ Ebenso enthält die KFZ-Bekanntmachung (Beschluss der WEKO vom 21. Oktober 2002) in Ziff. 14 Bst. a, c und d entsprechende Bestimmungen. Auch die dazugehörigen Erläuterungen²⁵⁰ legen fest, ein Kraftfahrzeuglieferant dürfe im Selektivvertriebssystem sog. aktive und passive Verkäufe nicht einschränken (vgl. Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung).²⁵¹ Bereits in den Entscheidungen *Volkswagen Vertriebsystem und Systèmes de distribution Citroën* brachte die WEKO klar zum Ausdruck, dass Gebietsschutzabreden gegen das Kartellgesetz verstossen (vgl. Rz 280). Letztlich hielt die WEKO im Entscheid i.S. Gaba vom 30. November 2009 fest, die Verhinderung von Parallelimporten führe nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und belegte die fehlbaren Unternehmen nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer siebenstelligen Sanktion.²⁵²

332. Vor diesem Hintergrund kann ganz allgemein von einem international tätigen Konzern, welcher jährlich einen zehnstelligen Umsatz in der Schweiz generiert, erwartet werden, dass er sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen auseinandersetzt und sich entsprechend organisiert.

Im konkreten Fall

333. Vorliegend hat die BMW AG direkt bzw. haben Vertriebsgesellschaften der BMW AG (siehe oben Rz 126) mit ihren Vertriebspartnern im EWR unzulässige Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vereinbart und umgesetzt:

- Der EWR-Händlervertrag für den Vertrieb von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI enthält eine Klausel, wonach es dem Händler nicht gestattet ist, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) in Länder ausserhalb des EWR zu liefern oder Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten (Rz 85).
- Die offizielle Konzern-Kommunikation der BMW AG im Zusammenhang mit dem Import von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen aus dem EWR in die Schweiz lautete folgendermassen (vgl. Rz 146, Rz 157): Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckte sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des EWR auf den gesamten EWR. Hierdurch hätten 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 unterhalte bislang mit

den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gelte jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sähen 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 würde die Position der Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt. Die BMW Group verfüge auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben. Jeder Neuwagen werde hier mit attraktiven „BMW Service Plus“ Paketen ausgeliefert, die so z.B. in Deutschland nicht im Kaufpreis enthalten seien.²⁵³

Das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wurde folglich mit Wissen und Willen der Konzernzentrale, BMW AG, mit den Vertriebspartnern vereinbart und umgesetzt.

Stellungnahmen BMW: Exportverbotsklausel ist mit EU-Recht vereinbar

334. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihren Stellungnahmen vorgebracht, der EWR-Händlervertrag basiere auf den im EWR geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von neuen Automobilen und Ersatzteilen, insbesondere den Bestimmungen des Art. 101 des Vertrages über die Europäische Union und der hierauf basierenden Gruppenfreistellungsverordnung VO (EG) 1400/2002. Der EWR-Händlervertrag sei von der europäischen Kommission in einem aufwändigen Verfahren zwischen 2003 und 2005 eingehend geprüft und hinsichtlich der genannten Ziff. 1.5 nicht beanstandet worden. Europäische Vertriebsverträge würden regelmässig branchenübergreifend ein Exportverbot in Länder ausserhalb des EWR vorsehen und hierdurch die vertragliche Wirtschaftsgemeinschaft der Mitgliedstaaten des EWR mit ihren rund 500 Millionen Einwohnern abbilden.²⁵⁴

Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht

335. Die Konformität der EWR-Händlerverträge mit dem EU-Recht steht vorliegend nicht zur Diskussion, sondern einzig die Vereinbarkeit von deren Auswirkungen mit dem schweizerischen Kartellrecht.

²⁴⁹ Vgl. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 (VertBek 2002), RPW 2002/2, 400 ff., Ziff. 3 Bst. a, c und d; Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (VertBek 2007), RPW 2007/4, 675 ff., Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b sowie Ziff. 12 Bst. b; sowie Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Fn 67, VertBek), Erw-Gr. IV., Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b sowie Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b.

²⁵⁰ Vgl. Fn 10.

²⁵¹ Dieselbe Bestimmung enthielt bereits die Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel aus dem Jahr 2004, RPW 2004/3, 964 ff., Erläuterungen zu Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung.

²⁵² RPW 2010/1, 71 f. Rz 325, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

²⁵³ Schreiben der BMW AG (Act. 2), E-Mail BMW Parklane UK (Act. 9).

²⁵⁴ Act. 43 Rz 14 und Act. 164 Rz 116 ff.

336. Wie unter dem räumlichen Geltungsbereich (Rz 76) aufgezeigt, ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung in Abschnitt B.3. hat zum Ergebnis geführt, dass das Exportverbot in den BMW-Händlerverträgen im EWR eine Gebietsschutzabrede darstellt, die den Wettbewerb auf den relevanten Märkten in der Schweiz erheblich beeinträchtigt (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Es handelt sich um einen Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG, welcher der BMW AG vorgeworfen werden kann, weil sie ihre objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat, was nachfolgend aufgezeigt wird:

337. Von einem international tätigen Konzern in der Grösse der BMW Group darf erwartet werden, dass mögliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit aus einer internationalen Perspektive heraus beurteilt werden und nicht auf einen spezifischen Rechtsraum fokussiert wird. Konkret hätte von der BMW AG erwartet werden können, dass keine Exportverbote in Bezug auf die Schweiz in die EWR-Händlerverträge aufgenommen werden. Dies insbesondere auch vor folgendem Hintergrund:

338. Die Schweiz ist im Allgemeinen der dritt wichtigste Handelspartner der EU. Im Bereich Warenhandel ist die Schweiz mit einem Anteil von 7.1 % der viert wichtigste Handelspartner der EU, hinter den USA (15.9 %), China (13 %) und Russland (7.9 %). Der Warenaustausch der EU mit der Schweiz betrug 2009 rund 162.4 Mrd. EUR (Exporte in die Schweiz: 88.6 Mia. EUR, Importe aus der Schweiz: 73.8 Mia. EUR). Sie gehört zu denjenigen Staaten, mit denen die EU eine positive Handelsbilanz aufweist (2009: fast 15 Mrd. Euro Überschuss). Innerhalb der EU sind Deutschland (37.8 % des Schweizer Handels mit EU-Staaten), Italien (13.5 %), Frankreich (12.1 %) und die Niederlande (5.6 %) und Österreich (5.6 %) die bedeutendsten Handelspartner der Schweiz.²⁵⁵ Das Handelsvolumen ist in den letzten 20 Jahren durchschnittlich um rund vier % pro Jahr gewachsen. Ein Grossteil dieser Warenflüsse fällt unter den Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (EG, siehe unten Rz 339).²⁵⁶

339. Um einen westeuropäischen Grossmarkt zu schaffen, wurden Anfang der 1970er Jahre zwischen der EG und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA (Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz) Freihandelsabkommen geschlossen. Die Schweiz unterzeichnete 1972 mit der EG ein Freihandelsabkommen (FHA). Das FHA schafft eine Freihandelszone für industrielle Erzeugnisse zwischen der Schweiz und der EU. Innerhalb dieser Zone werden Industriewaren mit Ursprung im Gebiet der beiden Vertragsparteien zollfrei gehandelt. Das Abkommen verbietet zudem mengenmässige Beschränkungen des Handels (Kontingente) sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung wie Zölle.²⁵⁷

340. Vor dem Hintergrund eines westeuropäischen Grossmarktes, der mit dem FHA Schweiz-EG geschaffen wurde, darf die BMW AG ihre Geschäftstätigkeit nicht isoliert aus der Perspektive der EU bzw. des EWR²⁵⁸ beurteilen.

341. Die wettbewerbsrechtliche Problematik der Behinderung bzw. Verhinderung von Direktimporten geht zwangsläufig über die jeweilige Grenze des Landes bzw. des Raumes, dessen Abnehmer von der Gebietsabschottung betroffen sind, hinaus. Mit anderen Worten verletzt ein Fahrzeug-Hersteller im EWR seine objektiven Sorgfaltspflichten, indem er mit seinen Vertriebspartnern im EWR vertraglich ein Exportverbot vereinbart, das zur Abschottung eines bestimmten Gebietes führt, und zwar unabhängig davon, ob sich dieses Gebiet innerhalb oder ausserhalb des EWR befindet. Andernfalls liessen sich derartige Gebietsabschottungen gar nicht verhindern und müssten erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen in der Art der vorliegenden durch die Abnehmer im abgeschotteten Gebiet wehrlos hingenommen werden. Um derartige Konstellationen zu verhindern, hat der schweizerische Gesetzgeber das Auswirkungsprinzip ins Kartellgesetz aufgenommen. Dass dieses vorliegend greift, wurde vorangehend aufgezeigt (Rz 76 und 336). Das Auswirkungsprinzip gilt umgekehrt auch im europäischen Wettbewerbsrecht.²⁵⁹

342. Im vorliegenden Fall war sich die BMW (Schweiz) AG der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direktimporten bewusst: Nachdem sie den schweizerischen Händlervertrag am 30. Dezember 2004 dem Sekretariat gemeldet hatte, informierte die BMW (Schweiz) AG ihre Geschäftspartner am 24. November 2005 nämlich schriftlich, dass u.a. die Durchführung passiver und aktiver Käufe von neuen BMW Fahrzeugen aus dem EWR, innerhalb der Regelungen des selektiven Vertriebssystems, erlaubt seien (siehe oben Rz 93 ff.). Dieses Wissen der BMW (Schweiz) AG muss sich die BMW AG als Unternehmenszentrale (siehe oben Rz 74) anrechnen lassen.

343. Die BMW AG hatte somit die Gewissheit, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens eine Sanktionierung riskieren würde. Indem die BMW AG trotz dieses Wissens die fragliche Vertragsklausel im EWR-Händlervertrag weder mit dem schweizerischen Kartellrecht in Übereinstimmung brachte noch die Händler in den verschiedenen EWR-Staaten über die Zulässigkeit

²⁵⁵ Information der Delegation der EU für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/press_corner/focus/focus_items/20110408_de.htm (10. Oktober 2011).

²⁵⁶ Integrationsbüro Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) / Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD), „Freihandel“ Informationsblatt, August 2011, abrufbar unter: www.europa.admin.ch/themen/00500/00506/00526/index.html?lang=de (10. Oktober 2011).

²⁵⁷ „Freihandel“ Informationsblatt (Fn 256).

²⁵⁸ Um die möglichst weitgehende Teilnahme der EFTA-Staaten am EU-Binnenmarkt zu ermöglichen, handelten die EFTA-Staaten mit Ausnahme der Schweiz (d.h. Island, Liechtenstein und Norwegen) und die EU das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) aus (vgl. Fn 256).

²⁵⁹ Vgl. Urteil des EuG vom 25.3.1999, *Glencore/Lonrho*, Slg. 1999 II 753, Rz 50 ff.; siehe zum Auswirkungsprinzip eingehend Eckhard Rehlinger in Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 2007, 76 ff. Rz 1–39.

der Durchführung von Parallelexporten in die Schweiz trotz bestehendem vertraglichen Exportverbot informiert, hat die BMW AG nicht alles Notwendige vorgekehrt, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten auflösten.²⁶⁰

344. BMW AG vertrat auch noch an der Anhörung vor der WEKO vom 26. März 2012 die Auffassung, [...] Die alsdann kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermag jedoch die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff.). Die BMW AG nahm somit einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf und hat damit ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist zu bejahen.

345. Aus den dargelegten Gründen hat die BMW AG ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt, indem sie mit ihren Vertriebspartnern im EWR Exportverbotsklauseln vereinbart hat, die den Wettbewerb in der Schweiz in unzulässiger Weise beschränken und diese umgesetzt hat. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen.

B.4.1.2.5 Ergebnis

346. Zusammenfassend kann festgehalten werden,

- dass das vertragliche Exportverbot seit Januar 2003 besteht,
- dass man sich bei der BMW AG konzernintern zumindest seit dem 24. November 2005 bewusst war, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt, weil dadurch sämtliche Verkäufe von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in die Schweiz ausgeschlossen werden,
- dass das vertragliche Exportverbot aufgrund der grossen, durch das beträchtliche Arbitragepotenzial ausgelösten Nachfrage von Schweizer Endkunden nach BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR, den Wettbewerb zumindest seit Oktober 2010 erheblich beeinträchtigt.

347. Folglich hat die BMW AG mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG zumindest seit Oktober 2010 erfüllt und ist sie dafür zu sanktionieren.

B.4.2 Sanktionsbemessung

348. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG²⁶¹). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG).²⁶²

349. Im Folgenden wird zunächst die mögliche Maximalsanktion für die BMW AG bestimmt. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzu-

messungskriterien (erschwerende und mildernde Umstände) nach SVKG angemessen zu berücksichtigen.

350. Trotz den gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.²⁶³ Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

B.4.2.1 Maximalsanktion

351. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG). Der Unternehmensumsatz berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU²⁶⁴ finden analoge Anwendung.²⁶⁵

352. Gemäss der BMW AG hat die BMW (Schweiz) AG mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI in der Schweiz in den Jahren 2008-2010 folgende Umsätze erzielt.²⁶⁶

²⁶⁰ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 f. E.8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

²⁶¹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

²⁶² Vgl. z.B. RPW 2006/4, 661 Rz 234, Flughafen Zürich AG (Unique).

²⁶³ RPW 2006/4, 662 Rz 242, Unique, RPW 2007/2, 299 Rz 401, Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, 235 Rz 320, Publigroupe.

²⁶⁴ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²⁶⁵ Erläuterungen zu Art. 3 SVKG abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (26.09.2011).

²⁶⁶ Act. 126 Frage 2.

Tabelle 1: Umsätze BMW (Schweiz) AG 2008-2010 auf den relevanten Märkten

| Umsätze ²⁶⁷ (CHF ²⁶⁸) | 2008 | 2009 | 2010 | Total |
|--|-------|-------|-------|-------|
| BMW | | | | |
| BMW (Schweiz) AG | [...] | [...] | [...] | [...] |
| MINI | | | | |
| BMW (Schweiz) AG | [...] | [...] | [...] | [...] |
| Total | [...] | [...] | [...] | [...] |

353. Laut Angaben der BMW AG haben auch die BMW AG Deutschland, die BMW M GmbH Deutschland sowie die BMW Belgium S.A., Belgien, Umsätze mit dem Verkauf von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen in der Schweiz erzielt. Da es sich dabei allerdings um Umsätze aus Parallelexporten handelt, werden diese vorliegend nicht mit eingerechnet.²⁶⁹

354. Der Gesamtumsatz der BMW (Schweiz) AG mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI in der Schweiz im Zeitraum 2008 bis 2010 beträgt somit CHF [...].

355. Gemäss BMW AG sei für die Bestimmung des maximalen Basisbetrags auf den Umsatz auf den relevanten Märkten abzustellen. Nicht relevant seien von vornherein diejenigen Märkte, in welchen aufgrund der geringen Marktanteile von BMW AG keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und damit kein Verstoss gegen das Kartellrecht erfolgt sein könne. Weiter sei es nicht statthaft, dass für die Sanktionsbemessung pauschal auf die gesamten in der Schweiz erzielten Umsätze abgestellt und von einem maximalen Basisbetrag ausgegangen werde, welcher gleichzeitig auch der Maximalsanktion gemäss Art. 7 SVKG entspreche.

356. Entgegen der Auffassung von BMW AG stellt die WEKO für sämtliche Märkte (Kleinwagen, Untere Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung fest (vgl. Rz 310). Weiter dienen für die Berechnung der Maximalsanktion nicht sämtliche in der Schweiz erzielten Umsätze. Vielmehr wurde BMW AG nach den in der Schweiz in den Jahren 2008 bis 2010 erzielten Umsätzen mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI gefragt.²⁷⁰ Die hierzu von BMW AG gelieferten Umsätze umfassen somit ausdrücklich nicht den After Sales oder sonstige in der Schweiz erzielten Umsätze.²⁷¹ Anlässlich der Anhörung bestätigten denn auch die Vertreter der BMW AG, dass die gelieferten Umsätzen sogenannte Net Sales von Neufahrzeugen an die Händler der Marken BMW und MINI in der Schweiz zum Gegenstand haben.²⁷² Die genaue Festsetzung des Maximalbetrages erübrigt sich vorliegend, da die auszufällende Sanktion ohnehin tiefer als 10 % des in den letzten drei Jahren erzielten Umsatzes auf den relevanten Märkten und somit auch tiefer als die Maximalsanktion zu stehen kommt.

357. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in casu auf mindestens CHF [...].

358. Die einzelnen Ausführungen zur konkreten Sanktionsbemessung folgen im nächsten Abschnitt.

B.4.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung

359. Die Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 1 SVKG). Dabei ist zu beachten, dass der „Normalgewinn“ bereits im Basisbetrag enthalten ist.²⁷³

360. Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG).

361. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag (Art. 3 SVKG) aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen (Art. 5 und 6 SVKG) Rechnung getragen werden kann.

B.4.2.2.1 Basisbetrag

362. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)

363. Vorliegend beträgt die obere Grenze des Basisbetrags somit CHF [...] (vgl. Rz 354).

²⁶⁷ Act. 126 Frage 2.

²⁶⁸ Die Wechselkurse sind: 2010: 1.3803; 2009: 1.5100; 2008: 1.5874.

²⁶⁹ Act. 126 Frage 2.

²⁷⁰ Act. 86 Frage 2 des Fragebogens.

²⁷¹ Act. 126 Frage 2.

²⁷² Act. 185, 20 f.

²⁷³ Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 1 SVKG (Fn 265).

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

364. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Art und Schwere des Verstosses festzusetzen. Gemäss den Erläuterungen zu Art. 3 SVKG ist beispielsweise eine horizontale Wettbewerbsabrede, welche gleichzeitig die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet) einschränkt, in der Regel schwerer zu gewichten als eine reine Gebietsabrede. Allerdings wird die Möglichkeit, Direkt- und/oder Parallelimporte tätigen zu können, sowohl in der Praxis der WEKO²⁷⁴ als auch in der Praxis der Europäischen Kommission²⁷⁵ als besonders schutzwürdig angesehen..

365. Gemäss BMW AG seien die Umstände des Einzelfalles vorliegend nicht zutreffend berücksichtigt und daher der konkrete Basisbetrag unrichtig ermittelt worden. Ein – unterstellter, tatsächlich nicht vorliegender – geringfügiger Verstoss gegen das Kartellgesetz könne höchstens zu einer geringfügigen Sanktion führen. Schon die Botschaft zum KG bestätige, dass geringfügige Fälle mit einem Bussbetrag von lediglich symbolhaftem Charakter geahndet werden sollen.²⁷⁶ BMW AG bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG. Selbst wenn eine solche Abrede vorliegen sollte, so wäre gemäss BMW AG höchstens von einem geringfügigen Verstoss auszugehen.²⁷⁷

366. Entgegen der Ansicht von BMW AG handelt es sich bei der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten nicht um einen geringfügigen Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht (vgl. Rz 364). Aufgrund der hohen Anzahl eingegangener Beschwerden in kurzer Zeit ist es BMW AG erwiesenermassen gelungen, die Exportverbotsklausel zumindest in diesen Fällen durchzusetzen. Aufgrund der im Automobilvertrieb sehr hohen Umsätze und der damit einhergehenden wichtigen volkswirtschaftlichen Bedeutung der Automobilbranche ist nicht von einem geringfügigen, sondern vielmehr von einem bedeutenden Fall auszugehen. Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach der Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wurde (vgl. Rz 310).

367. Nach BMW AG sei bei der Bemessung der Sanktion auch der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoss erzielt habe, angemessen zu berücksichtigen. Sofern sich der mutmassliche Gewinn berechnen oder zumindest abschätzen lasse, dürfe er bei der Sanktionsbemessung nicht ausser Acht gelassen werden. Da lediglich in 16 Einzelfällen Beschwerden über eine Behinderung von Direktimporten durch Schweizer Kunden beim Sekretariat vorliegen, dem unstreitig hunderte von erfolgten Direktimporten sowie Importen über Tageszulassungen gegenüberstehen würden, sei zugleich ausgeschlossen, dass ein nachhaltiger Gewinn hieraus erwirtschaftet worden sei. Die Erläuterungen zur SVKG²⁷⁸ sehe für Ausnahmefälle wie dem vorliegenden, in welchem kein Gewinn erzielt worden sei, ausdrücklich eine Sanktionsminderung vor. Mit Verweis auf den Entscheid der WEKO i.S. Publigroupe²⁷⁹ bringt BMW AG vor, der schätzungsweise geringe mutmassliche Gewinn sei bei der Festsetzung der Sanktion angemessen zu berücksichtigen. Die festgesetzte Sanktion erweise sich daher auch im Lichte des

nicht existierenden oder wenigstens äusserst geringen Gewinns von BMW AG als bei weitem zu hoch.²⁸⁰

368. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass gemäss den Erläuterungen zur SVKG²⁸¹ die Gesetzesordnung entgegen der Auffassung der Verfügungsadressatin nicht als zwingende Vorschrift auszulegen ist. Konkret heisst dies, dass der Normalgewinn bereits im Basisbetrag enthalten ist. Lediglich für Ausnahmefälle, in welchen kein Gewinn erzielt wurde, kann die Wettbewerbsbehörde diesem Umstand im Sinne einer Sanktionsminderung Rechnung tragen. Nach den diesbezüglichen Leitlinien im Europäischen Wettbewerbsrecht für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen fehlt eine entsprechende Regelung für die Berücksichtigung einer inexistenten Kartellrente im Rahmen von mildernden Umständen.²⁸² Hingegen wird in den EU-Leitlinien ausdrücklich unter dem Aspekt eines Aufschlages zur Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung (Rz 33) ausgeführt, dass die Geldbusse erhöht werden kann, damit ihr Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten widerrechtlichen Gewinne übersteigt, *sofern diese Gewinne geschätzt werden können*. Eine Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns setzt somit voraus, dass dieser überhaupt ermittelt werden kann. Eine Kartellrente kann in der Praxis – insbesondere in Fällen von Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG – kaum je geschätzt, geschweige denn ermittelt werden.²⁸³ Unabhängig davon vermag das von BMW AG vorgebrachte Argument, dass keine oder bloss eine äusserst geringe Kartellrente hätte abgeschöpft werden können, nicht zu überzeugen: Wie in Abschnitt B.3.2.2.2.1 ausführlich dargelegt, bestanden im Untersuchungszeitraum beträchtliche Arbitragepotenziale und der Wettbewerb wurde auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt (vgl. Rz 310).

369. BMW AG bringt weiter vor, die zur Diskussion stehende Sanktion sei unverhältnismässig und unbillig. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 2 Abs. 2 SVKG und Art. 5 Abs. 2 BV erfordere, dass Verwaltungsmaßnahmen auch im Wettbewerbsrecht zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich seien. Ausserdem müsse der

²⁷⁴ Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, *Gaba*; Verfügung Nikon AG vom 28 November 2011 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheide sind noch nicht rechtskräftig*).

²⁷⁵ Vgl. Langen/Bunte - Nolte, Art. 81 N 525 ff.; PETER STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2009.

²⁷⁶ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2038.

²⁷⁷ Act. 164 Rz 128 ff.

²⁷⁸ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), einsehbar unter:

<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

²⁷⁹ RPW 2007/2, 238 Rz 344, *Publigroupe*.

²⁸⁰ Act. 164 Rz 136 ff.

²⁸¹ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), einsehbar unter www.weko.admin.ch.

²⁸² Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006/C 210/02, Rz 29 e contrario.

²⁸³ Vgl. Verfügung *Nikon AG* vom 28 November 2011, Rz 557, einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne; vgl. BGE 136 I 17, 26 ff.). Eine Verwaltungsmassnahme habe mangels Erforderlichkeit zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.²⁸⁴ Kartellrechtliche Sanktionen hätten ihre präventive Wirkung erfüllt, wenn

die erwartete Sanktion höher ausfallen würde als der Netto-Nutzen aus einem Kartellverstoss. Im vorliegenden Fall sei BMW AG kein Nutzen aus dem behaupteten Kartellverstoss – einen solchen unterstellt – entstanden. Eine Sanktion im dreistelligen Millionenbereich sei demnach nicht erforderlich und verletze die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Zwischen dem behördlichen Eingriff in die Rechtstellung der BMW AG und der Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen bestünde keine angemessene Zweck-Mittel-Relation.

370. Wie bereits dargelegt, ist die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Bemessung der Sanktion in Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich vorgesehen (vgl. Rz 360). Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips sind daher letztlich auch die in Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG sowie in Art. 3 bis 7 SVKG vorgesehenen Bemessungskriterien: Einerseits das Abstellen auf den Umsatz auf den relevanten Märkten sowie auf die Art und Schwere des Verstosses, die Berücksichtigung der Dauer sowie von erschwerenden und mildernden Umständen und die Festlegung der maximalen Sanktion bei der Sanktionsberechnung stellen eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips dar.²⁸⁵ Es würde dem Zweckgedanken des Kartellrechts zuwiderlaufen, wenn der Eingriff der WEKO den Marktaustritt eines gesunden Unternehmens zur Folge hätte, weil die Sanktion das Unternehmen etwa in Konkurs bringen würde.²⁸⁶ Diesbezüglich macht BMW AG jedoch keine Angaben und es bestehen auch aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen keine Anhaltspunkte, wonach die Sanktion BMW AG in finanzielle Nöte bringen könnte.²⁸⁷ Nach der ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²⁸⁸ Die vorliegend vorgenommene Sanktionsberechnung bestimmt sich nach den in der Sanktionsverordnung vorgegebenen Leitlinien, trägt den Umständen des Einzelfalles Rechnung, nimmt gebührend Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und stellt insgesamt sicher, dass die Sanktionsbemessung im Einzelfall nachvollziehbar ist.²⁸⁹ Gemäss den vorliegenden Erwägungen stellt die auszufällende Sanktion die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicher und verhindert präventiv Wettbewerbsverstösse. Sie ist insgesamt erforderlich und hält auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne stand.

371. BMW AG führt weiter aus, dass aus der parlamentarischen Beratung zum revidierten Kartellgesetz entnommen werden könne, dass Sanktionen vor allem für Wettbewerbsbehinderungen mit „grossem volkswirtschaftlichem Schaden“ vorgesehen seien. Ein nachhaltiger volkswirtschaftlicher Schaden sei aufgrund des unstrittig funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs nach der ökonomischen Theorie ausgeschlossen.²⁹⁰

372. Zusammen mit der Möglichkeit zur Ausfällung direkter Sanktionen hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision im Jahr 2003 Art. 5 Abs. 4 KG eingeführt. Damit hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.²⁹¹ Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden. Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach der Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wurde (vgl. Rz 278 ff.).

373. BMW AG macht geltend, die vorgeschlagene Sanktion sei insgesamt unverhältnismässig und im Übrigen unzutreffend ermittelt. Gemäss BMW AG rechtfertige sich in Anbetracht der Geringfügigkeit des behaupteten Kartellrechtverstosses und unter Berücksichtigung des fehlenden Gewinns sowie in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips den Basisbetrag auf maximal 1 % des relevanten Umsatzes festzulegen.²⁹²

374. Unter Würdigung insbesondere folgender Umstände ist das Verhalten von BMW AG zumindest als mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellgesetz einzustufen:

- Die Gebietsschutzabrede hat den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Die WEKO zieht dabei in Erwägung, dass das Ausmass der quantitativen Auswirkungen in gewissen Märkten aufgrund geringerer Marktanteile kleiner war als auf anderen. Jedoch galt die Gebietsschutzabrede für alle relevanten Märkte gleichermassen;
- Die Exportverbotsklausel umfasste sämtliche BMW- bzw. MINI-Händler im EWR. Eine Ausweichmöglichkeit auf andere – vom Exportverbot nicht betroffene – Händler im EWR bestand somit für einen Endkonsumenten oder Parallelhändler aus der Schweiz nicht;

²⁸⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, 591.

²⁸⁵ TAGMANN, (Fn 247), 176.

²⁸⁶ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), siehe Fn 265.

²⁸⁷ Gemäss Jahresbericht 2011 hat die BMW AG seit 2009 kontinuierlich mehr Umsatz und auch ein deutlich besseres Ergebnis vor Steuern erzielt, der Jahresbericht 2011 ist einsehbar unter: <http://geschaeftsbericht2011.bmwgroup.com/bmwgroup/annual/2011/gb/German/pdf/bericht2011.pdf>.

²⁸⁸ Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2023, 2033 f., 2041 und 2049.

²⁸⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 364 E. 8.3.1 und 366 E. 8.3.7, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

²⁹⁰ Act. 164 Rz 141 ff.

²⁹¹ Vgl. ROGER ZÄCH (Fn 212), 214 Rz 445 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 KG N 8 f.

²⁹² Act. 164 Rz 150.

- Direkt- und/oder Parallelimporte haben unter Umgehung der Gebietsschutzabrede zwar stattgefunden, aber ohne die Gebietsschutzabrede wären die Direkt- und/oder Parallelimporte höher ausgefallen. Im Vergleich zu anderen Marken fanden Direkt- und/oder Parallelimporte in einem sehr geringen Ausmass statt;
- Die Preisdifferenz für BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge war in der Schweiz im Vergleich zum Ausland zumindest seit Oktober 2010 dauerhaft signifikant. Das beträchtliche Arbitragepotenzial konnte infolge des Exportverbotes nicht ausgeschöpft werden;
- Die BMW AG war sich konzernintern spätestens seit dem 24. November 2005 bewusst, dass sich der EWR-Händlervertrag nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt. Trotz dieses Wissens traf die BMW AG keine Vorkehrungen, um ihr Verhalten anzupassen.

375. Unter Berücksichtigung der vorgenannten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände sowie der Begebenheiten des konkreten Falles rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf [4-7] % des Umsatzes festzusetzen, den die BMW Group in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.²⁹³ Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

B.4.2.2.2 Dauer des Verstosses

376. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.

377. Für die Abgrenzung der Dauer des Verstosses ist vorliegend Folgendes zu berücksichtigen:

- Das vertragliche Exportverbot in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG besteht seit Januar 2003.
- Es war stets geeignet, Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zu beschränken.
- Zumindes seit dem 24. November 2005 war man sich bei der BMW AG konzernintern bewusst, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt.
- Zumindes seit Oktober 2010 bestand ein beträchtliches Arbitragepotenzial in Bezug auf Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR in die Schweiz. Die Nachfrage von Schweizer Endkunden nach BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR war dementsprechend gross und konnte infolge des vertraglichen Exportverbotes nicht gedeckt werden. Folglich hat das Exportverbot den Wettbewerb auf den relevanten Märkten im Zeitraum seit Oktober 2010 erheblich beeinträchtigt.

378. Aus den genannten Gründen hat die BMW AG mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

zumindes seit Oktober 2010 erfüllt und ist sie dafür zu sanktionieren. Daher ist vorliegend kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses zu erheben.

B.4.2.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

379. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG).

380. BMW AG bringt vor, mildernd müsse insbesondere auch die Kooperation des betroffenen Unternehmens während des Verfahrens berücksichtigt werden. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO selbst in denjenigen Fällen, wo die Kooperationsbereitschaft erst kurz vor Abschluss der Untersuchung, mithin erst nach Zustellung des Antrages entstanden ist. Nach Ansicht von BMW AG sei der Basisbetrag infolge ihrer Kooperationsbereitschaft um 50 % zu kürzen.

381. Dagegen ist zunächst festzuhalten, dass BMW AG weder eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht noch ihre Verhaltensweise nach Eröffnung der Untersuchung aufgegeben hat. Die Frage des Sekretariats, ob die BMW AG den Händlern im EWR in irgendeiner Form (mündlich oder schriftlich) mitgeteilt habe, dass die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen im Verkehr mit Schweizer Kunden nicht gelte, haben die Vertreter der BMW AG verneint (vgl. Rz 149). Die erst nach der Anhörung vor der WEKO und somit kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermochte die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff. und Rz 150). Eine über die allgemeine Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG hinausgehende Kooperation von BMW AG während des Verfahrens konnte nicht festgestellt werden. Es wurde auch keine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft abgeschlossen.²⁹⁴ Die Kooperation von BMW AG während des Verfahrens ist insgesamt als neutral zu bezeichnen und lag im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten.

382. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass BMW AG sowie ihre schweizerische Tochtergesellschaft – entgegen der Behauptung – die Vertriebsverträge nicht aufgrund besonderer Compliance-Bemühungen überprüfen liessen. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO liess

²⁹³ Vgl. RPW 2010/1, 111 f. Rz 358 ff., *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

²⁹⁴ Im Fall *Baubeschläge* hielt die WEKO u.a. fest, dass sie inskünftig einvernehmliche Regelungen, welche zu einem späten Zeitpunkt im Verfahren erfolgen, ohnehin nicht mehr genehmigen werde, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instrumentes entspreche. In casu erachtete die WEKO eine Reduktion in der Höhe von 3 % der Sanktion als angemessen; RPW 2010/4, 765 Rz 430, *Baubeschläge (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

BMW AG verlauten, die Prüfung des EWR Händlervertrags durch die Europäische Kommission und auch die erfolgte Meldung des Schweizer Händlervertrages an die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz würden die fortlaufenden Compliance-Bemühungen von BMW AG belegen, den Rechtsordnungen der jeweiligen Märkte gerecht zu werden. BMW AG habe sich nachweisbar stets um kartellrechtliche Compliance bemüht.²⁹⁵

383. Zunächst ist festzuhalten, dass die Meldung an die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz in Anwendung der Übergangsregelung von Ziffer 18 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung und den Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 des Kartellgesetzes erfolgte. Nahezu alle KFZ-Hersteller resp. Importeure liessen nach der Kartellgesetzrevision und der Einführung direkter Sanktionen ihre Vertriebsverträge vom Sekretariat der WEKO überprüfen. Die Bemühung der Tochtergesellschaft von BMW AG war folglich vergleichbar mit den Bemühungen anderer KFZ-Hersteller. Der Umstand, wonach BMW AG trotz Kenntnis der kartellrechtlichen

Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direkt- und Parallelimporten die Verträge im EWR nicht anpasste (vgl. Rz 342 f.), zeugt eben gerade nicht von ausreichenden Bemühungen, sich zumindest an die Rechtsordnung in der Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts zu halten. Im Übrigen erfolgte die Prüfung des EWR Händlervertrags durch die Europäische Kommission nicht infolge von Compliance-Bemühungen seitens BMW AG sondern im Rahmen einer Untersuchung, welche infolge einer Beschwerde des Europäischen BMW-Händlerverbandes eingeleitet wurde.²⁹⁶ Von ausreichenden Bemühungen, sich kartellrechtlich konform zu verhalten, ist somit vorliegend nicht auszugehen und auch nicht mildernd zu berücksichtigen.

384. Es liegen somit keine erschwerenden und auch keine mildernden Umstände vor.

B.4.3 Ergebnis

385. Die nachfolgende Tabelle fasst die Bussenberechnung für die BMW Group zusammen:

386. Tabelle 2: Bussenberechnung

| Werte in CHF | Zeitperiode | | | |
|--|-------------|-------|-------|-------------|
| | 2008 | 2009 | 2010 | Total |
| Gesamtumsatz auf den relevanten Märkten in der Schweiz | [...] | [...] | [...] | [...] |
| Maximalsanktion (mindestens) | | | | [...] |
| Maximaler Basisbetrag: 10 % | | | | [...] |
| Art und Schwere des Verstosses: -[3-6] % | | | | [...] |
| Basisbetrag (Art. 3 SVKG) [4-7] % | | | | [...] |
| Dauer: +xx % (Art. 4 SVKG) | | | | [...] |
| Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG | | | | [...] |
| Erschwerende Umstände: +xx% | | | | [...] |
| Mildernde Umstände: -xx% | | | | [...] |
| Total | | | | 156'868'150 |

387. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 156'868'150 als dem Verstoss der BMW AG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

C Kosten

388. Nach Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung²⁹⁷ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

389. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unter-

ziehen. Vorliegend wurde eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen, weshalb eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen ist.

²⁹⁵ Act. 176, 9; Act. 185, 8.

²⁹⁶ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 13. März 2006, Wettbewerb: Kommission begrüsst Änderung an BMW-Vertriebs- und Serviceverträgen, einsehbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/302&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>.

²⁹⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

390. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

- 76.42 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 9934.60;
- 943.66 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 188'732.–;
- 4.5 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 1125.–;
- 21 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 6090.–.

392. Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt CHF 205'881.60 Sie gehen vollumfänglich zu Lasten der BMW AG.

D Ergebnis

393. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein stellt eine unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden.
- Die Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG allerdings erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

394. Vor diesem Hintergrund ist der BMW AG gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu untersagen, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Weiter ist die BMW AG zu verpflichten, ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz exportieren dürfen. BMW AG hat zu veranlassen, dass die Exportverbotsklausel in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugsklausel in Ziff. 6.2 des schweizerischen Händlervertrags entsprechend angepasst werden.

395. Die BMW AG ist mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 156'868'150 zu belegen und ihr sind die Verfahrenskosten im Umfang von CHF 205'881.60 aufzuerlegen

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ih-

391. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 1045.58 Stunden, welcher gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

ren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellt.

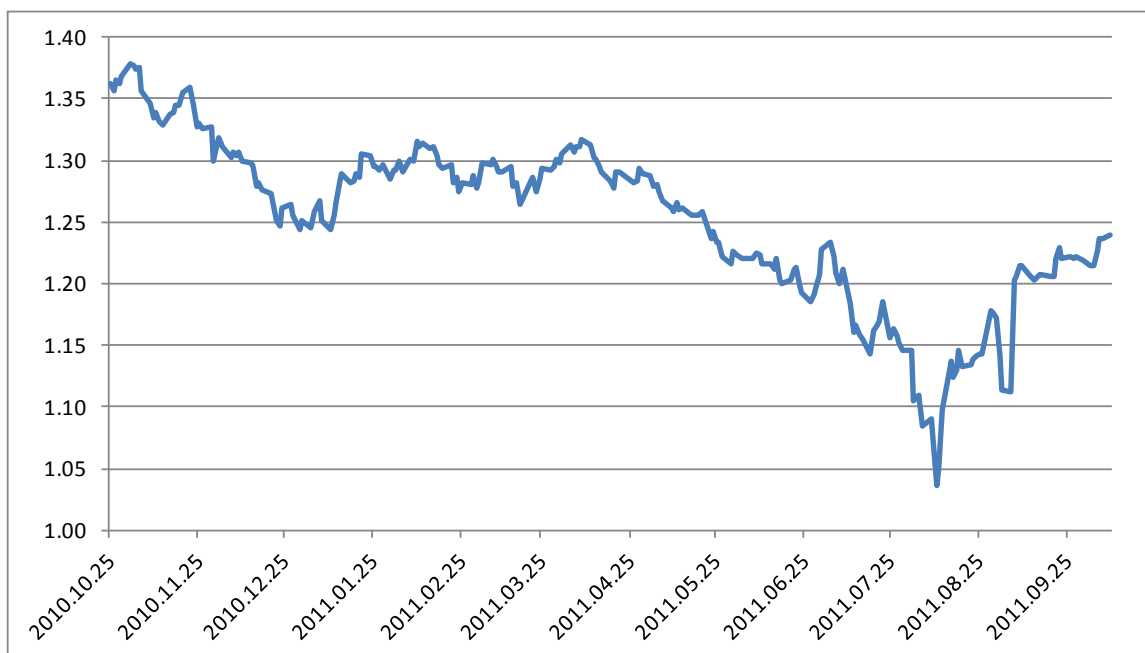
2. Der BMW AG (München) wird untersagt, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Daher hat die BMW AG ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die 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. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft,
München, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

F ANHÄNGE

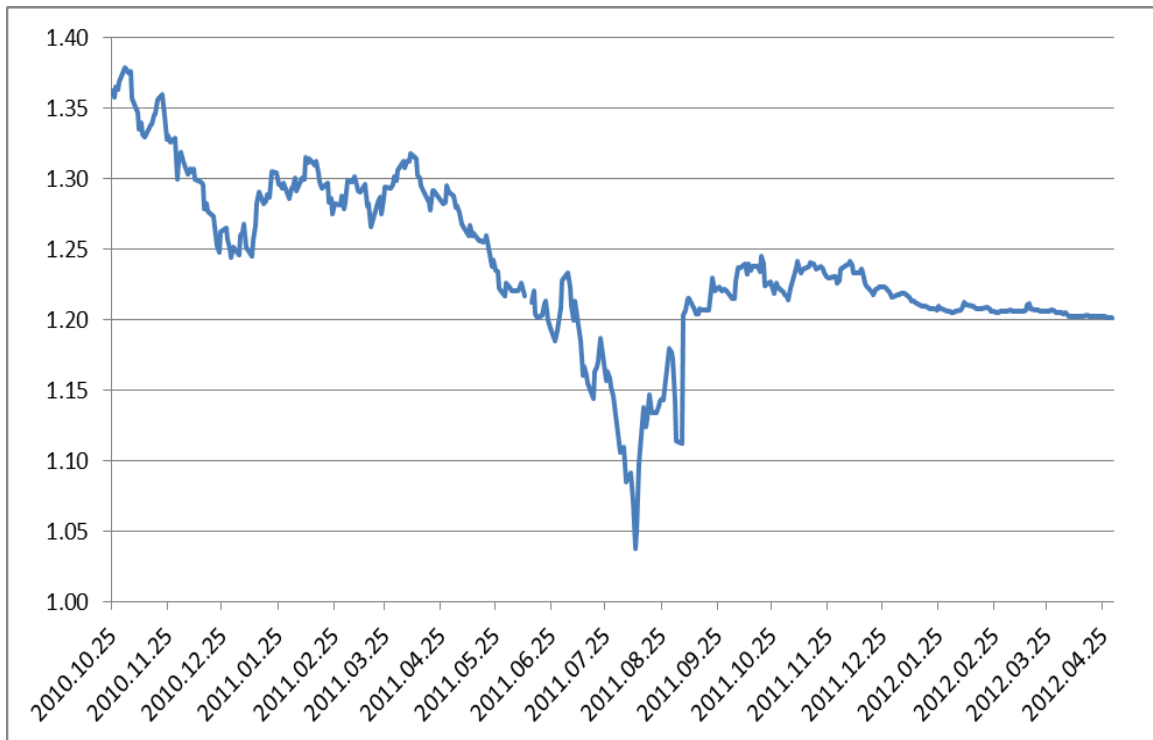
ANHANG I

Wechselkurs EUR/CHF
Zeitraum 25.10.2010-10.10.2011
Höchster Wert: 1.38/Tiefster Wert: 1.04
Durchschnitt: 1.25



Quelle: Schweizerische Nationalbank (SNB),
http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates/3 (10.10.2011)

ANHANG I bis
Wechselkurs EUR/CHF
Zeitraum 25.10.2010-30.04.2012



Quelle: Schweizerische Nationalbank (SNB)

http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates/3 (16.05.2012)

ANHANG II (aktualisiert)
Preisvergleich²⁹⁸ BMW Schweiz-Deutschland 2011

| BMW Modelle | Preis Schweiz (CHF) | Preis Deutschland (EUR) | Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.04) inkl. Steuer | Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.38) inkl. Steuer | Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.04) | Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.38) | Unterschied % (Wechselkurs 1.04) | Unterschied % (Wechselkurs 1.38) | Unterschied % (Wechselkurs 1.25) inkl. Steuer | Preisunterschied (CHF) (Durschnittliche Wechselkurs 1.25) | Unterschied % (Durschnittliche Wechselkurs 1.25) |
|----------------|---------------------|-------------------------|---|---|---|---|----------------------------------|----------------------------------|---|---|--|
| 118i (5-Türer) | 34'167 | 20'840 | 22'541 | 29'910 | 11'626 | 4'257 | 34% | 12% | 27'092 | 7'075 | 21% |
| 120d (5-Türer) | 39'167 | 24'202 | 26'177 | 34'734 | 12'990 | 4'433 | 33% | 11% | 31'462 | 7'705 | 20% |
| 318i | 39'815 | 24'328 | 26'313 | 34'915 | 13'502 | 4'900 | 34% | 12% | 31'626 | 8'189 | 21% |
| 330i | 56'481 | 34'202 | 36'993 | 49'086 | 19'488 | 7'395 | 35% | 13% | 44'462 | 12'019 | 21% |
| 528i | 61'944 | 37'479 | 40'537 | 53'790 | 21'407 | 8'154 | 35% | 13% | 48'723 | 13'221 | 21% |
| 550i | 98'056 | 59'496 | 64'351 | 85'388 | 33'705 | 12'668 | 34% | 13% | 77'345 | 20'711 | 21% |
| X5 xDrive35i | 80'093 | 46'387 | 50'172 | 66'574 | 29'921 | 13'519 | 37% | 17% | 60'303 | 19'790 | 25% |
| X5 xDrive50i | 103'333 | 62'017 | 67'077 | 89'007 | 36'256 | 14'326 | 35% | 14% | 80'622 | 22'711 | 22% |
| 740i | 110'741 | 66'891 | 72'349 | 96'002 | 38'392 | 14'739 | 35% | 13% | 86'958 | 23'783 | 21% |
| 760Li | 200'926 | 122'437 | 132'428 | 175'722 | 68'498 | 25'204 | 34% | 13% | 159'168 | 41'758 | 21% |

Quelle: Erhebung des Sekretariats basierend auf Preislisten BMW Schweiz 2011 (<http://www.bmw.ch/ch/de/index.html>) und BMW Deutschland 2011 (<http://www.bmw.de/de/de/index.html>).

²⁹⁸ Die Preise verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer. Die deutschen Preise verstehen sich inklusive schweizerischer Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts). Weil Personenwagen aus EU- und EFTA-Ländern zollfrei eingeführt werden können, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird, wurden keine Zolltarife berücksichtigt.

ANHANG III (aktualisiert)
Preisvergleich²⁹⁹ MINI Schweiz-Deutschland 2011

| Segment | MINI Modelle | Preis Schweiz (CHF) | Preis Deutschland (EUR) | Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.04) inkl. Steuer | Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.38) inkl. Steuer | Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.04) | Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.38) | Unterschied % (Wechselkurs 1.04) | Unterschied % (Wechselkurs 1.38) | Preis Deutschland (CHF) (Durschnittlicher Wechselkurs 25.10.2010-10.10.2011: 1.25) inkl. Steuer | Preisunterschied (CHF) (Durschnittliche Wechselkurs 1.25) | Unterschied % (Durschnittliche Wechselkurs 1.25) |
|------------|--------------------------|---------------------|-------------------------|---|---|---|---|----------------------------------|----------------------------------|---|---|--|
| Kleinwagen | MINI One 55 KW | 20'231 | 13'067 | 14'134 | 18'754 | 6'098 | 14'777 | 30% | 7% | 16'987 | 3'244 | 16% |
| | MINI Cooper | 24'352 | 16'429 | 17'769 | 23'578 | 6'583 | 774 | 27% | 3% | 21'357 | 2'995 | 12% |
| | MINI Cooper S | 31'343 | 19'874 | 21'496 | 28'523 | 9'847 | 2'820 | 31% | 9% | 25'836 | 5'506 | 18% |
| | MINI John Cooper Works | 38'519 | 24'286 | 26'267 | 34'855 | 12'251 | 3'664 | 32% | 10% | 31'571 | 6'947 | 18% |
| | MINI Cooper S Coupé | 33'333 | 21'261 | 22'995 | 30'513 | 10'338 | 2'820 | 31% | 8% | 27'639 | 5'695 | 17% |
| | MINI Cooper S Cabrio | 36'528 | 23'319 | 25'222 | 33'468 | 11'306 | 3'060 | 31% | 8% | 30'315 | 6'213 | 17% |
| | MINI Cooper S Clubman | 33'704 | 21'429 | 23'177 | 30'754 | 10'527 | 2'949 | 31% | 9% | 27'857 | 5'847 | 17% |
| | MINI Cooper S Countryman | 34'167 | 22'101 | 23'904 | 31'719 | 10'262 | 2'448 | 30% | 7% | 28'731 | 5'436 | 16% |

Quelle: Erhebung des Sekretariats basierend auf Preisliste MINI Schweiz 2011 (http://www.mini.ch/fr/model_filter/index.html), Preisliste MINI Deutschland 2011 (http://www.mini.de/model_filter/index.html)

²⁹⁹ Die Preise verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer. Die deutschen Preise verstehen sich inklusive schweizerischer Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts). Weil Personenwagen aus EU- und EFTA-Ländern zollfrei eingeführt werden können, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird, wurden keine Zölle berücksichtigt.

ANHANG IV (Erster Teil)
Marken die sich mit BMW in Konkurrenz sehen

| | Konkurrent 1 BMW | Konkurrent 2 BMW | Konkurrent 3 BMW | Konkurrent 4 BMW | Konkurrent 5 BMW |
|-----------------|----------------------------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| | <i>Untere Mittelklasse</i> | | | | |
| Audi | | | | | |
| Mercedes | | | | | |
| Saab | | | | | |
| Volvo | | | | | |
| | <i>Obere Mittelklasse</i> | | | | |
| Audi | | | | | |
| Mercedes | | | | | |
| Saab | | | | | |
| Volvo | | | | | |
| VW | | | | | |

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Antworten der Importeure auf den Fragebogen

(Lesebeispiel: Im Markt „Untere Mittelklasse“ hat Audi die Marke BMW als wichtigste Konkurrenzmarke genannt. Mercedes erachtet BMW als die zweitwichtigste Konkurrenzmarke in diesem Markt.)

ANHANG IV (Zweiter Teil)
 Marken die sich mit BMW in Konkurrenz sehen

| | Konkurrent 1 BMW | Konkurrent 2 BMW | Konkurrent 3 BMW | Konkurrent 4 BMW | Konkurrent 5 BMW |
|----------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| | <i>Oberklasse</i> | | | | |
| Audi | | | | | |
| Hyundai | | | | | |
| Mercedes | | | | | |
| Nissan | | | | | |
| VW | | | | | |
| Volvo | | | | | |
| Citroën | | | | | |
| | <i>Luxusklasse</i> | | | | |
| Audi | | | | | |
| Mercedes | | | | | |
| Nissan | | | | | |
| VW | | | | | |
| Maserati | | | | | |

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Antworten der Importeure auf den Fragebogen

ANHANG V

Marktanteile nach Marken im Markt „Kleinwagen“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz

ANHANG VI

Marktanteile nach Marken im Markt „Untere Mittelklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

ANHANG VII

Marktanteile nach Marken im Markt „Obere Mittelklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

ANHANG VIII

Marktanteile nach Marken im Markt „Oberklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

ANHANG IX

Marktanteile nach Marken im Markt „Luxusklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

ANHANG X

Marktanteilsentwicklung im Markt „Kleinwagen“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenkraftwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XI

Marktanteilsentwicklung im Markt „Untere Mittelklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XII

Marktanteilsentwicklung im Markt „Obere Mittelklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XIII

Marktanteilsentwicklung im Markt „Oberklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XIV

Marktanteilsentwicklung im Markt „Luxusklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XV

Übersicht Anzeigen

| Nr. | Act. | Datum | Anzeige | Kauf-anfrage abgelehnt | Mit Hinweis auf Weisung BMW |
|-----|------|------------|--|------------------------|-----------------------------|
| 1 | 1 | 12.10.2010 | Ein 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. | 1 | |
| 2 | 4 | 19.10.2010 | Da ich im Sarganserland wohnhaft bin, habe ich ebenfalls versucht, im angrenzenden Vorarlberg (Österreich) sowie in Lindau einen BMW zu kaufen, mit folgenden Antworten: Österreich: untersagt , Fahrzeuge in die Schweiz zu liefern Lindau: Fahrzeug muss zuerst 6 Monate in Deutschland zugelassen werden. | 1 | |
| 3 | 5 | 19.10.2010 | Ich selber habe mich beim Autohaus [...] (Vorarlberg) am 11. September für den Kauf eines BMW interessiert. Dabei wurde mir klar gesagt, dass man nicht bereit sei, die BMW interne Busse zu bezahlen , falls man mir ein Auto verkaufen würde, welches eine Erstzulassung in der Schweiz hätte (Occasion wäre kein Problem). Deshalb sei ein Verkauf an mich ausgeschlossen. | 1 | 1 |
| 4 | 7 | 20.10.2010 | Ich kann bestätigen, dass BMW den Import von Neufahrzeugen behindert. Ich werde im Januar einen Mini Cooper S (BMW) in Deutschland kaufen (bereits bestellt und Vertrag unterzeichnet). Damit der Händler die Sanktionen des Konzerns umgehen kann, muss er das Fahrzeug für einen Monat in Deutschland einlösen. De facto kaufe ich also ein Occasionsfahrzeug mit einer verminderten Garantieleistung von einem Monat (nur noch 23 Monate). | 1 | 1 |
| 5 | 8 | 21.10.2010 | Ich habe mich gerade kürzlich bei BMW in England um den Kauf eines Minis bemüht und man hat mir erklärt, dass man mir kein Fahrzeug verkaufen kann und dass ich mich an die lokale Vertretung wenden soll. Da ich diese Diskriminierung basierend auf Nationalität nicht erdulden wollte ergab sich ein Emailverkehr, den ich Ihnen nicht vorenthalten möchte. Anfänglich wurde der Versuch gemacht, mich mit der "die Schweiz ist nicht in der EU"-Austrede abzuservieren, dann stellte sich nach eigener Recherche ins das Personal Export Scheme und bei erneuter Nachfrage heraus, dass BMW eine entsprechende interne Weisung ausgegeben hat, so dass Schweizer im EU Raum keine BMW/Minis kaufen können, sondern sich an die überuerten lokalen Händler wenden sollen. Ich erachte dies als nicht akzeptable zumal Audi und Jaguar mir auf Anfrage bestätigten, dass ich von ihnen problemlos ein Fahrzeug in England kaufen und in die Schweiz ausführen könne. BMW fährt da also ein eigene Schiene. | 1 | 1 |
| 6 | 11 | 22.10.2010 | Grüezi, ich möchte gerne in Deutschland einen BMW-Neuwagen kaufen. Alle bisherigen BMW-Händleranfragen hatten das gleiche Ergebnis: BMW verbietet den Händlern eine Lieferung an Kunden aus der Schweiz. | 1 | 1 |
| 7 | 15 | 26.10.2010 | Beim BMW Motorrad-Händler Gottstein in Bad Säckingen dürfen nur zugelassene " Vorführmotorräder " an Schweizer Kunden verkauft werden. Der Verkäufer Herr Stuppi hat mir dieses berichtet. Ich darf also kein neues Fahrzeug ohne Zulassung kaufen, sondern nur ein Fahrzeug dass auf BMW Gottstein für ca. 2 Monate zugelassen war. | 1 | 1 |

| | | | | |
|----|--------|------------|--|-----|
| 8 | 16 | 26.10.2010 | Bin auch einer jener „Bösen“, welche einen BMW dieses Jahr importiert haben. Dabei hatte ich grosse Probleme zu bewältigen zwischen: Strassenverkehrsamt SG, BMW Schweiz , Astra betreffend der Typengenehmigung. Obwohl unter TCS.ch die Energieeffizienz – Kategorie für Fahrzeuge einsichtbar ist, nebst Werbung und Verkaufsunterlagen schaltet das Strassenverkehrsamt SG auf stur. Ich musste darum zur Erkenntnis gelangen, dass das Strassenverkehrsamt SG nicht für mich arbeitet sondern im Gegenteil, mir Knüppel in den Weg legt wo es nur geht. Die Garagisten zählen auf dieses Bollwerk. | |
| 9 | 17 | 26.10.2010 | Ich hatte mich im Herbst für ein neues BMW Motorrad interessiert und der deutsche Händler an der Grenze hat mir klar erklärt er dürfe nur gebraucht Fahrzeuge an Schweizer Kunden verkaufen. Eine später gesandte Anfrage von mir an diesen Händler, dass ich nur an einem Neufahrzeug interessiert bin, blieb dann sogar unbeantwortet... | 1 1 |
| 10 | 18 | 27.10.2010 | Ich habe via Automobilagentur [...] in Freiburg einen BMW 330 Touring bestellt (konfiguriertes Neufahrzeug). Der Agent hat dieses Fahrzeug in meinem Auftrag bei einem autorisierten Vertragshändler von BMW [...] bestellt. Vom Vertragshändler erhielt ich den Kaufvertrag (Lieferfrist: Dezember) mit der Bestellnummer 125560. Ich habe unverzüglich eine Anzahlung von EUR 15000.- geleistet (Gesamtaufpreis: EUR 54463.-) und alle Vertragsdokumente unterzeichnet. Am 26.10. wurde ich von meinem Agenten [...] telefonisch unterrichtet, dass dem BMW-Vertragshändler [...] seitens der Zentrale untersagt wurde dieses Fahrzeug (trotz Vertrag und Anzahlung) in die Schweiz auszuliefern . Wie weiter.....? | 1 1 |
| 11 | 19/156 | 27.10.2010 | Anbei die Antwort aus Lindau auf unsere Anfrage für einen Autokauf BMW X3 in Deutschland : Von: [...]@bmw-[],de Gesendet: Dienstag, 31. August 2010 12:11 An: ... Betreff: Angebotsanfrage BMW X3 Sehr geehrter Herr ...vielen Dank für Ihre Anfrage auf einen BMW X3. Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass es uns nicht möglich ist einen Neuwagen in die Schweiz zu liefern, weil dieses durch die BMW AG untersagt ist . Gerne hätte ich Ihnen ein Angebot erstellt, leider ist dieses aber wie beschrieben nicht möglich | 1 1 |
| 12 | 20 | 27.10.2010 | Vor ca. drei Wochen haben Kollegen und ich die Erfahrung auch mit BMW Motorrädern gemacht. Wir wollen in Deutschland BMW Motorräder auf Grund des positiven Eurokurses kaufen. Leider erhielten wir bei allen angefragten BMW-Händlern eine Absage, da sie keine BMW Motorräder an Schweizer verkaufen dürfen. | 1 1 |
| 13 | 23 | 27.10.2010 | Im Anhang den konkreten Fall einer Verhinderung eines Importes von Neufahrzeug BMW. Gerne würde ich einen BMW X5 von Deutschland importieren. Die Preisunterschiede sind gross und zurzeit wäre der Euro günstig. Die hiesigen Händler geben nicht einmal den Währungsgewinn weiter.... Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Demzufolge existieren unterschiedliche Handelsräume mit verschiedenen Gesetzesnormen. Dieser Umstand ist bekannt und wird in der Auslegung des Vertriebsrechtes auch von andern Firmen so gehandhabt, was bedeutet, dass deren Vertriebspartner ebenso keine Konsumgüter an Endkunden in der Schweiz verkaufen dürfen. ... | 1 1 |
| 14 | 24 | 31.10.2010 | Nachstehend lasse ich Ihnen die Stellungnahme der BMW-Group Switzerland , auf meine Anfrage bezüglich Vertriebsrecht zur Kenntnisnahme zukommen.... Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Demzufolge existieren unterschiedliche Handelsräume mit verschiedenen Gesetzesnormen. Dieser Umstand ist bekannt und wird in der Auslegung des Vertriebsrechtes auch von andern Firmen so gehandhabt, was bedeutet, dass deren Vertriebspartner ebenso keine Konsumgüter an Endkunden in der Schweiz verkaufen dürfen. ... | 1 1 |

| | | | | |
|----|-----------|------------|--|---|
| 15 | 27 | 03.11.2010 | Da auch meine Anfrage Ende September bei einem unabhängigen Fahrzeugvermittler in Deutschland so beantwortet wurde, dass nur Bestellungen mit Erstzulassung in Deutschland akzeptiert werden, siehe Anhang. Von: [...]de Gesendet: Mittwoch, 29. September 2010 08:13 An: [...] Betreff: BMW Page 1 of 1 03.11.2010 Sehr geehrter Herr ..., vielen Dank für Ihr Interesse an einem BMW 535dT als deutsches Bestell-Neufahrzeug (kein EU- oder Re-Import) direkt vom BMW/MINI-Vertragshändler. Das Auto muss aber auf eine deutsche Anschrift bestellt und zunächst auch zugelassen werden . Für weitere Informationen stehen wir gerne zur Verfügung Mit freundlichen Grüßen [...] | 1 |
| 16 | 28 | 27.10.2010 | ... we want to take advantage of the low rate of Pound but BMW UK has told me they received clear instructions from BMW headquarter they are not to sell cars to CH residence . we would still like to do it- can you please advise how this can made possible. > I received from Porche they can sell me the car but that we have to pay VAT in Uk and then also in Ch when we import it - does not seem correct either that we can not recuperate the UK VAT - Porche does not want to reimburse us. | 1 |
| 17 | 33 ff. | 10.11.2010 | Von: [...]de Datum: 12.10.2010 15:07 An: [...] Betreff: AW: MINI Cooper S Sehr geehrte Frau [...], wir werden Ihnen keinen Neuwagen in die Schweiz liefern können, unser Händlervertrag mit BMW schließt dies aus . | 1 |
| 18 | 38 | 16.11.2010 | Herr [...] teilt mir mit, er habe selbst einen BMW , den er bei einem Händler in der Schweiz gekauft habe Er unterstütze die Eröffnung des Verfahrens gegen BMW. Es gäbe zwar einen BMW-Händlerverband in der Schweiz, dies sei allerdings nur ein Alibi-Verband, denn kein Händler könne es sich leisten gegen die Vorgaben von BMW etwas zu machen, wenn er weiterhin mit BMWs handeln wolle | |
| 19 | 39 | 25.11.2010 | Persönlich bin ich an einem Neukauf eines BMW interessiert . Wie Sie ja schon wissen ist der Preisunterschied von Euro zu Franken mittlerweile massiv worden. Die BMW Vertretung sagt mir, dass Sie die Autos auch in Franken einkaufen und daher ihnen die Hände gebunden sind | |
| 20 | 50 | 22.12.2010 | Kann es sein, dass man für einen BMW X3 iDrive28i in den USA 38000 \$ und in der Schweiz 80 000 Fr. bezahlen muss? Sind wir diesem klaren wettbewerbsverzerrenden Verhalten schutzlos ausgesetzt? | |
| 21 | 51 | 09.01.2011 | mit Bezug auf die am 25. Oktober 2010 eröffnete Untersuchung gegen BMW bin ich im Hinblick auf einen geplanten Direktimport eines Neufahrzeuges aus Deutschland interessiert , ob sich die damals geäußerten Anhaltspunkte einer kartellrechtlich unzulässigen Einschränkung bestätigt haben und bis wann mit einer abschliessenden Bewertung der Angelegenheit gerechnet werden kann. Für eine kurze Stellungnahme bedanke ich mich im Voraus. | |
| 22 | 55 | 14.01.2011 | Ich fahre seit über 20 Jahren Autos der Marke BMW und habe die Absicht ein neues Auto 535 i x Drive Diesel GT zu kaufen . Ich habe mich nun etwas im Internet orientiert und festgestellt, dass das Auto in der Schweiz ca. Fr. 24'000.- teurer ist als in Deutschland . Mir ist absolut klar, dass die Ausstattung des Wagens in der Schweiz und in Deutschland nicht identisch ist und dass ebenfalls die Serviceleistungen anders sind. Allerdings ist dieser „Mehrwert“ höchsten Fr. 5'000. wert. | |

| | | | | |
|---|-----|------------|--|-----------|
| 23 | 58 | 18.01.2011 | Wir beschäftigen uns zurzeit (seit 3 Wochen) mit der Neubeschaffung eines PKW der Marke BMW Typ X3 3.5. Da der Franken sehr stark ist, versuchen wir im Süddeutschen Raum ein Fahrzeug zu bestellen . Leider haben wir bis jetzt noch kein einziges Angebot erhalten und hören immer wieder, dass die Lieferung von Neuwagen (höherpreisige Neuwagen) in die Schweiz nicht erwünscht oder erlaubt sei. Von: [...] Gesendet: Dienstag, 18. Januar 2011 16:44 An: [...] Betreff: AW: Preisanfrage BMW X3 Sehr geehrter Herr ...vielen Dank für Ihre Anfrage. Aktuell haben wir das Problem, dass BMW mit aller Macht versucht den Händlern die Lieferung in die Schweiz zu verbieten . Dies auch aktuell noch größtenteils leider mit Erfolg. Wir haben einen Händler, welcher sich darüber hinweg setzt. Bei diesem Händler sind aber inzwischen alle X3 für dieses Jahr ausverkauft. Wir suchen unter Hochdruck nach einer Alternative. Bei den anderen Händlern haben wir aktuell nur die Möglichkeit das Fahrzeug zu bestellen und nach Lieferung weitere 60 Tage auf das BMW Haus zu zulassen und 2.000 KM zu nutzen. [...] | 1 |
| 24 | 70 | 24.02.2011 | Ich würde gerne einen BMW x5 aus den USA In die Schweiz importieren, und habe deswegen einen Händler kontaktiert. Dieser musste mir jedoch mitteilen, dass BMW selbst dies verbietet. Das Auto kostet hier doppelt so viel, und es wäre ökonomisch nur sinnvoll das Auto woanders zu kaufen. Ich habe vor einiger Zeit schon gelesen, dass BMW seinen EU-Händlern verbietet an CH-Bürger zu verkaufen. Das Ganze ist wohl auch auf die USA ausgeweitet. | 1 |
| 25 | 96 | 12.04.2011 | Im Anschluss daran habe ich am 8. Dezember 2010 gemeinsam mit meiner Gattin, ..., versucht, ein Angebot von einem süddeutschen BMW Händler , [...], zu erhalten (vgl. Sie bitte Emailkorrespondenz in Beilage 6). Wie Sie aus der langwierigen und umständlichen Emailkorrespondenz entnehmen können, hat sich der Händler bei der Angebotserstellung sehr zögerlich verhalten und nur aufgrund unseres mehrmaligen Nachfassens reagiert. Zudem erhielten wir die Information, dass die Gottstein GmbH kein Neufahrzeug in die Schweiz verkaufen könne . Das Fahrzeug müsse zuerst einen Monat in Deutschland auf einen Dritthalter eingelöst worden sein, bevor es in die Schweiz exportiert werden könne. | 1 |
| 26 | 133 | 16.06.2011 | Auch ich musste die Erfahrung machen, dass BMW ihren Händlern in Deutschland den Verkauf von Neuwagen an Schweizer unter-sagt hat. Die deutschen Händler sind lediglich bereit Gebrauchtwagen für den Export in die Schweiz zu verkaufen. | 1 |
| 27 | 137 | 30.06.2011 | Ich möchte mir eigentlich einen neuen BMW X5 kaufen, doch muss ich feststellen, dass dieser Wagen in USA ca. 50-60% und in Deutschland ca. 30-40% günstiger ist als in der Schweiz. Und das zählt sich bei einem Anschaffungspreis von über 1'00'000.-.....Ich habe jedenfalls meinem Garagisten gesagt, dass ich von BMW grundsätzlich keinen Neuwagen mehr kaufen werde, bis die Preise mehr oder weniger auf EU-Niveau angepasst sind. Sie können die Preise übrigens sehr gut selber auf den verschiedenen Internetseiten nachrecherchieren. Insbesondere mit den Hintergrund, das die Schweizer Industrie momentan massiv unter dem starken Schweizer Franken zu leiden hat, kann es nicht sein, dass uns das Ausland den Parallelimport verbietet oder die Preise in der Schweiz nicht anpasst und damit das Ausland den Schweizer Konsumenten doppelt abzockt. Wenn die Exporte schon unter dem EURO leiden, sollen wenigstens die Konsumenten in der Schweiz davon profitieren. | |
| 28 | 142 | 04.07.2011 | Die WEKO hat gegen BMW im Herbst 2010 ein Untersuchung eingeleitet wegen dem Direktimportverbot von neuen BMWs. Kann man mittlerweile BMWs nun direkt in Deutschland kaufen? | |
| 29 | 143 | 06.07.2011 | Mich würde es interessieren was Ihre Untersuchungen vom Oktober 2010 ergeben haben. | |
| Total inklusive Anfragen USA und Anfragen Motorräder | | | | 20 |
| Total exklusive Anfragen USA und Anfragen Motorräder | | | | 16 |
| | | | | 11 |

Hinweis: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden nur Direktimporte von Neuwagen der Marken BMW und MINI aus dem EWR. Die Anzeigen betreffend Direktimporten von Neuwagen aus den USA (Act. 50 und 70) und betreffend Direktimporten von Motorrädern der Marke BMW (Act. 15,17 und 20) werden der Vollständigkeit halber abgedruckt, aber nicht in die wettbewerbsrechtliche Analyse mit einbezogen.

ANHANG XVI (erster Teil)

Direktimporte und Gesamtverkäufe, bzw. Immatikulationen 2005-2011³⁰⁰

| | 2005 | | | | 2006 | | | | 2007 | | | |
|----------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|----------------|----------------------|
| | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % |
| Alfa Romeo | 135 | 3'766 | 3.58% | 139 | 4'471 | 3.11% | 99 | 4'604 | 2.15% | | | |
| Audi | 690 | 27'671 | 2.49% | 564 | 13'942 | 4.05% | 386 | 15'597 | 2.47% | | | |
| BMW | 184 | 16'499 | 1.12% | 101 | 17'214 | 0.59% | 84 | 16'016 | 0.52% | | | |
| MINI | 0 | 0 | | 0 | 0 | | 7 | 3'490 | 0.20% | | | |
| Fiat | 79 | 7'050 | 1.12% | 54 | 9'500 | 0.57% | 112 | 11'052 | 1.01% | | | |
| Ford | 217 | 12'794 | 1.70% | 171 | 12'661 | 1.35% | 239 | 11'921 | 2.00% | | | |
| Mercedes | 229 | 12'528 | 1.83% | 220 | 13'096 | 1.68% | 170 | 13'512 | 1.26% | | | |
| Opel | 59 | 20'235 | 0.29% | 35 | 19'824 | 0.18% | 37 | 20'459 | 0.18% | | | |
| Peugeot | 97 | 13'695 | 0.71% | 37 | 13'364 | 0.28% | 81 | 14'705 | 0.55% | | | |
| Porsche | 66 | 1'613 | 4.09% | 81 | 1'639 | 4.94% | 79 | 2'105 | 3.75% | | | |
| Renault | 47 | 16'295 | 0.29% | 13 | 15'020 | 0.09% | 42 | 14'485 | 0.29% | | | |
| Seat | 221 | 4'979 | 4.44% | 85 | 5'464 | 1.56% | 27 | 6'172 | 0.44% | | | |
| Skoda | 75 | 5'873 | 1.28% | 42 | 7'391 | 0.57% | 11 | 9'012 | 0.12% | | | |
| Toyota/Lexus | 173 | 17'916 | 0.97% | 168 | 17'833 | 0.94% | 508 | 16'880 | 3.01% | | | |
| Volkswagen | 504 | 27'671 | 1.82% | 400 | 30'616 | 1.31% | 325 | 31'204 | 1.04% | | | |
| Volvo | 146 | 6'651 | 2.20% | 146 | 6'246 | 2.34% | 83 | 7'651 | 1.08% | | | |
| Alle Marken DI | 4'225 | 259'271 | 1.63% | 3'698 | 266'307 | 1.39% | 3'624 | 281'296 | 1.29% | | | |

³⁰⁰ Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159, 160 und 171. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219). Für 2011 sind anstelle der Gesamtverkäufe die Anzahl Immatikulationen berücksichtigt worden. Gemäss Auto Schweiz bestehen seit 2011 keine aussagekräftigen interne Verkaufsstatisiken mehr (Act. 171).

ANHANG XVI (zweiter Teil)
Direktimporte und Gesamtverkäufe, bzw. Immatikulationen 2005-2011³⁰¹

| | 2008 | | | 2009 | | | 2010 | | | 2011 | | |
|--------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|----------------|----------------------|---------------|------------------|----------------------|
| | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Gesamtverkäufe | Anteil DI an GV in % | Direktimporte | Immatikulationen | Anteil DI an GI in % |
| Alfa Romeo | 73 | 3'687 | 1.98% | 95 | 3'064 | 3.10% | 114 | 3'839 | 2.97% | 184 | 4'106 | 4.48% |
| Audi | 244 | 17'151 | 1.42% | 726 | 15'828 | 4.59% | 1'227 | 15'945 | 7.70% | 1'965 | 18'502 | 10.62% |
| BMW | 103 | 16289 | 0.63% | 102 | 11176 | 0.91% | 162 | 16005 | 1.01% | 401 | 17532 | 2.29% |
| MINI | 15 | 3923 | 0.38% | 27 | 2733 | 0.99% | 21 | 3767 | 0.56% | 95 | 4581 | 2.07% |
| Fiat | 142 | 14'048 | 1.01% | 88 | 11'505 | 0.76% | 413 | 10'997 | 3.76% | 1'247 | 9'849 | 12.66% |
| Ford | 253 | 14'596 | 1.73% | 230 | 14'358 | 1.60% | 542 | 15'439 | 3.51% | 1'160 | 18'400 | 6.30% |
| Mercedes | 162 | 13'782 | 1.18% | 179 | 11'347 | 1.58% | 220 | 11'498 | 1.91% | 481 | 14'037 | 3.43% |
| Opel | 28 | 18'598 | 0.15% | 34 | 14'221 | 0.24% | 77 | 16'292 | 0.47% | 536 | 15'978 | 3.35% |
| Peugeot | 101 | 13'461 | 0.75% | 143 | 11'995 | 1.19% | 157 | 14'735 | 1.07% | 587 | 15'186 | 3.87% |
| Porsche | 95 | 1'620 | 5.86% | 116 | 1'224 | 9.48% | 309 | 1'530 | 20.20% | 379 | 2'178 | 17.40% |
| Renault | 41 | 15'269 | 0.27% | 64 | 15'228 | 0.42% | 202 | 16'864 | 1.20% | 681 | 18'323 | 3.72% |
| Seat | 14 | 6'548 | 0.21% | 74 | 6'345 | 1.17% | 288 | 7'544 | 3.82% | 737 | 8'314 | 8.86% |
| Skoda | 31 | 11'027 | 0.28% | 163 | 11'456 | 1.42% | 404 | 14'241 | 2.84% | 1'182 | 17'470 | 6.77% |
| Toyota/Lexus | 393 | 14'846 | 2.65% | 570 | 14'349 | 3.97% | 622 | 14'035 | 4.43% | 1'051 | 13'335 | 7.88% |
| Volkswagen | 239 | 31'668 | 0.75% | 369 | 29'412 | 1.25% | 897 | 33'415 | 2.68% | 3'417 | 40'594 | 8.42% |
| Volvo | 94 | 7'593 | 1.24% | 129 | 6'900 | 1.87% | 178 | 7'092 | 2.51% | 546 | 8'478 | 6.44% |
| Alle Marken | 3'514 | 285'676 | 1.23% | 5839 | 258'641 | 2.26% | 10'388 | 283'300 | 3.67% | 23'264 | 318'985 | 7.29% |

³⁰¹ Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159, 160 und 171. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219). Für 2011 sind anstelle der Gesamtverkäufe die Anzahl Immatikulationen berücksichtigt worden. Gemäss Auto Schweiz bestehen seit 2011 keine aussagekräftigen interne Verkaufsstatisiken mehr (Act. 171).

ANHANG XVI (dritter Teil)

Direktimporte Oktober 2010 bis September 2011³⁰²

| Direktimporte von neuen Personenkraftwagen CH+FL | | | | | | | |
|--|-----------|-----------|-----------|---------------|---------------|---------------|--|
| | oct.10 | nov.10 | déc.10 | Okt 10-Dez 10 | Jan 11-Sep 11 | Okt 10-Sep 11 | |
| Alfa Romeo | 6 | 4 | 7 | 17 | 136 | 153 | |
| Audi | 138 | 106 | 100 | 344 | 1'320 | 1664 | |
| BMW | 18 | 20 | 20 | 58 | 232 | 290 | |
| MINI | 3 | 2 | 3 | 8 | 46 | 54 | |
| Fiat | 94 | 61 | 46 | 201 | 668 | 869 | |
| Ford | 55 | 46 | 62 | 163 | 772 | 935 | |
| Mercedes | 34 | 28 | 24 | 86 | 335 | 421 | |
| Opel | 5 | 27 | 16 | 48 | 326 | 374 | |
| Peugeot | 11 | 28 | 26 | 65 | 390 | 455 | |
| Porsche | 32 | 46 | 29 | 107 | 284 | 391 | |
| Renault | 24 | 35 | 43 | 102 | 492 | 594 | |
| Seat | 37 | 29 | 24 | 90 | 502 | 592 | |
| Skoda | 44 | 51 | 46 | 141 | 742 | 883 | |
| Toyota/Lexus | 63 | 66 | 75 | 204 | 839 | 1043 | |
| Volkswagen | 94 | 133 | 143 | 370 | 2'249 | 2619 | |
| Volvo | 16 | 20 | 16 | 52 | 352 | 404 | |
| Alle Marken | 1'155 | 1'165 | 1'112 | 3432 | 15'703 | 19135 | |

³⁰² Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159 und 160. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219).