



Abteilung II
B-3332/2012

Urteil vom 13. November 2015

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Philippe Weissenberger,
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

Bayerische Motoren Werke AG,
Petuelring 130, DE-80788 München,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Peter Honegger, LL.M.,
und Dr. iur. Thomas A. Frick, LL.M.,
Niederer Kraft & Frey AG,
Bahnhofstrasse 13, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

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

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	4
I. Einleitung	4
II. Vorinstanzliches Verfahren	4
III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht.....	9
Erwägungen	12
1. Prozessvoraussetzungen	12
2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.....	13
i. Persönlicher Anwendungsbereich	13
ii. Sachlicher Anwendungsbereich	15
iii. Örtlicher Anwendungsbereich	16
Formelles Bundesrecht.....	24
3. Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime	25
4. Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung	43
5. Rüge der Befangenheit der Vorinstanz	46
Zwischenfazit: Keine Verletzung von formellem Bundesrecht	48
Materielles Bundesrecht	48
6. Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG	49
7. Marktabgrenzung	50
i. Sachliche Marktabgrenzung	52
ii. Räumliche Marktabgrenzung	54
iii. Fazit relevanter Markt	56
8. Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.....	56
9. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	57
i. Qualitative Erheblichkeit.....	57
ii. Quantitative Erheblichkeit.....	62
10. Rechtfertigungsgründe	90
Zwischenfazit: Unzulässige Wettbewerbsabrede	91
11. Sanktionierung.....	91

i. Sanktionierbarkeit von erheblichen Wettbewerbsabreden	91
ii. Sanktionsbemessung	95
iii. Rüge der Unverhältnismässigkeit der Sanktion	100
iv. Rüge der Missachtung mildernder Umstände	103
12. Fazit: Abweisung der Beschwerde	107
13. Kosten und Entschädigung	107
Dispositiv	108

Sachverhalt:**I. EINLEITUNG****A.**

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

"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.

"[...]"

A.b Der in der Schweiz seit dem 1. Januar 2005 geltende BMW Händlervertrag enthält folgende Bezugsklausel:

"[...]"

II. VORINSTANZLICHES VERFAHREN**B.**

B.a Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (hiernach: Sekretariat) folgende Anzeige eines Kaufinteressenten 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."

B.b Die Redaktion der Sendung "Kassensturz" des Schweizer Radio und Fernsehens (SRF) übermittelte am 19. Oktober 2010 dem Sekretariat folgende Stellungnahme der BMW AG zum Thema "Import von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz":

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

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

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

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

B.c Gleichentags wurde in der Sendung "Kassensturz" ein Bericht zum Thema "Autoimport" ausgestrahlt, wo u.a. festgehalten wurde, dass die BMW AG Importe von Fahrzeugen ihrer Marken BMW und MINI verhindere und somit die Preise in der Schweiz hochhalte. In der Folge gingen beim Sekretariat insgesamt 16 Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, welche erfolglos versucht hatten, Neufahrzeuge der beiden Marken aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren. 11 der Anzeiger wurden auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen.

B.d Am 25. Oktober 2010 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission WEKO (hiernach: Vorinstanz) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Die amtliche Publikation der Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Bundesblatt am 9. November 2010 (BBI 2010 7655). Gegenstand der Untersuchung war eine allfällige Gebietszuweisung durch Vertriebsgesellschaften der BMW Group bzw. ein Verkaufsverbot von BMW und MINI Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG (act. 12). Das Sekretariat informierte das deutsche Bundeskartellamt am 26. Oktober 2010 über die Untersuchungseröffnung.

B.e Im Rahmen der Untersuchung richtete das Sekretariat Auskunftsbeghen an den Verband Freier Autohandel Schweiz (VFAS), an die Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung, an [...] eine Multimarken-Grosshändlerin für Neuwagen, an die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure Auto-Schweiz sowie an deren Mitglieder. Zudem wurden dem Sekretariat 4 weitere Anzeigen bzw. Bürgeranfragen übermittelt.

B.f Am 26. Januar 2011 wurden Vertreter der BMW AG vom Sekretariat angehört zum Vertriebssystem der BMW Group, zur Stellungnahme der BMW AG zuhanden des Sekretariats vom 3. Dezember 2010 sowie zur Statistik "Direktimporte und Gesamtverkäufe". Zudem wurde den Vertretern der BMW AG Gelegenheit eingeräumt, Fragen zu Stellen sowie sich zur Sache zu äussern. Mit Schreiben vom 27. Januar 2011 stellte das Sekretariat der BMW AG das Protokoll der Anhörung zur Stellungnahme und allfälliger Korrektur zu. Eine von der BMW AG bereinigte Version des Protokolls der Anhörung sowie eine unterzeichnete Kopie desselben nahm das Sekretariat am 15. Februar 2011 bzw. am 25. Februar 2011 zu den Akten.

B.g Aufgrund eines Artikels in der Sonntagszeitung vom 3. Juli 2011, wonach die BMW Group gegenüber ihren deutschen Händlern das Exportverbot schriftlich als aufgehoben bezeichnet haben sollte, ersuchte das Sekretariat die BMW AG am 11. Juli 2011 um die Einreichung allfälliger an die EWR Vertragshändler verschickten Mitteilungen. Die BMW AG teilte dem Sekretariat am 25. Juli 2011 mit, dass kein entsprechendes Schreiben versandt worden sei, da sich an der bisherigen Duldungspraxis gegenüber Parallelimporten nichts geändert und folglich kein Anlass für eine Mitteilung bestanden habe.

B.h Das Sekretariat stellte der BMW AG am 21. Oktober 2011 seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Darin gelangte es zum Schluss, dass das vertragliche Exportverbot in den EWR Händlerverträgen eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstelle, weswegen die BMW AG mit einem Betrag von CHF 156'868'150.- zu belasten sei. Innert erstreckter Frist nahm die BMW AG mit Eingabe vom 13. Januar 2012 Stellung zum Antrag des Sekretariats.

B.i Am 26. März 2012 wurde die BMW AG von der Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 2 KG angehört. In der Folge ersuchte die Vorinstanz die BMW AG um Offenlegung der Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgenommene Marktanteilsberechnung. Die BMW AG reichte die entsprechenden Unterlagen am 29. März 2012 ein.

B.j Mit Schreiben vom 16. April 2012 teilte die BMW AG der Vorinstanz mit, sie werde unverzüglich eine Mitteilung an ihre Händler verschicken, in welcher sie klarstellen werde, [...]. Diese Mitteilung, welche am 20. April 2012 an die deutschen Händler und an die Vertriebstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern versandt wurde, reichte die BMW AG am 27. April 2012 bei der Vorinstanz ein. Sie lautet wie folgt:

"[...]"

C.

C.a Die Vorinstanz erliess am 7. Mai 2012 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellt.*
- 2. Der BMW AG (München) wird untersagt, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Daher hat die BMW AG ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz exportieren dürfen und hat zu veranlassen, dass die Exportklausel*

*in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugs-
klausel 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 auf-
erlegt.*
6. *[Eröffnung]"*

Die Verfügung wurde am 23. Mai 2012 versandt und am 24. Mai 2012 zu-
gestellt. Die Veröffentlichung erfolgte in RPW 2012/3, S. 540 ff.

C.b Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, das
im EWR Händlervertrag der BMW Group festgehaltene Exportverbot be-
zwecke und bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1
KG. Dieses Exportverbot sei sowohl in der Vertragsversion aus dem Jahr
2003 als auch in der Version des Jahres 2008 enthalten gewesen. Die eher
kryptisch formulierte Mitteilung, welche kurz vor dem Entscheid der Vo-
rinstantz an die Händler im EWR versandt worden sei, habe eine schriftlich
vereinbarte Gebietsschutzabrede nicht ohne Weiteres aufzuheben vermö-
gen. Die Abrede habe daher zumindest seit dem Jahr 2003 andauert. In
casu habe das Exportverbot in erster Linie im Interesse der BMW AG ge-
legen, da diese durch Verhinderung von Wettbewerbsdruck durch Importe
das hohe Preisniveau in der Schweiz habe aufrechterhalten können. Auf-
grund dieser Interessenasymmetrie sowie der Durchsetzungsschwierigkei-
ten gegenüber den BMW Vertragshändlern im EWR habe die Vorinstanz
auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf die EWR Händler verzichtet.

C.c In der angefochtenen Verfügung wird weiter festgehalten, bei dem ver-
traglich vereinbarten Exportverbot handle es sich um eine Gebietsabrede
i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Zwar lasse sich die Vermutung der Beseitigung wirk-
samen Wettbewerbs auf den relevanten Märkten, welche laut Vorinstanz
das Gebiet Schweiz für "Kleinwagen", Wagen der "Unteren Mittelklasse",
der "Oberen Mittelklasse", der "Oberklasse" und der "Luxusklasse" um-
fassten, aufgrund des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs widerlegen.

Allerdings würden Gebietsabreden, durch welche der schweizerische Markt abgeschottet werde, das qualitative Element einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ihrem Wesen nach erfüllen. Daher genügten in quantitativer Hinsicht tiefe Anforderungen, um die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Aufgrund der Markstellung und der Marktanteile von BMW und MINI, den Preisunterschieden zwischen der Schweiz und dem EWR und den Auswirkungen auf den relevanten Märkten sei auch das quantitative Kriterium der Erheblichkeit zu bejahen. Das vertraglich vereinbarte Exportverbot zwischen der BMW AG und ihren EWR Händlern habe zumindest seit Oktober 2010, ab welchem Zeitpunkt ein starkes Arbitragepotenzial bestanden habe, zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den relevanten Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG geführt. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sei nicht möglich.

C.d In der angefochtenen Verfügung wird ferner festgestellt, dass das in Frage stehende Exportverbot die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfülle. Da die BMW AG das Exportverbot wissentlich und willentlich umgesetzt habe, obwohl ihr dessen Unzulässigkeit bekannt gewesen sei, sei ihr Verhalten vorwerfbar i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG. In casu liege ein mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellgesetz vor, weshalb der Basisbetrag gestützt auf Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) auf [4-7] % des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes der letzten drei Jahre festzusetzen sei. Die Dauer des Kartellverstosses führe nicht zu einem Zuschlag. Ebenso lägen keine erschwerenden oder mildernden Umstände vor. Daher werde die BMW AG mit einer Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 156'868'150.- belegt. Darüber hinaus habe die BMW AG die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 205'881.60 vollumfänglich zu tragen.

III. VERFAHREN VOR BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

D.

D.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2012 erhob die BMW AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 22. Juni 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

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

2. *Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von CHF [...] zu verhängen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

PROZESSUALE ANTRÄGE

1. *Es seien die Verfahrensakten der Vorinstanz zum Verfahren 22-0408 für das vorliegende Verfahren beizuziehen.*
2. *Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichnete Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidungspublikation nicht offen zu legen.*
3. *Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zu Vernehmlassungen der Vorinstanz in diesem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen."*

D.b In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sowie des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe zahlreiche relevante Tatsachen nicht berücksichtigt bzw. nicht untersucht und aktenwidrige Feststellungen getroffen. Eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sieht die Beschwerdeführerin darin begründet, dass das alleinige Abstellen der Vorinstanz auf das qualitative Element bei der Erheblichkeitsanalyse zu einer Beweislastumkehr geführt habe. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz, weil die Vorinstanz in der Formulierung der angefochtenen Verfügung die gebotene Neutralität habe missen lassen.

D.c Materiell wendet die Beschwerdeführerin insbesondere ein, die Erheblichkeit der Abrede sei fehlerhaft geprüft und daher zu Unrecht bejaht worden. Zudem habe die Vorinstanz es versäumt, den Kausalzusammenhang zwischen der Abrede und den angeblich wettbewerbswidrigen Wirkungen nachzuweisen. Schliesslich seien der Vorinstanz auch bei der Sanktionsberechnung erhebliche Fehler unterlaufen, was zu einem deutlich überhöhten Sanktionsbetrag geführt habe.

E.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 vernehmen und reichte die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 7. Mai 2012 unter Kostenfolge.

F.

Am 31. Oktober 2012 stellte die Beschwerdeführerin Antrag auf Einsicht in die von der Vorinstanz eingereichten Akten des vorinstanzlichen Verfahrens. Das Bundesverwaltungsgericht kam diesem Begehren am 6. November 2012 nach.

G.

Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 20. Dezember 2012. Dabei stellte sie folgende weitere Verfahrensanträge:

- "2. *Es sei die Vorinstanz zur Edition der unter Rz. 67-68 bzw. Fn. 113 der Vernehmlassung thematisierten, nach Veröffentlichung der Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mails zu verpflichten und der Beschwerdeführerin diesbezüglich Akteneinsicht zu gewähren sowie Gelegenheit einzuräumen, zu diesen E-Mails Stellung zu nehmen.*
3. *Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zur Duplik der Vorinstanz Stellung zu nehmen."*

H.

Das Bundesverwaltungsgericht ersuchte mit Verfügung vom 8. Januar 2013 die Vorinstanz um Einreichung der nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mails. Dabei sei sowohl eine Version mit Geschäftsgeheimnissen als auch eine bereinigte Version der E-Mails zu erstellen. Die Vorinstanz kam diesem Ersuchen mit Eingabe vom 9. Januar 2013 nach. Eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der besagten E-Mails wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 10. Januar 2013 übermittelt.

I.

Die Beschwerdeführerin reichte am 17. Januar 2013 eine Stellungnahme ein zu den nach Erlass der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen. Darin trägt sie insbesondere vor, die betreffenden Anzeigen würden darlegen, dass ein Import von BMW und MINI Neufahrzeugen im untersuchungsrelevanten Zeitraum möglich gewesen sei.

J.

Mit Eingabe vom 25. Februar 2013 duplizierte die Vorinstanz, wobei sie an ihren bisherigen Ausführungen festhielt. Ferner reichte sie die neu hinzugekommenen Verfahrensakten ein.

K.

Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. März 2013 die Duplik der Vorinstanz inklusive Aktenverzeichnis einstweilen zur Kenntnis. Die Beschwerdeführerin beantragte am 8. März 2013 Einsicht in die mit der Duplik eingereichten vorinstanzlichen Verfahrensakten, welche ihr mit Verfügung vom 15. März gewährt wurde. Zudem räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Frist zur Einreichung einer allfälligen Stellungnahme zur vorinstanzlichen Duplik ein. Die entsprechende Eingabe der Beschwerdeführerin ging am 8. April 2013 ein.

L.

Mit Schreiben vom 5. März 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht um Einsicht in die seit dem letzten Akteneinsichtsgesuch vom 8. März 2013 allenfalls beigezogenen weiteren Akten. Das Bundesverwaltungsgericht teilte der Beschwerdeführerin mit Brief vom 10. März 2014 mit, dass keine neuen Akten Eingang ins Dossier gefunden haben und sie daher über alle Akten des Verfahrens verfüge.

M.

Das Bundesverwaltungsgericht teilte mit Verfügungen vom 12. Februar 2015 und 1. April 2015 den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers im vorliegenden Fall mit. Dagegen sind keine Ausstandsbegehren eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen.

1.2 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden

gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 m.w.H.). Der angefochtene Entscheid der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 7. Mai 2012 im Untersuchungsverfahren 22-0408 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinne von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

1.4 Auf die Beschwerde vom 22. Juni 2012 ist daher einzutreten.

2. ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES

i. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

2.

2.1

2.1.1 Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251), welches gemäss seinem Art. 1 bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellgesetz ist nach seinem Art. 2 Abs. 1 auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar, worunter sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess zu verstehen sind, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht demnach von einem weiten Unternehmensbegriff aus (vgl. dazu VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 63 f.).

2.1.2 In casu richtet sich die angefochtene Verfügung gegen die Bayerische Motoren Group bzw. die Unternehmenszentrale in München (die BMW AG) und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Darunter fallen auch die Vertriebsgesellschaften im EWR und die BMW Schweiz AG mit Sitz in Dielsdorf. Die Konzerngesellschaft wird zweifelsohne vom Unternehmensbegriff des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfasst. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ist ein Konzern als Ganzes als wirtschaftliche Einheit zu betrachten, wenn die Konzerngesellschaft effektiv Kontrolle über ihre Konzernunternehmen ausübt. Die Konzernunternehmen sind aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu betrachten. Bei einer hundertprozentigen Beteiligung der Konzernmutter an ihren Tochtergesellschaften wird nach der Stora-Vermutung angenommen, dass eine Konzernmutter tatsächlichen Einfluss auf ihre Tochterunternehmen ausübt. Ist die Muttergesellschaft nicht zu hundert Prozent an ihren Tochtergesellschaften beteiligt, muss sie die Möglichkeit haben, einen Einfluss auf deren Verhalten auszuüben. Zudem muss sie von dieser Möglichkeit wirklich Gebrauch machen, was eine Gesamtbetrachtung erfordert (vgl. EuGH, Rs. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, Slg. 2000, I-9925, Rn. 27 ff.; EuGH, verb. Rs. C-93/13 P und C-123/13 P, *Versalis u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:2015:150, Rn. 40 ff.; BGE 139 I 72 "Publigroupe" nicht publizierte E. 3; ANDREAS HEINEMANN, Thesenpapier vom 21. Februar 2013, Kartellverstoß des Tochterunternehmens: Haftet die Konzernmutter?, abrufbar unter: http://www.debatingcompetition.ch/storage/3rd_Thesenpapier_Heinemann.pdf, zuletzt besucht am 19. November 2015; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rn. 256; ROLF H. WEBER, Kartellrecht – Einleitung, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2; Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 1 ff., 2). Ob vorliegend die Muttergesellschaft zu hundert Prozent an ihren Tochtergesellschaften beteiligt ist, kann offen bleiben. Fest steht, dass sie die Möglichkeit hatte, auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften Einfluss zu nehmen und davon Gebrauch machte. So wird auf der Homepage der BMW Group festgehalten: "Die Unternehmenszentrale in München steuert die Aktivitäten der BMW Group weltweit. Im 'Vierzylinder' am Olympiapark laufen die Fäden aus mehr als 150 Ländern zusammen." (abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/bmwgroup_prod/d/0_0_www_bmwgroup_com/unternehmen/unternehmensprofil/standorte/standorte/index.html, zuletzt besucht am 19. November 2015). Ferner haben Mitarbeiter der Sendung "Kassensturz" und verschiedene Anzeiger bestätigt, dass sich die Vertriebsgesellschaften in der Schweiz an die Händlerverträge

hielten (vgl. z.B. act. 1, 3, 4, 5; s. auch Rn. 3 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz hat demnach das Verhalten der Vertriebsgesellschaften richtigerweise der BMW Group zugerechnet.

ii. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

2.2

2.2.1 In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend sind zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Händlern in der Schweiz und im EWR schriftliche Händlerverträge abgeschlossen worden. Es ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.

2.2.2 Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (siehe statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, hiernach: BSK-KG, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 N. 79 ff.; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht *in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 24 ff.). Die zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Schweizer und EWR Händlern bestehenden, schriftlichen Verträge erfüllen dieses Tatbestandselement zweifelsohne.

2.2.3 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie den Preis oder die Lieferbedingungen) in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.1 m.w.H.). Um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Dabei ist die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein,

eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 3.2.3).

2.2.4 Nach Ziff. 1.5 des Händlervtrages vom 1. Oktober 2003 ist es Händlern im Gebiet des EWR nicht gestattet, direkt oder indirekt BMW und MINI Fahrzeuge in Länder ausserhalb des EWR zu verkaufen. Zudem sind sie nach Ziff. 6.2 des Vertrages verpflichtet, BMW und MINI Fahrzeuge sowie Originalteile derselben über das Bestellsystem der Beschwerdeführerin zu beziehen. Eine ähnliche Bezugs Klausel findet sich in Ziff. 6.2 des in der Schweiz verwendeten Vertrages, wonach Schweizer Händler für den Bezug von BMW und MINI Fahrzeugen und Originalteilen ebenfalls das Bestellsystem der Beschwerdeführerin verwenden müssen. Demnach werden die EWR Händler in ihrer Freiheit eingeschränkt, BMW und MINI Fahrzeuge sowie Originalteile derselben ausserhalb des EWR zu vertreiben. Darüber hinaus wird das Bezugsgebiet der Schweizer Händler für BMW und MINI Fahrzeuge und Originalteile limitiert. Ob die Abrede eingehalten wurde oder nicht, ist für die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht erheblich. Es genügt bereits, wie hiervor ausgeführt, dass sie objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Das ist vorliegend zu bejahen.

iii. ÖRTLICHER ANWENDUNGSBEREICH

2.3

2.3.1 Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Es ist einleitend zu untersuchen, ob Art. 2 Abs. 2 KG für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Sachverhalte mit internationalem Bezug eine bestimmte Art der Auswirkung auf den Schweizer Markt verlangt und wie intensiv diese Auswirkung sein muss. Das ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei folgen das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht einem pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente

einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50 E. 5.1; BGE 132 III 707 E. 2; BVGE 2010/48 E. 3).

2.3.2 Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ergibt sich lediglich, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, welche Auswirkungen in der Schweiz haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Sachverhalte im Ausland veranlasst worden sind. Die Bestimmung schreibt für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine besondere Art oder Intensität der Auswirkung vor. Auch aus der systematischen Stellung der Norm in den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes lässt sich für die Frage der Art der Auswirkung nichts ableiten.

2.3.3 Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468; nachfolgend: Botschaft KG 95) stellt fest, es werde "[i]n Anlehnung an die herrschende internationale und auch schweizerische Praxis [...] zur Begründung des örtlichen Geltungsbereichs auf das Auswirkungsprinzip verwiesen" (BBI 1995 I 535). Ein nationales Gesetz dürfe sich auf extraterritoriale Sachverhalte beziehen, "wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht" (BBI 1995 I 535). Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes wurde bewusst weit umschrieben. Sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit werden vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Beschränkung des Wettbewerbs ergeben kann. Nach der Botschaft KG 95 sagt die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts aus über die wettbewerbsrechtliche Würdigung des unternehmerischen Verhaltens, es bedeutet keinerlei Werturteil. Zur Anwendung der materiellen Bestimmungen müssen die erwähnten Wettbewerbsabreden in ihrer Wirkung auf den Wettbewerb untersucht werden (BBI 1995 I 553). Für die Beurteilung der Auswirkung einer Abrede auf den Wettbewerb muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden (BBI 1995 I 554). Die Würdigung erfolgt erst bei der Anwendung der Art. 5 ff. KG. Ziel dieser weiten Umschreibung des Geltungsbereiches ist die rechtsgleiche Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen. Allein die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes sollen für die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit unternehmerischen Verhaltens massgebend sein (BBI 1995 I 533). Das Kriterium der Erheblichkeit wird denn auch erst im Zusammenhang mit den materiellen Bestimmungen behandelt (vgl. BBI 1995 I 554).

2.3.4 Das in Art. 2 Abs. 2 KG statuierte Auswirkungsprinzip wurde vom Bundesgericht bereits im Jahre 1967 im Entscheid BGE 93 II 192 unter dem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (AS 1964 53; hiernach KG 62) anerkannt. In Auslegung des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 62, welcher für Klagen aus Wettbewerbsbehinderung als Gerichtsstand den Begehungsort vorsah, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hatte, stellte das Bundesgericht fest: "L'art. 7 al. 2 litt. b permet [...] d'assigner en Suisse des organisations étrangères dont les accords de cartel produisent en Suisse des résultats illicites selon l'art. 4 L.Cart., quel que soit le lieu où ces accords ont été conclus. Cela est conforme à son but qui est de protéger la libre concurrence, jugée conforme à l'intérêt général. Cette disposition doit dès lors réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse" (BGE 93 II 192 "Librairie Hachette" E. 3). Diese Rechtsprechung wurde in einem Fusionskontrollfall betreffend die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch eine französische und eine amerikanische Unternehmung, die nach dem KG 95 zu prüfen war, bestätigt. Die Parteien wollten die Anwendbarkeit des Gesetzes an eine qualifizierte Auswirkung der Fusion auf den schweizerischen Markt knüpfen. Das Bundesgericht stellte hingegen fest: "Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi [...]. Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse" (BGE 127 III 219 "Rhône-Poulenc" insb. E. 3a).

2.3.5 Ein Teil der schweizerischen Literatur vertritt die Ansicht, dass eine Auswirkung auf den Schweizer Markt unmittelbar und wesentlich (also spürbar) sein müsse, damit das Kartellgesetz örtlich zur Anwendung gelange. So sieht beispielsweise ZÄCH aufgrund des Wortlautes von Art. 2 Abs. 2 KG die Zuständigkeit der WEKO nur als gegeben an, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar auf den schweizerischen Märkten auswirkt, was auch eine gewisse Spürbarkeit im Sinne einer Möglichkeit der Wahrnehmung der Beschränkung verlange (ZÄCH, a.a.O., Rn. 268). BORER zufolge soll mit dem Kriterium der Wesentlichkeit verhindert werden, dass von den materiellen Tatbestandsmerkmalen her eigentlich erfasste, bloss mögliche Wirkungen durch Wettbewerbsabreden zum Anlass für die Einleitung eines nationalen Kartellverfahrens genommen werden,

auch wenn im Inland keine Wirkungen tatsächlich spürbar sind (JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, Art. 2 N. 21). Andere Autoren fordern eine unmittelbare Wirkung auf den schweizerischen Markt, wobei allfällige Weiterwirkungen auf nachgelagerte Märkte oder Rückwirkungen ausser Betracht bleiben müssten (vgl. insbesondere ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 92; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG [hiernach: Baker-Kommentar], Bern 2007, Art. 2 N. 32). ZURKINDEN/TRÜEB wiederum wollen auf die Spürbarkeit der wettbewerbschädlichen Auswirkungen abstellen (PHILIPP E. ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 N. 10). Es wird indessen auch die Auffassung vertreten, durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und insbesondere der Spürbarkeit werde eine materielle Prüfung der Abrede vorweggenommen. Das Kartellgesetz komme zur Anwendung aufgrund einer Auswirkung auf den Schweizer Markt, ein Mindestmass an Intensität sei nicht verlangt. Die Intensität sei im Rahmen der materiellen Prüfung der Abrede zu untersuchen. Unwesentliche Auswirkungen würden denn auch nicht zu einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Weil im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oft nicht abzuschätzen seien, müsse für die Einleitung eines Verfahrens die Möglichkeit von (wesentlichen) Auswirkungen genügen. Bei Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG reiche bereits das Bezwecken einer (wesentlichen) Auswirkung auf den Schweizer Markt (vgl. JENS LEHNE, in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 53; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 209; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, [hiernach Commentaire Romand], Art. 2 LCart N. 92; siehe auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 2 N. 40, nach dem das Kriterium der "Spürbarkeit" in der Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs enthalten ist). Nach SCHNYDER schliesslich schützt das Kartellrecht auf dem insbesondere räumlich relevanten Markt die Allgemeinheit und einzelne Betroffene vor Wettbewerbsbehinderungen. In kollisionsrechtlicher Hinsicht sei daher funktional eine Anknüpfung zu verwirklichen, welche diesem Schutzgedanken Rechnung trage. Aus funktionalen Gründen könne es sich das Wettbewerbsrecht nicht leis-

ten, nur wegen der Lokalisierung einzelner, ebenfalls relevanter Anknüpfungspunkte ausserhalb des betroffenen Marktes auf seine Durchsetzung zu verzichten (ANTON K. SCHNYDER, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007 [hiernach Münchener Kommentar EuWettbR], Einleitung: Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Extraterritoriale Anwendung, Rn. 848 ff.). Ferner könne bei der Handhabung des Auswirkungsprinzips nicht auf abstrakte Kriterien wie Spürbarkeit, Unmittelbarkeit oder Vorhersehbarkeit abgestellt werden, sondern es bedürfe einer Rückkoppelung auf Sachnormen und deren Anwendungskriterien, wie Bestimmung des relevanten Marktes, beherrschende Stellung usw. Marktauswirkungen seien dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst werde (SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927 ff.). Insbesondere die immer wieder genannten Voraussetzungen "Spürbarkeit" (i.S.v. Erheblichkeit), "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" seien zu abstrakt bzw. zu einschränkend (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 929 ff.).

2.3.6 Das Auswirkungsprinzip hat seine völkerrechtliche Grundlage im *Lotus*-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (S.S. *Lotus* [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60 ff. und 86). Demnach sind Handlungen von Personen, die sich zum Tatzeitpunkt auf dem Territorium eines anderen Staates aufhalten, nichtdestotrotz als Handlungen anzusehen, welche innerhalb eines Staatsgebietes begangen wurden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, insbesondere die Auswirkungen der Tat, sich im Inland realisiert hat (S.S. *Lotus* [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60).

2.3.7 Im Kartellrecht wurde das Auswirkungsprinzip entscheidend durch das U.S.-amerikanische Recht, und vor allem die amerikanischen Gerichte, geprägt (für eine Übersicht über die Entwicklung des Auswirkungsprinzips im U.S.-amerikanischen Recht vgl. CARL BAUDENBACHER, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR, 146. Jahrgang 2012, S. 590 ff.; DIETMAR BAETGE, *Globalisierung des Wettbewerbsrechts, Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht*, Tübingen 2009, S. 262 ff.). Der *Sherman Act* (15 U.S.C. §§ 1-7) sah von Beginn

an in *Section 1* die Möglichkeit vor, das Kartellverbot auch dann anzuwenden, wenn der Handelsverkehr mit anderen Staaten betroffen war. Davon machte die Rechtsprechung erstmals 1945 im sog. *Alcoa-Fall* Gebrauch (*United States v. Aluminium Co. of America et al.*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416). Allerdings sollten ausländische Abreden nur dann erfasst werden, "if they were intended to affect imports and did affect them" (S. 444). Dieser Ansatz wurde vom Obersten Gerichtshof der U.S.A. in *Hartford Fire Ins. v. California* bestätigt (509 U.S. 764, 1993). Der sog. "effects-test" wurde 1982 durch den *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA; Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1246 [1982]) förmlich in den *Sherman Act* aufgenommen. Das U.S.-Kartellrecht ist damit auf Verhalten anwendbar, welches direkte, erhebliche und hinreichend vorhersehbare Auswirkungen auf den Binnen- bzw. indirekten Importhandel oder auf den Exporthandel eines U.S.-Exporteurs hat (vgl. *Section 7 Sherman Act*). Die neueste amerikanische Rechtsprechung liegt auf der von SCHNYDER vertretenen Linie. Nach dem Urteil des Bundesberufungsgerichts des Siebten Bezirkes der U.S.A. in *Minn-Chem Inc. V. Agrium Inc.* vom 27. Juni 2012 (No. 10-1712), das auf eine Privatklage hinging, sind die Begriffe "direct", "substantial" und "foreseeable" keine Zuständigkeitsregeln, d.h. Regeln, welche die Zuständigkeit begrenzen, sondern Vorschriften betreffend die Begründetheit.

2.3.8 Das Kartellrecht der früheren EWG und heutigen EU, auf welches sich das KG in grossen Teilen stützt (BBI 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.), findet seit 1964 Anwendung auf Unternehmen ausserhalb des Gemeinsamen Marktes (für eine Übersicht über die extraterritoriale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 855 ff.). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich bisher nicht ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt, sondern das europäische Kartellrecht zunächst über die Theorie der wirtschaftlichen Einheit (EuGH, R. 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg. 1972, 619, Rn. 132/135 f.; EuGH, verb. Rs. 6 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223, Rn. 36 ff.) und danach über das Durchführungsprinzip (EuGH, Rs. 89/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193) auf Drittstaatsunternehmen angewendet. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) anerkannte in *Gencor* indirekt das Auswirkungsprinzip als es prüfte, ob der in Frage stehende Zusammenschluss zweier Südafrikanischer Gesellschaften in der Gemeinschaft eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung haben würde (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879). Diese Begriffe legte es wie folgt aus: die unmittelbare Wirkung bestand darin, dass der Zusammenschluss Bedingungen schaffte, welche missbräuchliche Verhaltensweisen

möglich machten und auch wirtschaftlich vernünftig erschienen liessen. Die Erheblichkeit der Wirkung wurde bejaht, weil sich durch das entstehende Duopol die Anteile auf den relevanten Märkten erheblich ändern würden. Schliesslich sei es vorhersehbar, dass die Schaffung eines beherrschenden Duopols auf einem Weltmarkt auch zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung in der Gemeinschaft geführt hätte (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879, Rn. 94, 97 f. und 100). Zwar haben sich EuGH und EuG nie ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt. Aufgrund der von den beiden Gerichten gebilligten Praxis der Europäischen Kommission ist allerdings anzunehmen, dass es grundsätzlich in der EU Anwendung findet, auch wenn nicht restlos geklärt ist, wie und in welchem Umfang (vgl. RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, Eighth Edition, Oxford 2015, S. 526 ff., insbesondere S. 529).

2.3.9 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in den Rechtsordnungen der EU und der USA ein gewisses Mindestmass an Intensität für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangt wird. Unklar bleibt die Definition der Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" und deren Anwendung in der Praxis.

2.3.10 Das Schweizer Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Der dort verwendete Begriff der "Auswirkung" ist mit dem in Art. 2 Abs. 2 KG gebrauchten nicht deckungsgleich. Art. 2 Abs. 2 KG ist aber im Lichte des Art. 1 KG zu lesen. Erstere Norm dient u.a. dazu, Letztere zu verwirklichen. Das Kartellgesetz soll den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt vor Störungen schützen, damit ein freier und nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierender Wettbewerb ermöglicht wird. Das Auswirkungsprinzip soll dabei der Anwendung des Kartellgesetzes ausdrücklich auch in Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen der Wettbewerbsverstoss im Ausland begangen wurde (vgl. dazu zum alten KG 95 BGE 127 III 219 "Rhône-Poulenc" E. 3a). Insofern ist die schweizerische Regelung deutlich klarer als Art. 101 AEUV, wo das Auswirkungsprinzip erst durch die Praxis der Kommission und der Gerichte anerkannt wurde. Für die Beantwortung der Frage der Natur einer Auswirkung ist ein Abstellen auf die abstrakten Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" mit erheblichen Unsicherheiten für die Rechtsunterworfenen verbunden. Zielführender ist es, Marktauswirkungen dort zu bejahen,

wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927). Der in diesem Sinne weit gefasste örtliche Anwendungsbereich wird auch ausdrücklich einleitend zu Art. 2 KG in der Botschaft KG 95 postuliert (BBl 1995 I 553 f.). Erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung durchzuführen. Wie die Botschaft KG 95 festhält, ist mit der Unterstellung von Vertikalabreden unter das Gesetz nämlich noch nichts über die materielle Beurteilung solcher Praktiken im Einzelfall ausgesagt. Gerade bei den Vertikalabreden gibt es zahlreiche Spielarten, mit denen die Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlich effizienten Ausgestaltung ihrer Marktbeziehungen legitime Strategien verfolgen (BBl 1995 I 546). Im Übrigen ist nur mit einer weiten Fassung des örtlichen Anwendungsbereichs gewährleistet, dass das KG nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird. Denn es sind Fälle denkbar, in denen Unternehmen mit Sitz ausserhalb eines Staatsgebietes einen Lieferverzicht in dieses Territorium vereinbaren. Dass Sachverhalte, in denen ein Unterlassen Gegenstand einer Kartellabrede ist, vom Kartellgesetz erfasst werden, liegt auf der Hand. Würde man in einer solchen Situation die Anwendung des Kartellgesetzes von positiven Auswirkungen im Inland abhängig machen, würde das Kartellgesetz zum toten Buchstaben verkommen. Unternehmen könnten dadurch nach Belieben Märkte national abschotten, was dem Ziel des Kartellgesetzes diametral entgegenstehen würde (siehe Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [hiernach: Botschaft KG 03], BBl 2002 2032). Ferner ist der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auch deswegen weit zu fassen, damit gewährleistet ist, dass das Sekretariat überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob eine Abrede beschränkend wirkt. Eine sozusagen materielle Vorprüfung im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 KG entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Auswirkungsprinzips, ja wäre sogar unlogisch. Es kann nicht sein, dass das Sekretariat anhand des Kartellgesetzes prüft, ob es eine Auswirkung gibt, um festzustellen, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der nach Art. 2 Abs. 2 KG breit zu fassende Anwendungsbereich des Kartellgesetzes in zweifacher Hinsicht eingeschränkt wird: Zum einen ist das Gesetz in sachlicher Hinsicht, wie oben (E. 2.2) ausgeführt, nur auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (Art. 4 Abs. 1 KG). Andererseits wird gerade im Rahmen der umfangreichen materiellen Prüfung untersucht, wie erheblich eine Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt, oder ob sie sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sogar positiv auf den relevanten Markt auswirkt (vgl.

Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 KG). Selbst wenn eine Abrede vermutungsweise den Wettbewerb beseitigt, kann durch Nachweis genügenden Restwettbewerbs die Vermutung widerlegt werden. Hinzu kommen die verfahrensrechtlichen Garantien des Kartellgesetzes. Erst nachdem das Sekretariat gestützt auf eine Vorabklärung Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ermittelt hat, wird eine formelle Untersuchung eingeleitet, und dies auch nur im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz (Art. 26 f. KG). All diese Vorschriften verhindern, dass gegen Unternehmen Sanktionen ausgesprochen werden für Wettbewerbsbeschränkungen, welche nur geringe oder keine Auswirkungen in der Schweiz zeitigen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 3.3; s. auch MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Bundesverwaltungsgericht setzt mit Gaba-Urteil wettbewerbspolitischen Markstein, *European Law Reporter* 2/2014, S. 67; ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, *Jusletter* vom 10. Februar 2014, Rz. 35). Es ist demnach von einem weiten örtlichen Anwendungsbereich des Schweizer KG auszugehen.

2.3.11 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit ihren Händlern ein Exportverbot aus dem EWR sowie ein Parallelimportverbot in die Schweiz schriftlich vereinbart. Ob beziehungsweise wie sich diese Vereinbarungen auf den Schweizer Markt ausgewirkt haben, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin Abreden getroffen hat, welche den Verkauf von Produkten der Beschwerdeführerin in der Schweiz und somit den Schweizer Markt betreffen. Das ist in casu der Fall. Der vorliegende Sachverhalt mit internationalem Bezug fällt folglich aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG in den Anwendungsbereich des Schweizer Kartellgesetzes.

Formelles Bundesrecht

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin Verletzungen der Untersuchungsmaxime (E. 3), der strafrechtlichen Unschuldsvermutung (E. 4) sowie des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz (E. 5). Auf die Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

3. RÜGE DER VERLETZUNG DER UNTERSUCHUNGSMAXIME

3.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde vom 22. Juni 2012 in formeller Hinsicht mehrere Verletzungen der Untersuchungsmaxime geltend. Auf die Vorbringen wird hiernach einzeln eingegangen.

Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie haben die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, wobei die Parteien gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht trifft. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können (BGE 117 V 282 E. 4a; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 "Ticketcorner" E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff.; vgl. auch ROLF H. WEBER/STÉPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 352). Grundsätzlich gilt im ordentlichen Verwaltungsverfahren das Beweismass des Regelbeweises (PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMME-NEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 12 N. 216). Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Wie das Bundesgericht im "Publigroupe"-Urteil ausgeführt hat, ist die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Daher dürfen die Anforderungen an den Nachweis wirtschaftlicher Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. Eine strikte Beweisführung ist kaum möglich; allerdings muss die Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 8.3.2 m.H.; s. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 "Swisscom/COLT" E. 13.2; BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4

m.H; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2/2015, S. 269 ff., 275 f).

Der Untersuchungsgrundsatz erfährt eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Diese besteht für Parteien insbesondere, soweit sie in einem Verfahren selbständige Begehren stellen (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunft- oder Offenlegungspflicht obliegt. Eine solche findet sich in Art. 40 KG, wonach Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben. Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 10; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 162; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 13 N. 32 ff.; VINCENT MARTENET, in: *Commentaire Romand*, Art. 39 LCart N. 31 ff.).

3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel "Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes" erstens geltend, die Vorinstanz habe die Marktanteile von BMW und MINI Fahrzeugen nicht im Untersuchungszeitraum erhoben, sondern willkürlich und ohne Begründung im Zeitraum 2007-2011. Hierzu ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz in willkürlicher Weise auf den genannten Zeitraum abgestellt hat, eine materielle ist. Diese ist nicht im Rahmen der formellen Prüfung zu untersuchen, sondern an entsprechender Stelle bei der materiellen Beurteilung (vgl. unten, E. 9.2.1.1). Nachfolgend beschränkt sich die Prüfung des Bundesverwaltungsgerichts daher auf den ersten Teil der Rüge.

3.1.2 Die Vorinstanz erwidert, die Bemessungszeitperiode für die Marktanteilsberechnung sei nicht willkürlich festgelegt worden. Vielmehr sei wie üblich auf die letzten fünf Jahre vor Erlass der angefochtenen Verfügung abgestellt worden, um einer allfällig dynamischen Entwicklung der Marktanteile Rechnung zu tragen. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Entscheidungen GABA und SIX (RPW 2010/1, S. 65 ff. bzw. RPW 2011/1, S. 96 ff.).

3.1.3 In Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung werden die Marktanteile der Beschwerdeführerin berechnet. Dabei hatte die Vorinstanz ursprünglich die Marktanteile für die Zeitperiode 2007-2010 gestützt auf die Absatzmengen der Fahrzeughersteller und -importeure kalkuliert. Die Beschwerdeführerin sprach sich im vorinstanzlichen Verfahren hingegen dafür aus, statt auf die Absatzmengen auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik abzustellen (vgl. act. 164 Rn. 49). In der Folge legte die Beschwerdeführerin dar, wie ihrer Ansicht nach eine Marktanteilsberechnung gestützt auf die Zulassungsstatistik vorzunehmen wäre. Dabei stellte sie auf die Zahlen aus den Jahren 2006-2011 ab und nahm eine Kalkulation für die Marktanteile in der Zeitperiode 2007-2010 vor. Aus Rn. 252 ff. der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin ihre Marktanteilsberechnung auf die Zulassungsstatistik statt wie ursprünglich auf die Absatzmenge stützte. Demnach ist die Vorinstanz der von der Beschwerdeführerin geforderten Berechnungsmethode gefolgt, und zwar auch hinsichtlich der Festlegung eines langen Bemessungszeitraumes. Angesichts dieser Vorgänge mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht von einem unbegründeten bzw. nicht nachvollziehbaren Handeln seitens der Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung spricht. Die Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist demnach zurückzuweisen.

3.2

3.2.1 Die Beschwerdeführerin trägt im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime zweitens vor, die Behauptung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin über Marktmacht bzw. eine starke Marktstellung verfüge, sei aufgrund der tiefen Marktanteile als aktenwidrig anzusehen. Die Marktmacht könne nicht, wie das die Vorinstanz getan habe, über eine vage und falsch interpretierte Aussage der Beschwerdeführerin zu ihrer [...] anlässlich der mündlichen Anhörung konstruiert werden.

Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin formelle mit materiellen Fragen vermischt. Unter dem Titel Untersuchungsgrundsatz bzw. der Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ist zu prüfen, ob die vorinstanzlichen Aussagen in Bezug auf die Marktmacht indizierenden Sachverhaltselemente (z.B. Marktanteile) aktenwidrig sind. Nicht im Rahmen der formellen Prüfung ist hingegen zu untersuchen, ob die Vorinstanz die Ergebnisse ihrer Untersuchung korrekt gewürdigt und zu Recht auf das Vorliegen von Marktmacht der Beschwerdeführerin erkannt hat. Das betrifft eine materielle Frage, welcher an entsprechender Stelle

nachzugehen ist (vgl. unten, E. 9.2.1). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist im Lichte dieser Erwägungen zu prüfen.

3.2.2 Die Vorinstanz weist den Vorwurf der aktenwidrigen Feststellung zurück und bringt im Wesentlichen dasselbe vor, wie in Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung. Sie habe insbesondere aufgrund der Marktanteile der Beschwerdeführerin, der Marktanteilsentwicklung auf den relevanten Märkten sowie der von der Beschwerdeführerin [...] auf Marktmacht geschlossen (vgl. dazu auch die Ausführungen unten in E. 9.2.1).

3.2.3 Wie bereits der Wortlaut erhellt, bedeutet "Aktenwidrigkeit", dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht. Dabei hat der die Aktenwidrigkeit Behauptende darzulegen, dass diese offensichtlich ist sowie welche Akten nicht oder falsch berücksichtigt wurden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 5.8.3; s. auch MARC FORSTER, Woran staatsrechtliche Beschwerden scheitern, Zur Eintretenspraxis des Bundesgerichtes, SJZ 89/1993, S. 77 ff., 78). Der Begriff Aktenwidrigkeit kann sich ausschliesslich auf nachprüfbare Tatsachen beziehen, die einerseits in den Akten aufgeführt sind und andererseits dem Entscheid zugrunde gelegt werden. Die Aktenwidrigkeit ergibt sich aufgrund eines einfachen Vergleichs zwischen den in den Akten aufgeführten und den im Entscheid benannten Tatsachen durch die Beschwerdeinstanz. Ergibt sich aufgrund eines solchen Vergleichs eine Abweichung, ist das Vorliegen einer Aktenwidrigkeit zu bejahen, unabhängig davon wie gross oder erheblich diese Abweichung ist. Eine Beurteilung oder Würdigung, die aufgrund von den in den Akten aufgeführten Tatsachen vorgenommen wird, kann indessen nie aktenwidrig sein. Umgekehrt muss die Aktenwidrigkeit nicht geprüft werden, wenn mit einer Rüge eine Würdigung verschiedener Fakten angegriffen wird. Vorliegend wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach sie über Marktmacht verfüge. Dabei handelt es sich um die Bewertung eines wirtschaftlichen Zustandes, mithin also um eine Würdigung, welche von vorneherein nicht aktenwidrig sein kann. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist demnach zurückzuweisen. Ob hingegen in materieller Hinsicht die Berechnung der Marktanteile korrekt erfolgt ist, ist unten unter E. 9.2.1 zu prüfen.

3.3

3.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes drittens vor, die Vorinstanz habe in akten-

widriger Weise festgestellt, dass BMW und MINI Fahrzeuge im untersuchten Zeitraum im EWR um einiges günstiger erhältlich gewesen seien als in der Schweiz. Ein Vergleich der ausstattungs- und steuerbereinigten Preise zeige, dass die Unterschiede nur gering seien. Diese Unterschiede seien im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz nicht der beanstandeten Vertragsklausel, sondern den Wechselkursen zuzuschreiben.

3.3.2 Die Vorinstanz weist den Vorwurf der Aktenwidrigkeit zurück und verweist zur Ermittlung der Preisunterschiede auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 195 ff. derselben werden die dem Preisvergleich für Neufahrzeuge der Marke BMW und MINI zwischen der Schweiz und Deutschland zugrunde liegenden Daten dargestellt. An dieser Stelle wird aufgezeigt, warum die Vorinstanz auf die aktuellen und publizierten Listenpreise aus dem Jahr 2011 in Deutschland abstellte, auf welche Wechselkurse sie sich aus welchen Gründen bei ihrer Berechnung stützte, welche Modelle der Marken BMW und MINI sie berücksichtigte und warum die ausländische Mehrwertsteuer und Zolltarife in ihrer Berechnung keine Rolle spielten. Zum Abstellen auf die publizierten Listen- statt auf die ausstattungs- und steuerbereinigten Preise wird im Wesentlichen ausgeführt, Kunden orientierten sich am publizierten Listenpreis. Zudem gehe aus einer Anzeige eines Kaufinteressenten hervor, dass das betreffende Fahrzeug selbst bei Berücksichtigung sämtlicher bei einem Import anfallenden Kosten ausstattungsbereinigt in Deutschland immer noch CHF 6'000.- günstiger erhältlich sei als in der Schweiz.

3.3.3 Wie oben erwähnt, bedeutet "Aktenwidrigkeit", dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht, wobei die Beweislast für deren Vorliegen bei der Beschwerdeführerin liegt. Aktenwidrigkeit bezüglich der vorinstanzlichen Aussagen zum Arbitragepotenzial wäre demnach in casu gegeben, wenn die Untersuchung ergeben hätte, dass überhaupt keine Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem EWR bestehen, und die Vorinstanz dennoch zum Schluss gekommen wäre, dass solche bestünden. Das ist nicht der Fall. Die Vorinstanz hat basierend auf die oben dargestellten Kriterien einen Vergleich vorgenommen, und dabei weder auf falsche Tatsachen abgestellt noch Schlussfolgerungen getroffen, welche offensichtlich im Widerspruch zu den ermittelten Fakten stehen. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der erwähnten Anzeige eines Kaufinteressenten, in der ein ausstattungs- und steuerbereinigter Preisvergleich vorgenommen wurde (vgl. act. 134). Daraus ist ersichtlich, dass bei einem solchen Vergleich weiterhin ein Unterschied von CHF 6'000.- zwischen dem in Deutschland und dem in der

Schweiz erhältlichen Fahrzeug besteht. Demnach kann nicht gesagt werden, die Behauptungen der Vorinstanz zum Arbitragepotenzial seien aktenwidrig. Schliesslich nennt auch die Beschwerdeführerin selbst keine Stelle, an der die Vorinstanz eine Schlussfolgerung getroffen hat, welche offensichtlich falsch oder im Widerspruch zu den Akten steht. Vielmehr wendet sie sich, auch wenn sie den Begriff "aktenwidrig" gebraucht, gegen das Vorgehen der Vorinstanz bei der Ermittlung der Preisunterschiede. Denn zum einen moniert sie einen fehlenden Vergleich der ausstattungs- und steuerbereinigten Preise und stellt sich somit gegen die Berechnungsmethode. Dabei bringt sich nicht vor, die verwendeten Zahlen seien offensichtlich falsch. Zum anderen ergibt sich das auch aus den umfangreichen materiellen Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Arbitragepotenzial in Rn. 61 ff. der Beschwerde, wo diese in erster Linie die Methode der Vorinstanz bei dessen Ermittlung hinterfragt. Wie bereits oben ausgeführt, kann eine Beurteilung oder Würdigung, die aufgrund von den in den Akten aufgeführten Tatsachen vorgenommen wird, nie aktenwidrig sein. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit dem Vorwurf der Aktenwidrigkeit nicht durchzudringen. Ob die Ermittlung des Arbitragepotenzials selbst fehlerhaft ist, ist an entsprechender Stelle im Rahmen der materiellen Prüfung zu untersuchen (vgl. unten, E. 9.2.2).

3.4

3.4.1 Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes weiter, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland den Wechselkursen im Untersuchungszeitraum zuzurechnen seien, statt der beanstandeten Vertragsklausel.

3.4.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Wie aus Rn. 212 erster Punkt der angefochtenen Verfügung ersichtlich, hat die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. In Rn. 213 der angefochtenen Verfügung wird dazu ausgeführt: "Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht [...]. 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." In Rn. 377 der angefochtenen Verfügung wird zur Sanktionierung festgestellt, dass obwohl die beanstandete Klausel seit 2003 bestehe, auf die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ab Oktober 2010 abzustellen sei.

3.4.3 Demnach kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die Auswirkungen des gewählten Zeitraums auf die ermittelten Preisunterschiede nicht berücksichtigt. Im Gegenteil hat sie diesen Punkt untersucht, die Beschwerdeführerin dazu angehört und ihn in ihre Beurteilung mit einbezogen. Das zeigt nicht zuletzt die Tatsache, dass sie diesem Umstand bei der Festsetzung der Sanktion Rechnung getragen hat. Damit hat die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime gewahrt.

3.5

3.5.1 Im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes trägt die Beschwerdeführerin fünftens vor, die Verfügung habe Tageszulassungen, welche zum selben Marktsegment wie Neufahrzeuge gehören würden, gänzlich ignoriert, und auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu diesem Punkt nicht ernsthaft geprüft und berücksichtigt.

3.5.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Aus Rn. 231 derselben ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ihre Ausführungen zur fehlenden Berücksichtigung von Tageszulassungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. Dabei hat sie sich u.a. auf ein Urteil des BGH berufen. In Rn. 232 der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz auf diese Argumente eingegangen. So wird festgehalten, aus den Anzeigen von Kaufinteressenten ergebe sich, dass BMW und MINI Fahrzeuge teilweise in Deutschland zugelassen würden, um anschliessend als junge Gebrauchtwagen in die Schweiz verkauft zu werden. Diese Umgehungsgeschäfte zeigten zum einen, dass ein Exportverbot bestehe und die Händler sich verpflichtet fühlten, dieses umzusetzen. Andererseits belegten sie auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten bestehe und die Händler ein Interesse hätten, diese zu decken. Das zitierte BGH-Urteil sei in casu nicht einschlägig, weil in Deutschland Tageszulassungen insbesondere auf die Abschaffung des Rabattgesetzes zurückzuführen seien und damit für den deutschen Endkunden eine andere Bedeutung hätten als für Schweizer Endkunden. Auch in Rn. 225 sowie 294 der angefochtenen Verfügung befasst sich die Vorinstanz mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Tageszulassungen und führt i.W. dasselbe aus wie unter Rn. 232 der angefochtenen Verfügung.

3.5.3 Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes (vgl. oben, E. 3). Wie sich aus der angefochtenen Verfügung ergibt, hat die Vorinstanz zur Frage der Tageszulassungen die Beschwerdeführe-

rin angehört, selbst weitere Nachforschungen dazu angestellt und anschliessend dargelegt, warum sie die Tageszulassungen nicht zum selben Marktsegment wie Neufahrzeuge zählt. Somit kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz hätte die Tageszulassungen gänzlich ignoriert. Vielmehr hat sie sich mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, weitere Untersuchungen vorgenommen und anschliessend aufgezeigt, warum sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin für nicht stichhaltig hält. Die Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt ist als die Beschwerdeführerin, stellt allerdings keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Zentral ist, dass sie die betreffende Frage abgeklärt hat, was vorliegend zu bejahen ist. Demnach vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, wonach die Vorinstanz die Tageszulassungen gänzlich ignoriert habe, nicht durchzudringen. Ob die Vorinstanz darüber hinaus Tageszulassungen zu Recht ausser Acht gelassen hat, ist im Rahmen der materiellen Erwägungen zu untersuchen (vgl. unten, E. 9.2.4.4).

3.6

3.6.1 Eine weitere Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die Vorinstanz aus verfahrensökonomischen Gründen gewisse Abklärungen zu aus ihrer Sicht entlastenden Tatsachen nicht vorgenommen habe. In diesem Zusammenhang nennt sie Rn. 113, 195, 200, 206 und 213 der angefochtenen Verfügung.

3.6.2 Die Vorinstanz entgegnet, sämtliche von ihr aufgeführten entlastenden Momente seien in der Entscheidungsfindung sorgfältig und gewissenhaft berücksichtigt und widerlegt worden. Insbesondere habe sie von Anfang an sämtliche relevanten Sachverhaltselemente abgeklärt, unabhängig davon, ob diese be- oder entlastend gewesen seien. Zudem sei die Beschwerdeführerin gleich zu Beginn des Untersuchungsverfahrens angehört und es sei auf ihre Argumente eingegangen worden. Die Beschwerdeführerin habe während des gesamten Verfahrens keine weiterführende Beweisführung gefordert, weswegen ihr auch keine habe verweigert werden können. Im Übrigen versuche die Beschwerdeführerin nicht im Ansatz zu erklären, inwiefern durch die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörde Bundesrecht verletzt worden sei.

Nachfolgend wird auf die gerügten Passagen der angefochtenen Verfügung einzeln eingegangen.

3.6.2.1 In Rn. 113 der angefochtenen Verfügung wird folgendes ausgeführt: "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."

Wie oben (E. 3) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können. Hält die Vorinstanz eine Tatsache für irrelevant, muss sie deren Nichtberücksichtigung rechtsgenügend begründen. Im oben zitierten Absatz legt die Vorinstanz dar, warum eine Verhängung von Massnahmen gegen Vertragshändler im EWR aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in Frage kam, was sie insbesondere mit Durchsetzungsschwierigkeiten begründet. Das ist nicht zu beanstanden. Es ist nicht ersichtlich, warum die Ausdehnung des Verfahrens auf weitere Beteiligte entlastend für die Beschwerdeführerin gewesen wäre. Selbst wenn weitere Beteiligte im vorliegenden Verfahren sanktioniert worden wären, hätte dies an der Beurteilung der Handlungen der Beschwerdeführerin nichts geändert, lautet der Vorwurf der Vorinstanz doch dahingehend, dass die Beschwerdeführerin das Exportverbot gegenüber den Vertragshändlern durchgesetzt habe. Darüber hinaus ist festzustellen, dass eine Ausdehnung auf eine grosse Anzahl Händler in der Tat zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung geführt hätte. Die Vorinstanz trifft insofern eine Pflicht, die nötigen Ermittlungsmassnahmen auch vor diesem Hintergrund auszuwählen, und Verfahren nicht ungebührlich in die Länge zu ziehen. Zudem ist festzuhalten, dass den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 4.1.3 f.). Schliesslich ist auch mit Blick auf die Ausführungen unter E. 2.1.2 zur Zurechenbarkeit der Handlungen der Tochtergesellschaften das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Entscheidung der Vorinstanz, das Verfahren nicht auf weitere Vertragshändler auszudehnen, stellt daher keine Verletzung der Untersuchungsmaxime dar.

3.6.2.2 In Rn. 195 der angefochtenen Verfügung nimmt die Vorinstanz einen Preisvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland vor für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI basierend auf den offiziellen Preislisten 2011 für Endkunden in der Schweiz und in Deutschland. Dabei legt sie dar, auf welchen Daten der Vergleich basiert und welche Berechnungsmethode angewendet wird. Im ersten Punkt wird ausgeführt: "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)." Diese Ausführungen werden in Rn. 200 und 213 wiederholt.

Dieser Preisvergleich wird unter dem Titel "Arbitrage" vorgenommen. Dabei untersucht die Vorinstanz, ob für Kunden aufgrund der Preisunterschiede ein Anreiz für Importe bestand. Nach Ansicht der Vorinstanz würde sich die Klausel negativ auf die Importe auswirken, wenn die Konsumenten wegen der Preisunterschiede ein Interesse an einem Import hätten, einen solchen aber aufgrund der Exportverbotsklausel nicht durchführen könnten (vgl. Rn. 192 der angefochtenen Verfügung). Wie sich aus der Untersuchung ergibt, waren die Wechselkursunterschiede ab Oktober 2010 so bedeutend, dass sich insbesondere ab diesem Moment zeigte, ob die Konsumenten importieren konnten. Es verletzt daher den Untersuchungsgrundsatz nicht, wenn die Vorinstanz auf diesen Zeitpunkt abstellt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in Rn. 106 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangte, die Abrede habe seit Januar 2003 gedauert. Indes wurde im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt, dass sich die Exportklausel insbesondere ab den erheblichen Wechselkursunterschieden auswirkte. Die Vorinstanz hat in der Folge die Beschwerdeführerin für ihr Verhalten ab Oktober 2010 sanktioniert und darauf verzichtet, einen Zuschlag für die Dauer des Verstosses ab 2003 zu erheben. Damit hat sie nicht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, entlastende Tatsachen missachtet. Vielmehr hat sie im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen kürzeren Zeitraum berücksichtigt, was überdies dazu führte, dass kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses erhoben wurde. Die Beschwerdeführerin vermag nach dem Gesagten mit ihrer Rüge zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht durchzudringen.

3.6.2.3 In Rn. 204 ff. legt die Vorinstanz dar, warum sie entgegen der Forderung der Beschwerdeführerin keinen ausstattungsbereinigten Preisvergleich vorgenommen hat. Hierbei analysiert sie die von der Beschwerdeführerin zum ausstattungsbereinigten Preisvergleich eingereichten Daten und kommt zum Schluss, dass ein solcher Vergleich keine Auswirkungen auf das Ergebnis habe, da die Ausstattungen in der Schweiz und Deutschland überwiegend gleich teuer seien. In Rn. 206 wird sodann festgehalten: "Auch unter verfahrensökonomischen Gründen wäre ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich nicht angezeigt. Unter dem Gesichtspunkt, [...] muss einerseits von einem enormen Aufwand für eine solche Erhebung ausgegangen werden. Andererseits würde die Berücksichtigung der geringfügigen Unterschiede in den Ausstattungen am Ergebnis der erhobenen Preisdifferenzen nichts ändern."

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin eingereichten ausstattungsbereinigten Preise untersucht, einen umfassenden Preisvergleich gestützt darauf jedoch ausgeschlossen hat aufgrund der geringen Auswirkungen auf das Endergebnis. Zu diesem Schluss gelangte die Vorinstanz nicht zuletzt deswegen, weil die Beschwerdeführerin bestätigt hat, dass die Preise für Ausstattungen in der Schweiz und in Deutschland nur gering voneinander abweichen (vgl. act. 185 S. 43). Wenn jedoch ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich am Ergebnis nichts ändert, kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe durch einen Verzicht darauf entscheidende, entlastende Tatsachen missachtet. Vielmehr wäre es, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, aus verfahrensökonomischer Sicht unlogisch gewesen, eine umfassende Untersuchung durchzuführen, von der bereits von Beginn feststeht, dass sie keine Auswirkungen auf die bisherigen Ergebnisse zeitigen wird. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes kann demnach auch in diesem Punkt nicht erblickt werden.

3.7

3.7.1 Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, die Vorinstanz habe nur die Aussagen von 11 Kunden gewürdigt, denen ein Direktimport unter Hinweis auf eine Beschränkung von BMW misslungen sei. Nicht berücksichtigt worden seien hingegen die Aussagen von direktimportierenden Kunden sowie von importierenden Kunden mit Erstzulassungen im Ausland bzw. Tageszulassungen. Da diese mit hoher Wahrscheinlichkeit entlastend gewesen wären, habe die Vorinstanz durch ihr Ausserachtlassen gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen.

3.7.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung und ergänzt, sämtliche von ihr aufgeführten entlastenden Momente seien in der Entscheidungsfindung sorgfältig und gewissenhaft berücksichtigt und widerlegt worden. Insbesondere sei nicht ersichtlich, wie die Befragung der Kunden, welchen ein Direktimport gelungen sei, das Untersuchungsergebnis hätte beeinflussen können. Die Vorinstanz habe auf die Unzulässigkeit der Abrede aufgrund einer Gesamtbeurteilung qualitativer und quantitativer Elemente geschlossen, und nicht ausschliesslich gestützt auf die eingegangenen Anzeigen. Ferner habe die Vorinstanz auch die E-Mail des Kunden geprüft, welche nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingegangen sei und in der behauptet worden sei, dass ein Import problemlos möglich sei.

3.7.3 Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass die Vorinstanz die Aussagen derjenigen Kunden hätte einholen müssen, denen ein Import gelungen sei. Es ist allerdings nicht ersichtlich und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt, was die Einvernahme dieser Personen für einen Erkenntnisgewinn mit sich bringen würde nebst demjenigen, dass den Kunden der Import gelungen ist. Das bedeutet, die Einvernahme einer unbestimmten Zahl von Personen könnte nur das bestätigen, was die Vorinstanz selbst festgestellt hat, namentlich dass Direktimporte in gewissem Ausmass stattfanden (vgl. Rn. 222 und 294 der angefochtenen Verfügung). Da dies der Vorinstanz bereits bekannt war, hätte es unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie keinen Sinn gemacht, die betreffenden Kunden aufzufordern, die bereits vorhandenen Erkenntnisse zu bestätigen. Wie oben erwähnt, ist die Vorinstanz verpflichtet, die entscheidrelevanten Tatsachen abzuklären und bei der Auswahl der zu untersuchenden Fakten auch den Grundsatz der Prozessbeschleunigung zu beachten. In dem Vorgehen der Vorinstanz, die bereits bekannten Direktimportzahlen nicht durch eine weitere Befragung der betreffenden Kunden zu bestätigen, kann angesichts dessen kein Verstoß gegen die Untersuchungsmaxime erblickt werden. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in E. 3.5.3 festgehalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz Tageszulassungen hätte berücksichtigen müssen, eine materielle Frage darstellt, welche unten in E. 9.2.4.4 zu behandeln ist.

3.8

3.8.1 Zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes macht die Beschwerdeführerin ferner geltend, die Vorinstanz habe die Kausalität zwischen den Preisunterschieden und der beanstandeten Vertragsklausel nicht abgeklärt. Wäre sie dem nachgekommen, hätte die Vorinstanz festgestellt, dass

die Preisunterschiede den Wechselkursschwankungen im willkürlich gewählten Untersuchungszeitraum zuzurechnen seien.

3.8.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Wie aus Rn. 212 erster Punkt derselben ersichtlich, hat die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. In Rn. 213 der angefochtenen Verfügung wird dazu ausgeführt: "Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht [...]. 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." In Rn. 377 der angefochtenen Verfügung wird zur Sanktionierung festgestellt, dass obwohl die beanstandete Klausel seit 2003 bestehe, auf die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ab Oktober 2010 abzustellen sei.

3.8.3 Die vorangehenden Ausführungen erhellen, dass die Vorinstanz die Auswirkungen des gewählten Zeitraums auf die ermittelten Preisunterschiede abgeklärt hat. Sie hat die Beschwerdeführerin unter Wahrung des rechtlichen Gehörs zu diesem Punkt angehört und ihn in ihre Beurteilung mit einbezogen. Das zeigt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass sie diesem Umstand bei der Festsetzung der Sanktion Rechnung getragen hat. Damit hat die Vorinstanz auch hier den Untersuchungsgrundsatz gewahrt.

3.9

3.9.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, dass staatliche Einfuhrbeschränkungen sowie tatsächliche Hürden die Kunden von Importen abhalten würden. Dabei nennt die Beschwerdeführerin logistische und kulturelle Hürden, rechtliche Hemmnisse, die erschwerte Finanzierung von Neufahrzeugen im Ausland und die mangelnde Möglichkeit, beim Neuerwerb im Ausland sein bisheriges Fahrzeug einzutauschen. Hinzu komme eine in der Schweiz gerade in ländlichen Gebieten verbreitete Loyalität von Kunden gegenüber ihren Händlern.

3.9.2 Die Vorinstanz verweist zu dieser Frage auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 234 derselben wird ausgeführt: "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 Neuimmatrikulationen entweder direkt oder parallel importiert. Im Übrigen kann der Konsument auf zahlreiche Vermittler zurückgreifen, welche im Mandatsverhältnis diesen Aufwand für ihn übernehmen. Von technischen Handelshemmnissen, welche den Importstrom verunmöglichen oder stark behindern, kann folglich keine Rede sein."

3.9.3 Wie hiervor aufgezeigt, hat sich die Vorinstanz mit dem Argument zu staatlichen Einfuhrbeschränkungen und tatsächlichen Importhürden auseinandergesetzt. Dass sie dieses in der Folge nicht berücksichtigt hat, stellt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Wie oben ausgeführt (E. 3), verpflichtet die Untersuchungsmaxime die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist hingegen zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Würdigung korrekt ist. Die Beschwerdeführerin vermag demnach mit ihrer Rüge nicht durchzudringen.

3.10

3.10.1 Eine weitere Verletzung der Untersuchungsmaxime sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die Vorinstanz keine tatsächliche, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgewiesen habe. Indem sie alleine auf das qualitative Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgestellt habe, sei jegliche Beweisführung de facto verweigert worden. Verbunden mit der Tatsache, dass zentrale Sachverhaltselemente aus verfahrensökonomischen Gründen nicht abgeklärt worden seien, habe in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes eine Beweislastumkehr stattgefunden.

3.10.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt und dabei sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen berücksichtigt. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Abrede habe sie nicht nur auf das qualitative Element abgestellt. Vielmehr habe sie auch die Auswirkungen der Abrede analysiert und basierend auf einer Gesamtbetrachtung auf die Erheblichkeit der beanstandeten Abrede geschlossen. Darüber hinaus trägt sie vor, es gebe selten Verfahren, in denen dermassen eindeutige Beweisstücke vorliegen würden, wie das in casu der Fall sei. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer an den "Kassensturz" gesendeten Stellungnahme die Gebietsabschottung unumwunden zugegeben und diese auch begründet. Ebenso klar sei der Wortlaut der europäischen Händlerverträge. Diese eindeutigen Beweise seien nach pflichtgemäßem Ermessen

gewürdigt worden und belasteten die Beschwerdeführerin. Eine Beweislastumkehr liege angesichts der klaren Beweismittel nicht vor.

3.10.3 In Rn. 280 ff. der angefochtenen Verfügung wird die qualitative Erheblichkeit der beanstandeten Händlerverträge untersucht. Nachdem diese von der Vorinstanz bejaht wird, wird in Rn. 285 der angefochtenen Verfügung festgehalten: "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". In der Folge wird in Rn. 288 ff. der angefochtenen Verfügung die quantitative Erheblichkeit analysiert. Dabei untersucht die Vorinstanz die Marktstellung und die Marktanteile der BMW AG, die Preisunterschiede für BMW und MINI Fahrzeuge zum Ausland und die Auswirkungen der Exportverbotsklausel auf die relevanten Märkte. In Rn. 306 ff. setzt sich die Vorinstanz schliesslich mit den Gegenargumenten der Beschwerdeführerin zu ihren Schlussfolgerungen auseinander.

3.10.4 Nach den obigen Ausführungen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die quantitative Erheblichkeitsprüfung sei nicht vorgenommen worden. Im Gegenteil zeigen die Ausführungen in Rn. 288 ff. der angefochtenen Verfügung, dass die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime in diesem Punkt gewahrt hat. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es bereits in E. 3.6 zum Schluss gelangt ist, dass in casu der Verzicht auf gewisse Abklärungen aus verfahrensökonomischen Gründen keine Verletzung der Untersuchungsgrundsatzes darstellt. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist dementsprechend zurückzuweisen.

3.11

3.11.1 Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, weil kartellrechtlichen Sanktionen strafrechtlicher Charakter zukomme, müsse im Kartellverfahren zwingend der strafrechtliche Massstab des Vollbeweises zur Anwendung gelangen. Das ergebe sich auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Vorliegend sei der Vorinstanz der Vollbeweis nicht gelungen, was sich daran zeige, dass sie in der angefochtenen Verfügung Formulierungen wie "es kann nicht ausgeschlossen werden", "nicht auszuschliessen", "möglicherweise", "unter Umständen", "dürfte" und "dürften" verwendet habe.

3.11.2 Die Vorinstanz erwidert, vorliegend könne die Frage, ob ein Vollbeweis notwendig sei, offen bleiben, da dieser für die Abrede erbracht worden sei. Diese Einschätzung scheine nunmehr auch die Beschwerdeführerin zu teilen, da sie die Tatbestandsmerkmale einer Wettbewerbsabrede nicht in Frage stelle.

3.11.3 Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, haben im Administrativverfahren verhängte Kartellbussen einen "caractère pénal" (EGMR, Urteil *Menarini/Italien* vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, Rn. 44; so auch der EFTA-Gerichtshof im Urteil E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 88). Allerdings hat der EGMR im selben Fall festgehalten, dass die Natur eines Verwaltungsverfahrens auf viele Arten von der Natur eines Strafverfahrens im engen Sinne des Wortes abweichen kann. Auch wenn diese Differenzen die Vertragsstaaten nicht von ihrer Verpflichtung entbinden würden, alle strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK zu erfüllen, hätten sie trotzdem Einfluss auf die Bedingungen der Anwendung dieser Garantien (EGMR, Urteil *Menarini/Italien* vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, Rn. 62). Auch das Bundesgericht ist in "Publigroupe" in Anlehnung an die europäische höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass Massnahmen nach Art. 49a KG über einen "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" verfügen (BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 2.2.2; vgl. zu dieser Frage auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 6.1.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 8.1.3). Dies entspricht im Übrigen auch dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. BBl 2002 2052). Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV sind demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann. Folglich ist über die Tragweite der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden. Zum Beweismass ist einleitend festzuhalten, dass im ordentlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des Regelbeweises gilt. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (vgl. ausführlich dazu oben E.

3; BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 8.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 "Swisscom/COLT" E. 13.2; BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4 m.w.H). Demnach kann nicht – wie die Beschwerdeführerin vorträgt – von einem grundsätzlichen Beweismass des Vollbeweises im Kartellrecht gesprochen werden. Daran ändert auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den "Baubeschlüsse"-Fällen nichts, unterscheiden diese sich doch hinsichtlich der Beweislage grundlegend vom Sachverhalt des vorliegenden Falles (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4). Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum aufgrund der von der Beschwerdeführerin genannten Formulierungen der Untersuchungsgrundsatz verletzt ist. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz aufgrund der Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte teilweise mit Annahmen und Schätzungen operieren muss, ist es nicht zu beanstanden, dass sie mitunter weiche Formulierungen wählt. Entscheidend für die Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes sind indes nicht die verwendeten Begriffe, sondern der Umfang der Prüfung der rechtserheblichen Fakten. Demnach kann im Schreibstil der Vorinstanz allein keine Verletzung der Untersuchungsmaxime erblickt werden.

3.12

3.12.1 Die Beschwerdeführerin ergänzt ihre Rüge dahingehend, dass der Vorinstanz auch der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit betreffend das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung misslungen sei. Das zeige sich an folgenden Punkten, welche von der Vorinstanz unbeantwortet bzw. unbewiesen gelassen worden seien: (i) Es seien lediglich 11 Anzeigen eingegangen, was gegen die Erheblichkeit der Abrede spreche; (ii) Es werde in der angefochtenen Verfügung trotz geringen Marktanteilen von Marktmacht der Beschwerdeführerin gesprochen; (iii) Ein Unternehmen ohne Marktmacht bzw. mit geringen Marktanteilen könne den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen; (iv) Die Preisunterschiede von 9 - 18% seien kein genügender Anreiz für Parallelimporte; (v) Die Preisniveaus verschiedener Hersteller hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum in etwa entsprochen; (vi) Die Kunden, denen ein Parallelimport gelungen sei, seien nicht angehört worden; (vii) Fahrzeuge mit Tageszulassung würden als "fabrikneu" gelten und seien bei den Direktimporten zu beachten; (viii) Der Einfluss von staatlichen und tatsächlichen Importhürden auf den Parallelimport sei zu berücksichtigen; (ix) Die Sanktion dürfe nicht den Umsatz in allen Segmenten aufaddieren, wenn die Marktanteile in den Segmenten unterschiedlich bzw. völlig untergeordnet

seien; (x) Bei 11 Anzeigen im Vergleich zu 1774 erfolgreich importierenden Kunden sei eine Sanktion von CHF 156 Mio. unverhältnismässig. Die Vorinstanz erwidert dasselbe wie unter E. 3.11.1 ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden.

3.12.2 Die Beschwerdeführerin trägt insgesamt zehn Punkte vor, bei denen ihres Erachtens eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gegeben ist. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die unter den Punkten (i) und (vi) gemachten Ausführungen zu den 11 Anzeigen von der Beschwerdeführerin bereits vorgetragen wurden. Dasselbe trifft auf ihre Argumente unter Punkt (viii) betreffend die staatlichen und tatsächlichen Importhürden zu. Es wurde bereits in E. 3.7 und 3.9 festgestellt, dass hier keine Verletzung der Untersuchungsmaxime gegeben ist. Die übrigen Vorbringen gehen, da sie materielle Fragen betreffen, über den Untersuchungsgrundsatz hinaus. Sie sind daher unten an entsprechender Stelle zu prüfen (vgl. unten, E. 9.2 und 11).

3.13

Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit ihrer Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime, die Vorinstanz lasse die gebotene Neutralität komplett missen. Dabei vermischt die Beschwerdeführerin die einschlägigen formellen Bestimmungen. Die Untersuchungsmaxime soll sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden (vgl. ausführlich oben, E. 3). Wenn hingegen die Beschwerdeführerin vorträgt, dass die Vorinstanz die gebotene Neutralität habe missen lassen, macht sie implizit eine Befangenheit der Vorinstanz geltend, also dass ihr Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz verletzt worden sei. Auf diese Rüge ist an entsprechender Stelle im Rahmen der formellen Prüfung einzugehen (vgl. unten, E. 5).

3.14

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich unter dem Titel "Verletzung der Untersuchungsmaxime" verschiedene Argumente vor, welche ebenfalls nicht unter diesem Punkt zu untersuchen sind. So macht sie geltend, die Aussage, dass Direktimporte von BMW und MINI Fahrzeugen nur in geringem Ausmass stattgefunden hätten, sei unrichtig. Auch werde die Zahl von 16 Anzeigen zu Unrecht als erheblich dargestellt. Ausserdem sei der Untersuchungszeitraum Oktober 2010 bis Dezember 2011 willkürlich gewählt worden. Diese Punkte betreffen Wertungen und Schlussfolgerungen der

Vorinstanz und somit materielle Fragen, welche nicht im Rahmen der formellen Prüfung der Beschwerde, sondern bei deren materiellen Beurteilung zu untersuchen sind (vgl. unten, E. 9.2.2 und 9.2.3).

4. RÜGE DER VERLETZUNG DER UNSCHULDSVERMUTUNG

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die in Art. 6 EMRK und Art. 32 BV garantierte Unschuldsvermutung sei verletzt, weil die Vorinstanz keine tatsächliche, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgewiesen habe. Indem sie alleine auf das qualitative Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgestellt und auf das quantitative Element verzichtet habe, habe die Vorinstanz jegliche Beweisführung de facto verweigert. Verbunden mit der Tatsache, dass zentrale Sachverhaltselemente aus verfahrensökonomischen Gründen nicht abgeklärt worden seien, habe eine Beweislastumkehr stattgefunden, was eine Verletzung der Unschuldsvermutung darstelle. Die Vorinstanz erwidert dasselbe wie unter E. 3.10.2 ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden.

4.2 Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, sind die Garantien der Art. 6 EMRK und Art. 32 BV im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar, wobei über ihre Tragweite im Lichte der Funktion und der Struktur des Administrativverfahrens bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 6.1.3; s. auch E. 3.11.3 hiervor). Die strafrechtliche Unschuldsvermutung wird in Anknüpfung an Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) durch Art. 32 Abs. 1 BV garantiert. Diese Norm statuiert unter dem Titel "Strafverfahren": "Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig." Die Unschuldsvermutung ist sowohl Beweislast- als auch Beweiswürdigungsregel. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2a m.w.H.; PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Ba-

sel/Genf 2006, S. 151). Wie ausgeführt, ist über die Tragweite der Unschuldsvermutung im Kartellrecht im Lichte der Funktion und der Struktur des Administrativverfahrens zu befinden. Auf das Kartellverfahren angewendet bedeutet das hinsichtlich der Beweislastregel, dass die Vorinstanz unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs den behaupteten Wettbewerbsverstoss nachweisen muss, wobei wie ausgeführt im wettbewerbsrechtlichen Kontext aufgrund der Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind (vgl. E. 3.11.3; s. auch YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 251 ff., 276 ff.). Nicht einschlägig sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den sog. "Baubeschläge"-Fällen, da sich diese hinsichtlich der Beweislage grundlegend vom Sachverhalt des vorliegenden Falles unterscheiden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4). Zur Beweiswürdigung in Kartellverfahren ist folgendes festzuhalten: Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) gilt für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die Behörden die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a; BGE 133 I 33 E. 2.1; BGE 131 III 222 E. 4.3). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Behörde hat alle Beweismittel – d.h. entlastende sowie belastende – objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 4.3.3.1 m.H.).

4.3 Indem die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Unschuldsvermutung moniert mit der Begründung, es habe eine Beweislastumkehr stattge-

funden, rügt sie eine Verletzung der in der Garantie enthaltenen Beweislastregel. Damit das vorläge, müsste die Vorinstanz die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung praktisch als gegeben vorausgesetzt haben und der Beschwerdeführerin ohne eigene Untersuchungen die Aufgabe übertragen haben, die fehlende Erheblichkeit selbst darzulegen. Ob das der Fall war, ist nachfolgend zu untersuchen.

4.4 Das Sekretariat eröffnete am 25. Oktober 2010 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Vorinstanz eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin. In der Folge holte das Sekretariat Stellungnahmen der Beschwerdeführerin, des Verbands Freier Autohandel Schweiz (VFAS), der Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung sowie der Vereinigung der Schweizer Automobil-Importeure Auto-Schweiz ein. In dieser Zeit gingen überdies drei Anzeigen bzw. Bürgeranfragen beim Sekretariat ein, die zu den Akten genommen wurden. Am 26. Januar 2011 fand eine erste mündliche Anhörung der Beschwerdeführerin durch das Sekretariat statt, welche der Klärung verschiedener sachverhaltlicher Fragen diente. Im Anschluss an die Diskussion der betreffenden Punkte legte der Stellvertretende Direktor des Sekretariats die aktuelle Arbeitshypothese dar. Dabei hielt er fest, "dass es sich nicht um eine definitive Beurteilung handle, sondern um eine Einschätzung, die dem jetzigen Stand der Kenntnisse entspreche und die sich aufgrund der weiteren Ermittlungen (Befragungen, Instruktionen und Auswertung der eingereichten Dokumente) jederzeit noch ändern könne." (act. 81 S. 7). In der Folge führte er aus, dass das Sekretariat derzeit den Sachverhalt tendenziell ähnlich zu werten gedenke wie den "Gaba-Fall" (RPW 2010/1, S. 65 ff.), wo den betroffenen Unternehmen die Beteiligung an einer unzulässigen, erheblichen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG vorgeworfen worden war. Abschliessend wies der Stellvertretende Direktor "noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei diesen Ausführungen nur um eine vorläufige Beurteilung handelt und die weiteren Ermittlungen zu einem anderen Resultat führen können. Er betont, dass das Sekretariat weiterhin jederzeit offen ist, mit den Parteien Gespräche zu führen." (act. 81 S. 8). Im Verlauf der weiteren Untersuchung wurden zusätzliche Informationsbegehren an die bereits genannten Verbände bzw. Behörden geschickt, sowie darüber hinaus an die Neumarkengrosshändlerin [...]. Auch zahlreiche Anzeigen wurden eingereicht und zu den Akten genommen. Die Beschwerdeführerin selbst reichte 6 Eingaben zur Sache ein. Am 21. Oktober 2011 legte das Sekretariat der Vorinstanz seinen Antrag im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG vor. Dieser wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 zur Stellungnahme übermittelt. Darin findet sich in Rn. 235 ff. und

insbesondere Rn. 244 ff. eine qualitative und quantitative Erheblichkeitsanalyse. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 13. Januar 2012 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Bereits hier führte sie einleitend aus, das Sekretariat habe die quantitative Erheblichkeit völlig ignoriert. Allerdings wird aus den weiteren Ausführungen klar, dass sie sich insbesondere gegen den Umfang der quantitativen Analyse und der Gewichtung der Resultate der Untersuchung stellte und daher beantragte, es seien nebst den vom Sekretariat untersuchten Punkten zusätzliche Aspekte zu erforschen. Dass sich die Beschwerdeführerin gegen die vom Sekretariat vorgenommene quantitative Erheblichkeitsprüfung wendet, zeigt sich auch aus dem Protokoll der Anhörung vom 26. März 2012. Die Beschwerdeführerin bringt hier im Wesentlichen Einwände vor gegen die Schlussfolgerungen der Vorinstanz basierend auf die von ihr – wie auch die Beschwerdeführerin einräumt – durchgeführte Erheblichkeitsanalyse (act. 185 S. 5). Am 7. Mai 2012 erging die angefochtene Verfügung. In Rn. 288 ff. derselben findet sich eine qualitative wie quantitative Erheblichkeitsprüfung. Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.10 festgestellt hat, wurde in diesem Zusammenhang der Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Ferner ist das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.6 zum Schluss gelangt, dass in casu der Verzicht auf gewisse Abklärungen aus verfahrensökonomischen Gründen keine Verletzung der Maxime darstellt. Angesichts dieser Tatsachen kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die in der Unschuldsvermutung enthaltene Beweislastregel verletzt. Im Gegenteil zeigt die vorinstanzliche Untersuchung, dass der Sachverhalt sorgfältig und unvoreingenommen ermittelt wurde und insbesondere die Erheblichkeit der Abrede erst nach Durchführung einer qualitativen und quantitativen Analyse bejaht wurde. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrer Rüge zur Verletzung der Unschuldsvermutung nicht durchzudringen. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung bejaht hat, eine Rechtsfrage darstellt, auf welche im materiellen Teil eingegangen wird (vgl. unten, E. 9).

5. RÜGE DER BEFANGENHEIT DER VORINSTANZ

5.

5.1 Wie unter E. 3.13 ausgeführt, macht die Beschwerdeführerin implizit eine Verletzung ihres Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz geltend. Sie führt aus, die Vorinstanz lasse die gebotene Neutralität komplett missen, was sich an der Wortwahl in der angefochtenen Verfügung zeige. Diese enthalte bei der Auseinandersetzung mit den Argumenten der Beschwerdeführerin Begriffe wie "stösst ins Leere", "keine

Rede sein", "nicht nachvollziehbar" und "klar". Der Gebrauch solcher Sprachwendungen durch eine Behörde, welche untersuche, anklage und entscheide, sei bedenklich. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

5.2 Nach Art. 22 Abs. 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund i.S.v. Art. 10 VwVG vorliegt. Diese Normen sind eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV statuierten Anspruches auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Der Anspruch ist formeller Natur; seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d). Unter Verletzung der Ausstandspflicht ergangene Verfügungen und Entscheide sind zunächst gültig. Sie können bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden (vgl. RETO FELLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 10 N. 34). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (vgl. BGE 127 I 196 E. 2.b; BGE 119 V 456 E. 5.b, Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3). Entscheidend ist, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritte in der Lage des Verfahrens-beteiligten die Situation einschätzen würde (Urteil des Bundesgerichts 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006 E. 3.2). Es ist folglich nicht erforderlich, dass die unter Art. 10 VwVG fallenden Personen in der Sache tatsächlich befangen sind, sondern es ist einzig die Frage zu beantworten, ob sie es dem objektiven Anschein nach sein könnten (BGE 137 II 431 E. 5.2). Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es indessen nicht an (BGE 137 II 431 E. 5.2). Negative Aussagen einer Amtsperson über eine Verfahrenspartei können zur Besorgnis der Befangenheit und somit zu einer Ausstandspflicht führen. Das kann der Fall sein, wenn eine Amtsperson sich abfällig über eine Verfahrenspartei äussert und somit Antipathien zum Ausdruck bringt (vgl. BVGE 2008/13 E. 10.5).

5.3 Das Bundesverwaltungsgericht stellt einleitend fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlässt, Umstände zu substantiieren, welche auf eine Befangenheit der Vorinstanz hindeuten. Da sie aus der Formulierung

der angefochtenen Verfügung eine Befangenheit abzuleiten versucht, ist anzunehmen, dass sie sich auf den Auffangtatbestand von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG stützt. Ihre Rüge entbehrt jedoch offensichtlich jeder Grundlage, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Denn bei den von der Beschwerdeführerin genannten Redewendungen handelt es sich um Begriffe aus dem üblichen Sprachgebrauch. So bedeutet "stösst ins Leere" nichts anderes, als dass die Vorinstanz die Überlegungen der Beschwerdeführerin zum betreffenden Punkt für fehlerhaft hält. Auch die Formulierung "keine Rede sein" ist keine polemische, sondern bringt nur zum Ausdruck, dass ein Argument nicht stichhaltig ist. Letzterer Begriff wird im Übrigen in Urteilen und Verfügungen regelmässig verwendet. Er dürfte der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin bekannt sein. Schliesslich stellt auch der Gebrauch des Wortes "klar" als Synonym für den Begriff "eindeutig" keinen Hinweis auf eine Voreingenommenheit der Vorinstanz dar. Die Befangenheit ist umso mehr zu verneinen, als in den entsprechenden Passagen die Argumente der Beschwerdeführerin jeweils objektiv und fair widerlegt werden (vgl. beispielsweise Rn. 200, 234, 264 oder Rn. 307 der angefochtenen Verfügung). Schliesslich mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits vorträgt, die stellenweise weiche Formulierung in der angefochtenen Verfügung verletze den Untersuchungsgrundsatz (vgl. oben E. 3.11.3), und andererseits geltend macht, aufgrund deutlicher Kritik in der angefochtenen Verfügung sei auf eine Befangenheit der Vorinstanz zu schliessen. Die Rüge der Beschwerdeführerin der Verletzung des Anspruches auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist demnach zurückzuweisen.

Zwischenfazit: Keine Verletzung von formellem Bundesrecht

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen zur Verletzung von formellem Bundesrecht nicht durchzudringen vermag. In einem weiteren Schritt sind die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu untersuchen.

Materielles Bundesrecht

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E. 9) und die Sanktionsbemessung (E. 11). Auch wenn sich die Rügen der Beschwerdeführerin auf einzelne Aspekte der angefochtenen Verfügung beschränkt, überprüft das Bundesverwaltungsgericht nachfolgend den angefochtenen Entscheid mit

voller Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen (Art. 49 VwVG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 4.2.4).

6. VORLIEGEN EINER ABREDE I.S.V. ART. 5 ABS. 4 KG

6.

6.1 Art. 5 KG statuiert unter dem Titel "unzulässige Wettbewerbsabreden":

¹ 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.

² Wettbewerbsabreden sind 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.

³ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

⁴ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch 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.

6.2 Die Vorinstanz hat in Rn. 124 ff. der angefochtenen Verfügung das Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt. Das hat sie wie folgt begründet: Die fragliche Exportverbotsklausel sei eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art.

4 Abs. 1 KG. Diese Abrede sei zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vertragshändlern für BMW und MINI Fahrzeuge im EWR und somit zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne einer vertikalen Vereinbarung geschlossen worden. Die Exportklausel regle, in welche Länder Fahrzeuge der Marken BMW und MINI verkauft werden dürften und schliesse Gebiete ausserhalb des EWR als Absatzgebiete aus, was den Marktzutritt von EWR Händlern in der Schweiz verunmögliche. Dies stelle eine Gebietszuweisung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar. Zwar verfüge die Beschwerdeführerin über ein selektives Vertriebssystem. Die Exportverbotsklausel schliesse allerdings in unzulässiger Weise Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner (also die zum Vertriebssystem zugelassenen EWR Händler) in das zugewiesene Gebiet Schweiz aus. Bei der Exportverbotsklausel handle es sich somit um eine den passiven und aktiven Verkauf verbietende Gebietsabrede, welche unter Art. 5 Abs. 4 KG falle.

6.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 2.2 festgehalten hat, stellen die Klauseln in den Händlerverträgen der Beschwerdeführerin für die Schweiz und den EWR Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes dar. Es handelt sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen und somit um Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Diese den Vertrieb regelnden Verträge weisen den EWR Händlern das Gebiet des EWR und den Schweizer Händlern den Markt Schweiz zu. Zudem schliessen sie Verkäufe aus dem EWR in die Schweiz aus. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Struktur des selektiven Vertriebssystems der Beschwerdeführerin. Sofern die das Exportverbot begründenden Klauseln in den Händlerverträgen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, stellen sie absolute Gebietsabreden im Sinne des Gesetzes dar (vgl. auch MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 90). Das ist in casu der Fall und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie sich dieses Exportverbot auf den Markt ausgewirkt hat.

7. MARKTABGRENZUNG

7.

Um festzustellen, in welchem Masse eine Abrede einen Markt beeinträchtigt, ist zunächst der betreffende Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Der Bundesrat hat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) den Begriff des relevanten Marktes umschrieben. Diese Definition gilt auch für Wettbewerbsabreden und für die Ausübung von Marktmacht.

Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite als austauschbar erachtet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Substituierbarkeit, wobei unterschieden wird zwischen Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept; vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 5.1 m.w.H.). Bei der Beurteilung der Nachfragesubstituierbarkeit werden die aus Sicht der Abnehmer austauschbaren Güter definiert. Dabei wird in denjenigen Fällen auf die abgeleitete Nachfrage (also die Nachfrage der Endverbraucher) abgestellt, in denen der direkte Abnehmer ein Gut nicht selbst verbraucht, sondern es an seine Abnehmer weiterverkauft. Unter dem Titel der Angebotssubstituierbarkeit wird hingegen untersucht, ob Anbieter als Reaktion auf Preiserhöhungen in der Lage sind, ihre Produktion umzustellen und das betreffende Gut in kurzer Zeit auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken. Diese Situation liegt in der Regel vor, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 9 m.w.H.).

Ausgangspunkte bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit sind die Merkmale des Produktes und dessen Verwendungszweck. Diese reichen allerdings für sich alleine gesehen noch nicht aus, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Unterschiedliche Eigenschaften und Verwendungszwecke können sowohl ein Hinweis auf Zuordnung zu getrennten Märkten als auch zum gleichen sachlichen Markt sein. In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, bei der u.a. die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der betreffenden Unternehmen zum Nachfrageverhalten der Abnehmer befragt und allfällige Substitutionen in der Vergangenheit sowie Verbraucherpräferenzen berücksichtigt werden. Ferner ist beispielsweise anhand des SSNIP-Tests zu ermitteln, wie sich das Nachfrageverhalten ändert bei einer kleinen, dauerhaften Preiserhöhung von 5 - 10% (small but significant and nontransitory increase in price). Weichen die Nachfrager auf andere Produkte aus, machen sie die Preiserhöhung unrentabel. Die betreffenden Produkte sind dann, zumindest preislich gesehen, zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus ist die Angebotssubstituierbarkeit wie oben beschrieben zu prüfen, wobei diese weitgehend mit dem potentiellen Wettbewerb übereinstimmt. Letzterer ist allerdings nicht im Rahmen der Marktabgrenzung zu untersuchen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 9 m.w.H.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Art. 4 II LCart N. 65

ff.). Bei der Prüfung der Austauschbarkeit ist auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes Rücksicht zu nehmen. Sie ist in einer Gesamtanalyse aller Elemente festzustellen. Eine starre Hierarchie zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen ist, wie das britische Competition Appeal Tribunal in Anlehnung an Rn. 25 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum relevanten Markt (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5]) überzeugend festgestellt hat, abzulehnen (Case No 1009/1/1/02 [2003] CAT 11, *Aberdeen Journals v. The Office of Fair Trading*, para. 127 f.).

Der räumlich relevante 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; vgl. zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung auch Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 6.3.3 f. und 8 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 9.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigruppe" E. 5).

i. SACHLICHE MARKTABGRENZUNG

7.1

7.1.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf das Nachfrageverhalten der Endkunden (abgeleitete Endnachfrage) abgestellt. Dabei ist sie davon ausgegangen, dass kein sachlich relevanter Markt für Personenwagen bestehe, sondern dass dieser Markt weiter zu segmentieren sei. Aus Sicht der Nachfrager biete sich die folgende Aufteilung an: "Microwagen", "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse". Diese Segmentierung werde von Auto-Schweiz vorgeschlagen und basiere auf der Fahrzeuggrösse, der Motorisierung sowie dem Verkaufspreis. Die Beschwerdeführerin sei mit ihren Marken BMW und MINI in folgenden Produktmärkten vertreten: "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse". Dieser Segmentierung habe auch die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 zugestimmt. Sie entspreche im Übrigen der Praxis der Europäischen Kommission.

7.1.2 Wie ausgeführt, erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept. Es ist folglich zu untersuchen, welche Produkte aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks geeignet sind,

einen bestimmten Bedarf auf gleichwertige Weise zu befriedigen, auch wenn einige der Produkte beispielsweise eine unterschiedliche Qualität oder einen unterschiedlichen Preis aufweisen. Grundsätzlich ist nach der VKU auf die Marktgegenseite abzustellen. Abnehmer der Produkte der Beschwerdeführerin sind in erster Linie Vertriebspartner und unabhängige Importeure. Das Nachfrageverhalten dieser Akteure richtet sich nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, also nach den Endverbrauchern. Folglich ist der sachlich relevante Markt in casu aus Sicht der Endabnehmer zu definieren. Dabei zu berücksichtigen ist auch die Sicht der Anbieter, also der Fahrzeughersteller.

7.1.3 Auf dem Markt für Fahrzeuge existiert eine grosse Anzahl Hersteller. Davon richten sich einige ausschliesslich an bestimmte Kundengruppe. Zu denken ist hier beispielsweise an Ferrari, Aston Martin oder Jaguar, deren Fahrzeuge Luxusprodukte darstellen. Andererseits gibt es Hersteller, welche unter einer Marke eine breite Palette von Modellen führen. So verfügen beispielsweise Volkswagen oder Toyota über ein Sortiment, das von Kleinstwagen über Familienlimousinen bis zu Geländewagen eine grosse Auswahl bietet. Demnach nehmen bereits die Hersteller selbst in ihrem Angebot eine Segmentierung nach Modell bzw. Fahrzeugklasse vor.

7.1.4 Aus Sicht des Kunden kann zum einen die Marke und das damit einhergehende Prestige eines Fahrzeugs eine entscheidende Rolle spielen. Andererseits unterscheiden auch diese Kunden innerhalb einer Marke zwischen den verschiedenen Klassen. Ausschlaggebend sein können dabei – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – der Preis, die Grösse oder die Motorisierung inkl. der Verbrauch. Ferner können auch der Verwendungszweck, der Fahrkomfort oder die Ausstattung als Faktoren in Betracht kommen. So spielen für den Käufer eines Kleinstwagens die niedrige Motorisierung und der tiefe Verbrauch, die Grösse oder der geringe Anschaffungspreis eine entscheidende Rolle, zumal diese Fahrzeuge vorwiegend für kurze Distanzen oder für den Stadtverkehr angeschafft werden. Kleinstwagen sind hingegen höher motorisiert, etwas grösser und teurer, und sie verfügen meist über den entsprechenden Fahrkomfort, um auch längere Strecken zurückzulegen. Fahrzeuge der Unteren und Oberen Mittelklasse weisen im Vergleich dazu einen höheren Fahrkomfort auf, welcher mit einem höheren Anschaffungspreis und einer stärkeren Motorisierung einhergeht. Fahrzeuge der Ober- und Luxusklasse dienen schliesslich vor allem dazu, lange Strecken auf bequeme Weise zurückzulegen. Daher unterscheiden sie sich im Niveau der Ausstattung, des Designs, der Motorisierung, dem Prestigewert und dem Preis zu den vorgenannten Kategorien.

Aus Sicht der Endverbraucher kann mangels Austauschbarkeit der Klassen nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden. Vielmehr ist eine Segmentierung nach Klassen vorzunehmen. Es kann vorliegend offen bleiben, wie der Markt für Personenwagen abschliessend zu unterteilen ist. Es genügt, den für den vorliegenden Fall sachlich relevante Markt zu definieren. Dieser gestaltet sich – wie die Vorinstanz richtigerweise ausführt und auch die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 zum Antrag des Sekretariats festgehalten hat (vgl. act. 164 Rn. 122) – für die Produkte der Beschwerdeführerin wie folgt: "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse".

ii. RÄUMLICHE MARKTABGRENZUNG

7.2

7.2.1 Wie bereits ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. oben E. 7). Auch diese Analyse hat sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht zu erfolgen, wobei unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus Nachfragersicht sind insbesondere die Einkaufspolitik der Nachfrager sowie allfällige sich darauf auswirkende Tatsachen (wie Transportkosten und -distanzen, rechtliche Bedingungen u.ä.) zu untersuchen. Angebotssubstituierbarkeit liegt hingegen vor, wenn eine Preiserhöhung zum Einstieg von neuen Anbietern in den betreffenden Markt führen würde. Dabei sind allfällige Hindernisse für Markteintritte in Betracht zu ziehen, wie z.B. die gesetzliche Lage, Handelshemmnisse, allfällige Vertriebssysteme, Verbraucherpräferenzen, Marktanteile und Umstellungskosten. Auch ein unterschiedliches Preisniveau oder sprachliche Unterschiede können auf einen getrennten räumlichen Markt hindeuten. In jedem Fall ist der räumlich relevante Markt im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen.

7.2.2 In der angefochtenen Verfügung wird zur räumlichen Marktabgrenzung auf eine von der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie verwiesen (vgl. FRANK VERBOVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17. September 2002, S. 11 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/study01.pdf; zuletzt besucht am 19. November 2015). Demnach würden die erheblichen Preisunterschiede zwischen den Ländern zusammen mit der tiefen Anzahl

an Parallelimporten auf ein nicht ausgeschöpftes Arbitragepotenzial hindeuten. Als im zwischenstaatlichen Handel bestehende mögliche Hindernisse nennt die Studie die unterschiedlichen nationalen Typengenehmigungssysteme, die nationale Registrierungspflicht, die Verwaltungs- und Transportkosten sowie die selektiven und exklusiven Vertriebssysteme. Insbesondere letzterer Faktor hindere unabhängige Wiederverkäufer, zugelassene Händler und Endkunden daran, das vorhandene Arbitragepotenzial auszuschöpfen. Die Studie gelangt daher zum Schluss, dass der räumlich relevante Markt im Personenwagensektor national abzugrenzen sei. In der angefochtenen Verfügung wird daraus der Schluss gezogen, dass wenn bereits innerhalb des europäischen Binnenmarktes wahrscheinlich von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen sei, das für den Schweizer Markt umso mehr zutreffe. Dafür spricht laut Vorinstanz auch die Tatsache, dass die Automobilhersteller über unterschiedliche nationale Vertretungen verfügten und verschiedene nationale Grundausrüstungen anbieten würden.

7.2.3 Wie in der VERBOVEN-Studie aufgezeigt, bestehen mehrere Gründe dafür, den Markt für Personenkraftwagen innerhalb der EU national abzugrenzen. Die ersten beiden genannten Hindernisse, namentlich die unterschiedlichen nationalen Typengenehmigungssysteme sowie die nationale Registrierungspflicht, sind laut der Studie im EU-Binnenmarkt nicht mehr relevant. Die Verwaltungs- und Transportkosten werden mit Verweis auf verschiedene Studien als weitere mögliche Importhürden genannt, deren Analyse allerdings den Rahmen der Untersuchung sprengen würde. Ferner würden exklusive und selektive Vertriebssysteme die Ausschöpfung von Arbitragepotenzial erschweren: "First, because of selectivity independent resellers cannot engage in cross-border arbitrage, by purchasing cars in bulk in one country to resell it in another. Second, because of exclusivity authorized dealers cannot actively engage in cross-border arbitrage, by opening foreign outlets or by doing targeted advertising although passive selling in other territories is in principle possible." (VERBOVEN, a.a.O., S. 13). Die in Vertriebsverträgen regelmässig vereinbarten Umsatzziele würden schliesslich Händler davon abhalten, an fremde Kunden zu verkaufen. Denn bei Erreichen der Umsatzziele würden die Hersteller nur noch begrenzt an die Händler liefern, weswegen Händler es vorziehen würden, ihre Fahrzeuge an lokale Kunden zu verkaufen, denen gegenüber sie weitere Dienstleistungen erbringen könnten.

7.2.4 Die für den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt der EU identifizierten Hürden bestehen auch in der Schweiz. So sind für den Import

von Motorwagen in die Schweiz unbestreitbar Verwaltungs- und Transportkosten in Kauf zu nehmen. Darüber hinaus existieren in der Schweiz divergierende Vorschriften, es bestehen daher verschiedene Homologationspflichten (vgl. <http://www.astra.admin.ch/dienstleistungen/00125/00416/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 19. November 2015). Auch die in der Studie beschriebenen selektiven und exklusiven Vertriebssysteme dürften in der Schweiz denselben Effekt zur Ausschöpfung eines Arbitragepotenzials haben wie in anderen europäischen Ländern. Schliesslich sind – wie die Vorinstanz zu Recht in Rn. 189 ausführt – Autohersteller mit nationalen Vertretungen auf den jeweiligen Märkten präsent. Im Lichte dieser Tatsachen ist der relevante Markt vorliegend in geografischer Hinsicht national abzugrenzen.

iii. FAZIT RELEVANTER MARKT

Als relevanter Markt sind in casu die Märkte für "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse" in der Schweiz anzusehen.

8. WIDERLEGUNG DER VERMUTUNG DER WETTBEWERBSBESEITIGUNG

8.

8.1 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. Wird das Vorliegen einer solchen Abrede auf dem relevanten Markt bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob sich die Vermutung durch den Nachweis genügenden Intra- und/oder Interbrand-Wettbewerbs widerlegen lässt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 vom 1. Juni 2010 "Tessiner Strassenbelagskartell" E. 9.2.4 m.H.).

8.2 In Rn. 277 der angefochtenen Verfügung wurde festgestellt, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden könne. Die Beschwerdeführerin geht ebenfalls davon aus, dass dies in casu gelingt. Allerdings ist sie der Ansicht, die Vorinstanz sei bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs fehlerhaft vorgegangen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich demnach gegen die Begründung, nicht gegen die aus der Analyse der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen. Hierzu ist festzustellen, dass in der Verfügung festgelegte Fragen,

welche Teil des Anfechtungsgegenstandes bilden, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitig sind und somit nicht zum Streitgegenstand zählen, nur geprüft werden, wenn die nichtbeanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nicht zum Streitgegenstand gehören blosser Differenzen bezüglich der Begründung einer Verfügung, weil nur das Verfügungsdispositiv, nicht aber die Begründung anfechtbar ist (vgl. BGE 110 V 48 E. 3c m.w.H.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_272/2011 vom 11. November 2011 E. 1.3, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 10.2.3). Da bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung habe widerlegt werden können, ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Widerlegung der Vermutung nicht einzugehen. Sofern die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang Argumente vorträgt, welche grundsätzlich im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu untersuchen sind und von der Beschwerdeführerin an dortiger Stelle ebenfalls vorgebracht werden, ist unten an entsprechender Stelle darauf einzugehen (vgl. unten, E. 9.2).

9. ERHEBLICHKEIT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

9.

Gelingt es, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt zu widerlegen, ist weiter zu untersuchen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Gemäss dieser Bestimmung sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

i. QUALITATIVE ERHEBLICHKEIT

9.1

9.1.1 Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht ausdrücklich zur qualitativen Erheblichkeit. Sie trägt aber allgemein vor, eine Abrede könne nie erheblich sein, wenn Nachfrager nicht in nennenswertem Ausmass eingeschränkt würden und ihnen ein Ausweichen ohne Weiteres möglich sei. In casu hätten im untersuchungsrelevanten Zeitraum zum einen Direktimporte in erheblichem Umfang stattgefunden. Zum anderen sei den Käufern ein Ausweichen auf Tageszulassungen ohne Weiteres möglich gewesen. Die Exportverbotsklausel habe sich daher nicht erheblich auf den Schwei-

zer Markt ausgewirkt. Die Vorinstanz habe allein aus der Existenz der Exportverbotsklausel und 11 Kundenbeschwerden einen schwerwiegenden Wettbewerbsverstoss abgeleitet. Dabei habe die Vorinstanz bei der Beurteilung der Erheblichkeit zu Unrecht festgehalten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigungen keine hohen Anforderungen an die quantitativen Auswirkungen zu stellen seien. Dieses de facto alleinige Abstellen auf das qualitative Element laufe auf ein unzulässiges per se Verbot hinaus, welches Art. 96 Abs. 1 BV sowie die in Art. 27 BV statuierte Wirtschaftsfreiheit verletze.

9.1.2 Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 280 ff. derselben wird ausgeführt, gemäss der Praxis der Vorinstanz stellten vertikale Gebietsabsprachen, welche die Einschränkung von Passivverkäufen bezweckten, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen dar. Das ergebe sich auch aus Ziff. 12 Abs. 2 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (VertBek 10, BBI 2010 S. 5078 ff.), welche Abreden über die Beschränkung des Gebiets, in das ein an der Abrede beteiligter Abnehmer – vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen – verkaufen dürfe, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezeichne. Zwar nenne Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek Ausnahmen von diesem Grundsatz, zu denen unter iii. auch die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines Selektivvertriebssystems innerhalb des vom Anbieter festgelegten Gebiets zähle. Allerdings müssten gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek auch im selektiven Vertrieb Querlieferungen zwischen Händlern desselben Systems möglich sein, selbst wenn sie auf unterschiedlichen Marktstufen tätig seien. Zudem ergebe sich aus Ziff. 11 i.V.m. Ziff. 14 Bst. a der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel vom 21. Oktober 2002 (KFZ-Bekanntmachung, RPW 2002/4, S. 770 ff.), dass Abreden, welche die Möglichkeit von Mitgliedern eines Selektivvertriebssystems, Endverbrauchern oder von Endverbrauchern beauftragten Verkäufern in der Schweiz beschränke, Kraftfahrzeuge in der Schweiz oder im EWR zu beziehen, in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, welche nicht gerechtfertigt seien. Die Exportverbotsklausel verbiete den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR, BMW und MINI Neufahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Damit seien passive Verkäufe an Endkunden, bevollmächtigte Vermittler und an zugelassene Händler in der Schweiz ausgeschlossen und der schwei-

zerische Markt abgeschottet worden. Eine solche Klausel stelle eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 1 VertBek dar, bei der in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügten, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Diese Auslegung entspreche der Rechtslage in der EU, wo diese Art von Klauseln als Kernbeschränkungen angesehen würden.

9.1.3 Es ist allgemein anerkannt, dass es eine grosse Anzahl von Vertikalvereinbarungen gibt, welche wettbewerbsfördernde Wirkungen zeitigen (vgl. ausführlich SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Aufl., London 2010, Rn. 5-037 ff.). Allerdings kann dieser Befund nicht auf absolute Gebietsabreden übertragen werden. Solche Klauseln können zu aufgeteilten Märkten und Preisdiskriminierungen führen (BISHOP/WALKER, a.a.O., Rn. 5-049). In diesem Sinne wird auch in der ökonomischen Literatur festgestellt, dass ein Tätigwerden gegen Passivverkaufsverbote als "Policy"-Entscheid anzusehen ist, der insbesondere dazu dienen soll, Marktabschottungen zu verhindern (BISHOP/WALKER, a.a.O., Rn. 5-049 ff.; vgl. auch Rn. 248 des im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD erstellten Syntheseberichts der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008: "Mit dem neu geschaffenen Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG wollte das Parlament eine Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission bei vertikalen Restriktionen und eine Vermeidung von 'marktabstottenden Abreden' bewirken."). Genau diesen "Policy"-Entscheid gegen marktabstottende Klauseln hat der Schweizer Gesetzgeber mit Erlass von Art. 5 Abs. 4 KG getroffen. Auch Ziff. 12 Abs. 2 VertBek bezeichnet Passivverkaufsverbote als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zudem wird aus den Debatten der Räte klar, dass der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 4 KG erlassen hat, um Praktiken zu unterbinden, welche Parallelimporte in die Schweiz erschweren oder verunmöglichen. So wurde beispielsweise ausgeführt: "Parallelimporte können nicht nur durch Immaterialgüterrechte, sondern auch durch Verträge verhindert werden. Das ist das zentrale Thema von Artikel 5 Absatz 4 des Kartellgesetzes. Vertikale Wettbewerbsabreden als Abreden zwischen verschiedenen Marktstufen beinhalten verschiedenartigste Klauseln. Wettbewerbsrechtlich problematisch sind nur zwei wesentliche Klauseln, nämlich solche über Preisabsprachen und solche über Marktaufteilungen." (Votum H. Raggenbass, AB 2002 N 1436). Auch wurde festgehalten: "Unzulässig wird nur der so genannte absolute Gebietsschutz. Da sind wir uns einig, das muss man verbieten, das muss man mit diesem Gesetz verhindern. Dieser Schutz liegt eben dann vor, wenn ein Händler

unter keinen Umständen in das Vertriebsgebiet eines anderen Händlers liefern darf – das wollen wir nicht. Derart strikte Absprachen sollen unzulässig sein. Damit ist es dem Konsumenten unbenommen, sich bei einem Händler einzudecken, der im Grunde ein anderes Vertriebsgebiet bearbeitet – das wollen wir." (Votum R. Büttiker, AB 2003 S 330; vgl. auch Votum R. Strahm, AB 2002 N 1438; Votum F. Schiesser, AB 2003 S 329).

9.1.4 Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, ist die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich im Sinne der Praxis der Vorinstanz sowohl anhand qualitativer und als auch quantitativer Elemente zu ermitteln (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 11.1.8). Demnach erfolgt die Abwägung der beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2). Diese Praxis erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo, wie im vorliegenden Fall, besonders problematische Abreden wie Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen sind. Vereinbarungen, durch welche aktive und passive Verkäufe in ein Territorium unterbunden werden (sog. absolute Gebietsschutzklauseln) gehören zu den kartellrechtlich schädlichsten Abreden. Wenn das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung statuiert, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus davon auszugehen, dass sie sich auch erheblich auf den Wettbewerb auswirken (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 11.1.8; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 11.1.4; s. auch PATRICK SOMMER/AMR ABDELAZIZ, Jüngste Entwicklungen – Hors Liste Medikamente und Gaba/Elmex, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, Bern 2014, S. 7; FELIX SCHRANER, Elmex-Urteil – Entscheid mit Strahlkraft, S. 4 f., abrufbar unter <http://www.kpmg.com/ch/de/library/articles-publications/opportunities-and-risks/seiten/elmex-decision.aspx>; besucht am 19. November 2015). Diese Auslegung ist umso mehr geboten, als die Schweiz aufgrund ihrer Nicht-Mitgliedschaft im EWR einen gesonderten Markt aufweist, welcher anfällig ist für Gebietsabschottungen. Sie entspricht, wie erwähnt, auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG der Vorinstanz eine Handhabe geben wollte, um insbesondere gegen den Schweizer Markt abschottende Klauseln vorzugehen und Parallelimporte zu ermöglichen. Abzulehnen ist die von der Beschwerdeführerin vorgetragene und in der Literatur vertretene Ansicht, dass mit dieser Auslegung ein per se-Verbot statuiert wird und der nach dieser Auffassung

in der Bundesverfassung vorgegebene Ansatz der Missbrauchsgesetzgebung aufgehoben wird (vgl. RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels, SJZ 111 [2015], S. 229 ff., 323; ders., in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 96 BV N. 26). Denn zum einen wurde schon in einem Gutachten aus dem Jahr 2001 festgehalten, dass sich aus der Bundesverfassung kein per se-Verbot für kartellrechtliche per se-Tatbestände ergibt (vgl. RENÉ RHINOW/ANDRÁS GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich, in: RPW 2001/3, S. 592 ff., 603, 605; s. auch ANDREAS HEINEMAN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans-Ueli Vogt, Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43 ff., 46 f.). Zum anderen liegt kein per se Verbot vor, wenn eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen möglich bleibt (s. unten, E. 10; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 11.3.4; s. auch EuGH, 11. September 2014, Rs. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 58, wonach bei Vereinbarungen, bei denen feststeht, "dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind, [...] die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist." Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schlussanträge von GA Wahl vom 27. März 2014, EuGH, Rs. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:1958, Rn. 26 ff.; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, a.a.O., S. 273 f.; BALDI/SCHRANER, Bundesverwaltungsgericht setzt mit Gaba-Urteil wettbewerbspolitischen Markstein, a.a.O., S. 71). Da die dargelegte Auslegung nicht zu einem per se Verbot führt, ist folglich auch nicht zu prüfen, ob per se Verbote einen Eingriff in die von Art. 27 BV statuierte Wirtschaftsfreiheit darstellen. Selbst wenn man annehmen würde, dass das ausschliessliche Abstellen auf das qualitative Erheblichkeitskriterium ein per se Verbot darstellt, wäre die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nicht zu hören. Denn wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 3.10.4 festgestellt hat, hat die Vorinstanz nebst einer qualitativen Prüfung eine umfangreiche quantitative Erheblichkeitsanalyse durchgeführt.

9.1.5 Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem Gesagten fest, dass das in den Händlerverträgen der Beschwerdeführerin statuierte Exportverbot eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Damit handelt es sich, wie hiavor ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede. Der Frage, ob bei einem anderen Sachverhalt nach der Feststellung, dass eine den Wettbewerb qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, u.U. auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, braucht hier nicht nachgegangen zu werden. Mit Blick auf die beim Bundesgericht hängigen Beschwerden in den Rechtssachen B-506/2010 Gaba und B-463/2010 Gebro sind aber der Vollständigkeit halber auch die von der Vorinstanz im Rahmen der quantitativen Analyse geprüften Kriterien zu untersuchen.

ii. QUANTITATIVE ERHEBLICHKEIT

9.2 Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit der quantitativen Erheblichkeitsanalyse in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen die folgenden Punkte: die Marktanteilsberechnung, die fehlende Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs, die zu starke Gewichtung sowie die fehlerhafte Analyse des Intrabrand-Wettbewerbs, und der fehlende Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Abrede und der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung. Zu diesen Rügen ist festzuhalten, dass sie sich teilweise mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Umstossen der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung überschneiden. Wie bereits unter E. 8 ausgeführt, sind im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung keine Punkte zu behandeln, welche das Umstossen der Vermutung betreffen. Sofern die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der quantitativen Erheblichkeit demnach Rügen vorträgt, welche das Umstossen der Vermutung betreffen, ist sie mit Verweis auf diese Ausführungen nicht zu hören. Auf die übrigen Vorbringen wird nachfolgend, wie erwähnt, der Vollständigkeit halber eingegangen.

Marktanteilsberechnung und Ermittlung der Marktstellung

9.2.1

9.2.1.1

9.2.1.1.1 Zur Marktanteilsberechnung führt die Beschwerdeführerin aus, in der angefochtenen Verfügung würden zwar für die relevanten Segmente die korrekten, gerundeten Marktanteile gemäss Auto-Schweiz im Zeitraum 2007-2011 widergegeben. Allerdings habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise und ohne Begründung auf die Marktanteile in den Jahren 2007 bis 2011 abgestellt, obwohl der Untersuchungszeitraum die Periode Oktober

2010 bis Dezember 2011 betreffe. Dieser fehlerhaft definierte Berechnungszeitraum wirke sich auch auf die Position der Beschwerdeführerin als angebliche Marktführerin aus. Ferner moniert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung auf die höchsten Werte abgestellt habe, obwohl sie jeweils sowohl den tiefsten als auch den höchsten berechnet habe.

9.2.1.1.2 Die Vorinstanz entgegnet, sie habe die Marktanteile basierend auf der von Auto-Schweiz erhobenen Zulassungsstatistik erhoben. Ihre Ergebnisse seien deckungsgleich mit denjenigen, welche die Beschwerdeführerin vorbringe, mit dem Unterschied, dass die Vorinstanz die Dezimalstellen aufgerundet habe. Zudem entspreche das Abstellen auf einen Zeitraum von 5 Jahren vor dem Entscheid der Praxis der Vorinstanz und diene dazu, einer allfälligen dynamischen Entwicklung des Marktes Rechnung zu tragen. Schliesslich weist die Vorinstanz den Vorwurf zurück, sie habe jeweils auf den höchsten berechneten Marktanteil für jedes Segment abgestellt.

9.2.1.1.3 In Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung wird die Marktanteilsberechnung vorgenommen. Dabei hatte die Vorinstanz ursprünglich die Marktanteile für die Zeitperiode 2007-2010 gestützt auf die Absatzmengen der Fahrzeughersteller und -importeure berechnet. Die Beschwerdeführerin sprach sich hingegen dafür aus, statt auf die Absatzmengen auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik abzustellen (vgl. act. 164 Rn. 49). In der Folge legte die Beschwerdeführerin dar, wie ihrer Ansicht nach eine Marktanteilsberechnung gestützt auf die Zulassungsstatistik vorzunehmen wäre. Dabei stellte die Beschwerdeführerin auf die Zahlen aus den Jahren 2006-2011 ab und nahm eine Berechnung für die Marktanteile in der Periode 2007-2010 vor. Ebenfalls reichte die Beschwerdeführerin eine Tabelle zu ihrer Marktstellung ein. Diese stützt sich auf die Daten für den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 (act. 164 Beilagen 11 bis 15). Sie kam zum Schluss, dass die Anteile für den Zeitraum 2007-2010 und ihre Marktposition zwischen Oktober 2010 und Oktober 2011 wie folgt zu kalkulieren seien:

- Kleinwagen: [...] – [...] %; Ränge [...] - [...] von 21 Herstellern.
- Untere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 29 Herstellern.
- Obere Mittelklasse: [...] - [...]; Ränge [...] - [...] von 29 Herstellern.
- Oberklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 28 Herstellern.
- Luxusklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 27 Herstellern.

Aus Rn. 252 ff. der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin ihre Marktanteilsberechnung auf die Zulassungsstatistik statt wie ursprünglich auf die Absatzmenge stützte. Dabei nahm sie Bezug auf die von der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 29. März 2012 eingereichten Daten (act. 181 S. 3 ff.). Sie berechnete folgende Marktanteile und Marktpositionen für den Zeitraum 2007-2011:

- Kleinwagen: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 22 Herstellern.
- Untere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 31 Herstellern.
- Obere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 34 Herstellern.
- Oberklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 38 Herstellern.
- Luxusklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 29 Herstellern.

9.2.1.1.4 Zunächst ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Vorinstanz in willkürlicher Weise die Marktanteilsberechnung auf den Zeitraum 2007 bis 2011 gestützt habe, obwohl der Untersuchungszeitraum die Periode Oktober 2010 bis Dezember 2011 betreffe. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (siehe statt vieler BGE 137 I 1 E. 2.4 m.w.H.). Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz ihre ursprüngliche Marktanteilsberechnung an diejenige der Beschwerdeführerin angepasst und – wie von der Beschwerdeführerin selbst vorgeschlagen – eine Marktanteilsberechnung für den Zeitraum von fünf Jahren vor Erlass des angefochtenen Entscheids vorgenommen. Wenn selbst die Beschwerdeführerin die von der Vorinstanz vorgenommene Marktanteilsberechnung vorschlägt, kann nicht gesagt werden, diese sei in willkürlicher Weise erfolgt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, warum bei der Marktanteilsberechnung – entgegen ihrem eigenen Vorschlag – auf den Untersuchungszeitraum abzustellen ist. In casu waren nämlich die Marktanteile für ein Produkt zu berechnen, dessen Anschaffungspreis und damit auch die Anschaffungshäufigkeit sich er-

heblich auf die Berechnung auswirken. Da der Erwerb eines Motorfahrzeuges nicht alltäglich ist und diese Produkte in der Regel lange gehalten werden bevor sie ersetzt werden, ist bei einer Marktanteilsberechnung für Motorfahrzeuge ein langer Zeitraum zu wählen. Im Übrigen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie bei ihrer Marktanteilsberechnung einerseits auf den Zeitraum 2007 bis 2011 abstellt und andererseits geltend macht, ihre Marktposition sei lediglich für den Untersuchungszeitraum 2010 bis 2011 zu berechnen. Wird die Kalkulation der Marktanteile für einen bestimmten Zeitraum vorgenommen, so ist zur Ermittlung der Marktposition eines Unternehmens in diesem Zeitraum ebenfalls auf diese Periode abzustellen. Ein anderes Vorgehen wäre als unlogisch anzusehen. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrer Rüge zur Berechnung der Marktanteile sowie zur Ermittlung der Marktstellung nicht durchzudringen.

9.2.1.1.5 Zweitens ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung in willkürlicher Weise auf die höchsten Werte abgestellt habe, obwohl sie jeweils sowohl den tiefsten als auch den höchsten Marktanteil berechnet habe. Dabei ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die Zahlen selbst nicht anzweifelt, da sie vorträgt, die Vorinstanz habe die korrekten, gerundeten Marktanteile gemäss Auto-Schweiz im Zeitraum 2007-2011 widergegeben. Hingegen moniert sie die von der Vorinstanz daraus gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Marktpositionen der Beschwerdeführerin in den relevanten Märkten. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf Rn. 276 und 296 der angefochtenen Verfügung. In den genannten Passagen wird folgendes ausgeführt:

Rn. 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."

Rn 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."

9.2.1.1.6 Die Vorinstanz leitet demnach aus den für den Zeitraum 2007-2011 ermittelten Marktanteilen (vgl. E. 9.2.1.1) folgendes ab:

Im Markt für "Kleinwagen", wo die Beschwerdeführerin mit [...] - [...] % Marktanteilen die Ränge [...] - [...] von 22 Herstellern belegt, kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin mit MINI [...] bzw. [...] vertreten ist.

Zum Markt "Untere Mittelklasse", wo die Beschwerdeführerin über [...] - [...] % Marktanteile verfügt und die Ränge [...] - [...] von 31 Herstellern belegt, wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, die Beschwerdeführerin habe [...] belegt bzw. habe [...] belegt.

Betreffend den Markt "Obere Mittelklasse", auf welchem die Beschwerdeführerin mit [...] - [...] % Marktanteilen die Ränge [...] und [...] von 34 Herstellern belegt, wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die Beschwerdeführerin [...].

Zum Markt "Oberklasse", wo die Beschwerdeführerin mit Marktanteilen von [...] - [...] % die Ränge [...] und [...] von 38 Herstellern belegte, wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, die Beschwerdeführerin habe [...].

Schliesslich wird in der angefochtenen Verfügung zum Markt "Luxusklasse", wo die Beschwerdeführerin mit Marktanteilen von [...] - [...] % die Ränge [...] und [...] von 29 Herstellern belegte, festgestellt, die Beschwerdeführerin sei [...].

9.2.1.1.7 Der hiervor dargestellte Vergleich zeigt, dass mit Ausnahme des Marktes "Untere Mittelklasse" die Vorinstanz zum einen die Marktpositionen praktisch tel quel dargestellt hat. Zum anderen ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht auf die jeweils höchsten Werte abgestellt hat. So hat sie im Markt für "Kleinwagen" die Marktposition der Beschwerdeführerin eingeschätzt als [...]. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin auf diesem Markt die Ränge [...] - [...] belegte, kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe auf den höchsten Wert abgestellt. Auch im Markt "Obere Mittelklasse", wo die Beschwerdeführerin die Ränge [...] und [...] belegte, hat die Vorinstanz nicht auf den Höchstwert abgestellt, als sie festhielt, die Beschwerdeführerin sei [...]. Im Gegenteil gibt diese Ausführung den Sachverhalt korrekt wieder. Das trifft auch auf die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zum Markt "Oberklasse" zu, wo die Vorinstanz aufgrund der Position der Beschwerdeführerin auf Rang [...] und [...] festhielt, die Beschwerdeführerin habe eben diese Plätze belegt. Schliesslich ist die Vorinstanz auch hinsichtlich der Marktes "Luxusklasse", wo die Beschwerdeführerin auf Rang [...] und [...] vertreten war, richtigerweise zum Schluss gelangt, die Beschwerdeführerin sei [...] Marke gewesen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur auf die höchsten Marktanteile abgestellt habe, ist demnach bezüglich der Märkte "Kleinwagen", "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse" zurückzuweisen.

9.2.1.1.8 Hinsichtlich des Marktes "Untere Mittelklasse" ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum 2007-2011 die Ränge [...] - [...] belegte. In der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, die Beschwerdeführerin gehöre damit [...] von insgesamt 31 Konkurrenten. Die vergleichsweise eher tiefen Marktanteile liessen sich möglicherweise dadurch erklären, dass die Beschwerdeführerin erst seit 2004 in diesem Markt tätig sei, seither allerdings kontinuierlich Anteile gewonnen habe (vgl. Rn. 255 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz leitete daraus ab, dass die Beschwerdeführerin sich in den letzten zwei Jahren [...] habe etablieren können und die Plätze [...] und [...] belegt habe. Demnach hat die Vorinstanz den Marktanteilsentwicklungen auf dem Markt "Untere Mittelklasse" Rechnung getragen und aus einer Gesamtbetrachtung des Zeitraumes 2007-2011 abgeleitet, dass es der Beschwerdeführerin gelungen ist, in nicht unerheblichem Masse Anteile zu gewinnen. Da die Berechnung der Marktanteile nicht statisch zu erfolgen hat, sondern im Gegenteil – wie die Vorinstanz dies getan hat – in einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Marktanteilsentwicklungen, sind die Schlussfolgerungen in Rn. 276 und 296 der angefochtenen Verfügung zu den Marktanteilen und

der Marktposition der Beschwerdeführerin auf dem Markt "Untere Mittelklasse" nicht als willkürlich einzustufen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher auch in diesem Punkt zurückzuweisen.

9.2.1.2

9.2.1.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, dass die Vorinstanz den Begriff "starke Marktstellung" nicht definiere, die Folgen einer "starken Marktstellung" nicht erkläre und eine solche Stellung über die [...] der Beschwerdeführerin zu konstruieren versuche. Die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise eine starke Marktstellung angenommen, obwohl die Beschwerdeführerin in einigen Segmenten nur über Marktanteile von [...] verfüge. Damit habe sie ihre eigene Segmentierung des sachlich relevanten Marktes ignoriert, da sie diejenigen Märkte ignoriere, in denen die Beschwerdeführerin kaum vertreten sei. Jedenfalls verfüge die Beschwerdeführerin weder über Marktmacht, noch über eine starke Marktstellung. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf das von ihr eingereichte Gutachten des Beratungsunternehmens RBB Economics vom 15. Juni 2012.

9.2.1.2.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, Art. 5 Abs. 4 KG setze das Merkmal der "Marktmacht" nicht voraus. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, wäre es in casu erfüllt. BMW und MINI stellten ausgesprochen starke Marken dar, was sich aus der ermittelten Marktstellung sowie der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 26. März 2012 ergebe. Dort habe sie ausgeführt, [...] (vgl. act. 185, S. 35). Damit habe die Beschwerdeführerin selbst bestätigt, dass sie im Markt stark positioniert sei. Auch habe sie festgehalten, [...] (vgl. act. 185, S. 11). Das zeuge nicht von einem starken Wettbewerb, da sich die Beschwerdeführerin eine solche [...] kaum leisten könne, ohne Marktanteile zu verlieren. Auch daraus lasse sich ableiten, dass die Beschwerdeführerin über Marktmacht verfüge. Damit wiederholt die Vorinstanz im Wesentlichen dasselbe wie in Rn. 267 f. der angefochtenen Verfügung.

9.2.1.2.3 Einleitend stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Art. 5 Abs. 4 KG das Tatbestandsmerkmal der "Marktmacht" nicht voraussetzt. Es kann daher letztlich offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin marktmächtig bzw. marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist (vgl. zur Definition des Begriffes "Marktbeherrschung" BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 9.3.1). Unabhängig von dieser Frage ist jedenfalls festzuhalten dass die Beschwerdeführerin in den relevanten Produktmärkten über starke Marktstellungen verfügt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. So ist sie in den Märkten "Kleinwagen" und "Untere Mittelklasse" [...] unter den

Fahrzeugherstellern. Noch deutlicher zeigt sich die Marktstellung in den Märkten "Obere Mittelklasse", "Oberklasse" und "Luxusklasse", wo die Beschwerdeführerin die [...] Plätze belegt. Die Tatsache, dass die Marktanteile der Beschwerdeführerin mitunter [...] betragen, ändert nichts an dieser Schlussfolgerung. Denn auch mit lediglich [...] % Marktanteil beispielsweise im Markt "Untere Mittelklasse" belegte die Beschwerdeführerin den Rang [...] von 31 Herstellern (vgl. Anhang VI der angefochtenen Verfügung). Somit kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, aufgrund [...] auf eine schwache Marktstellung geschlossen werden. Entscheidend ist vielmehr, wie dargelegt, die Marktstellung als solche in den relevanten Produktmärkten. Diese starke Stellung der Beschwerdeführerin wird auch dadurch untermauert, dass sie in der Lage ist, [...] (vgl. act. 185 S. 11 f.). Wie die Vorinstanz zu Recht darauf hinweist, kann sich ein Unternehmen mit schwacher Marktstellung eine solche [...] nicht leisten, ohne Marktanteile zu verlieren.

9.2.1.2.4 Die Beschwerdeführerin trägt jedoch vor, das von ihr ins Recht gelegte Gutachten von RBB Economics vom 15. Juni 2012 belege, dass sie weder über Marktmacht, noch über eine starke Marktstellung verfüge. Zum RBB Gutachten ist in allgemeiner Hinsicht festzuhalten, dass ihm als Privatgutachten kein grösseres Gewicht zukommt als den rechtlichen Erörterungen in der Rechtsschrift der betreffenden Partei, dass es also ausschliesslich Parteivorbringen enthält. Der Beweiswert eines Parteigutachtens ist demnach verglichen mit einem behördlich angeordneten Gutachten regelmässig herabgesetzt und gilt zum Vornherein nicht als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass die Partei dem Privatgutachter in erster Linie die nach ihrem eigenen subjektiven Empfinden wesentlichen Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts unterbreitet, und das private Gutachten im Unterschied zum behördlichen nicht unter Strafandrohung erstellt wird (BGE 105 II 1 E. 1; BGE 95 II 364 E. 2; BVGE 2013/9 E. 3.8.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 4.4.3). Dennoch sind die Gerichte und Behörden aufgrund des in Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) statuierten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung verpflichtet, die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten

Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Gerichte und Behörden haben alle Beweismittel objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten (BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBACHER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 15 f. und 20 f. m.w.H.).

9.2.1.2.5 Die Gutachterin kommt auf S. 15 zum Schluss, aufgrund der "ökonomischen Lehre" sowie der "gängigen Rechtsprechung" sei Marktmacht bei Marktanteilen unter [...] % ausgeschlossen. Allerdings werden an dieser Stelle im Gutachten weder Belege, noch Quellenhinweise oder sonstige Angaben genannt, welche nachweisen würden, worauf die Gutachterin ihre Ausführungen stützt. Lediglich in der Einleitung des Gutachtens findet sich zur Frage der Marktmacht im Rahmen der allgemeinen Ausführungen ein Hinweis auf ein Lehrbuch sowie auf die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (S. 8 des Gutachtens). Es ist fraglich, ob das als Beleg für einen Konsens in der ökonomischen Lehre und in der Rechtsprechung zur Frage der Marktmacht reicht, zumal die Gutachterin an dieser Stelle selbst einräumt, dass "keine Einigkeit darüber" bestehe, ab welchem Marktanteil auf Marktmacht zu erkennen sei. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben. Denn wie das Bundesverwaltungsgericht bereits oben festgehalten hat, setzt Art. 5 Abs. 4 KG das Tatbestandsmerkmal der "Marktmacht" nicht voraus. Nach dem Gesagten ist das Vorbringen, wonach die Vorinstanz in willkürlicher auf eine starke Marktstellung der Beschwerdeführerin geschlossen hat, zurückzuweisen.

Arbitragepotenzial

9.2.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der von der Vorinstanz vorgenommene Preisvergleich zur Ermittlung des Arbitragepotenzials sei fehlerhaft und komme zu einem irreführenden Ergebnis. Insbesondere bringt sie die folgenden Punkte vor: (i) Es sei eine willkürliche Auswahl der verglichenen Referenzmodelle getroffen worden; (ii) die Produktunterschiede seien mangelhaft berücksichtigt worden; (iii) Rabatte und Sonderaktionen seien unberücksichtigt gelassen worden; (iv) der analysierte Zeitraum sei zu kurz, weswegen den Auswirkungen der Wechselkursschwankungen zu wenig Rechnung getragen worden sei; (v) andere Nachbarländer als

Deutschland seien nicht berücksichtigt worden. Auf die Vorbringen wird hiernach einzeln eingegangen.

9.2.2.1

9.2.2.1.1 Die Beschwerdeführerin führt erstens aus, ein Preisvergleich habe alle Fahrzeugmodelle in sämtlichen relevanten Märkten zu untersuchen und dürfe sich nicht auf eine Auswahl von Modellen beschränken. Die von der Vorinstanz herangezogenen Auswahlkriterien seien willkürlich. Sie habe anhand der gemäss Auto-Schweiz meistverkauften Serien nur zwei Modelle ausgewählt. Dabei sei nicht ersichtlich, anhand welcher Kriterien die betreffenden Modelle von der Vorinstanz ausgewählt worden seien.

9.2.2.1.2 Die Vorinstanz verweist auf Rn. 192 ff. der angefochtenen Verfügung. In Rn. 195 wird ausgeführt: "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)."

9.2.2.1.3 Die vorangehenden Ausführungen bestätigen das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz nicht ausdrücklich darlegt habe, anhand welcher Kriterien sie die dem Preisvergleich zugrunde liegenden Modelle ausgewählt hat. Allerdings kann darin kein willkürliches Vorgehen erblickt werden. Zum einen hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, die Vorinstanz auf Modelle aus den meistverkauften Reihen abgestellt. Das ist nicht als willkürlich einzustufen, sondern im Gegenteil nachvollziehbar. Wenn im Rahmen der Ermittlung des Arbitragepotenzials untersucht wird, ob die Käufer in der Schweiz einen Anreiz hatten, Fahrzeuge der Marke BMW und MINI zu erwerben, ist es sinnvoll, auf Modelle aus den meistverkauften Serien abzustellen. Zum anderen hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt, wie ein Preisvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz korrekterweise vorzunehmen wäre. Dabei hat sie auf die Preise der Referenzmodelle "BMW 116i", "BMW X1 xDrive 20d", "BMW 320 xd Touring", "BMW 530d Limousine" und "MINI Cooper" und somit auf insgesamt fünf Modelle abgestellt. Dabei hat sie Fahrzeuge der Luxusklasse unberücksichtigt gelassen (vgl. act. 43 Rn. 43 ff.). Auch in ihrer Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin dargelegt, wie ihres Erachtens ein Preisvergleich richtigerweise vorzunehmen wäre. Dabei hat sie sechs Modelle herangezogen, jeweils ein Modell der Marke BMW aus jedem relevanten Produktmarkt

bzw. für die Serie 5 zwei Modelle sowie ein Modell der Marke MINI. Die Vorinstanz hat ihrerseits für Fahrzeuge der Marke BMW auf jeweils zwei Modelle aus jedem relevanten Produktmarkt und somit total auf zehn BMW Modelle sowie acht Modelle der Marke MINI abgestellt (Anhang II und III). Damit hat die Vorinstanz für ihren Vergleich die Preise von insgesamt achtzehn Fahrzeugmodelle der Marke BMW und MINI herangezogen. Wenn die Beschwerdeführerin selbst vorträgt, dass ein korrekter Preisvergleich höchstens sechs Modelle zu umfassen hätte – ohne mitunter die Fahrzeuge der Luxusklasse zu berücksichtigen – kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe durch einen noch umfassenderen Vergleich willkürlich gehandelt. Vielmehr hat sie für jeden relevanten Produktmarkt der Marke BMW zwei Fahrzeugmodelle und für Fahrzeuge der Marke MINI acht Modelle herangezogen und damit eine korrekte Auswahl getroffen.

9.2.2.2

9.2.2.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt zweitens vor, ein angemessener Preisvergleich bedinge eine Gegenüberstellung der Preise ohne Grundausstattung. Die festgestellten Unterschiede in den Preisen zwischen Deutschland und der Schweiz seien Grösstenteils auf länderspezifische Ausstattungen zurückzuführen. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten von RBB Economics vom 15. Juni 2012 zeige, dass Kunden sich bei einem Autokauf nicht am Listenpreis orientierten, sondern konkrete Angebote bei Händlern einholten. Auch könne nicht gesagt werden, dass der Mehrwert nichtoptionaler Zusatzleistungen für die Schweizer Endkunden fraglich und daher nicht zu berücksichtigen sei. Das ergebe sich ebenfalls aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten RBB Economics Gutachten. Schliesslich sei es – wie die Beschwerdeführerin selbst aufzeige – möglich, einen solchen Vergleich vorzunehmen und dürfe nicht aus prozessökonomischen Gründen abgelehnt werden.

9.2.2.2.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung an, der von der Gutachterin RBB Economics vorgenommene Preisvergleich sei in diesem Punkt fehlerhaft. Die Gutachterin bringe den Wert "Ausstattungsprofil" in Abzug, ohne diesen zu erklären oder ihn zu überprüfen. Sie stütze sich dabei ausschliesslich auf Angaben der Beschwerdeführerin. Wie diese allerdings selbst anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 zu Protokoll gegeben habe, werde bei der Ermittlung des Wertes gewisser Ausstattungsprofile versucht, "abzuschätzen, wie viel so eine Klimaanlage dem Kunden in Geld wert wäre. Da gibt's definitiv keine objektiven Zahlen" (act. 185 S. 34). Da die Gutachterin somit selbst nur auf die von der Beschwer-

deführerin geschätzten Zahlen abgestellt habe, sei ihr ausstattungsbereinigter Preisvergleich mangelhaft. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

9.2.2.2.3 In der angefochtenen Verfügung geht die Vorinstanz an zwei Stellen auf das Argument ein, wonach ein Preisvergleich ausstattungsbereinigt zu erfolgen habe. In Rn. 204 hält sie fest, der von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 dargelegte, ausstattungs-bereinigte Vergleich zeige nur geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen zwischen den Modellen in Deutschland und der Schweiz. Das hätte auch die Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 bestätigt. In Rn. 236 ff. untersucht die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin angeführten länderspezifischen Ausstattungsunterschiede. Dabei stellt sie fest, dass der von der Beschwerdeführerin genannte Ski-Sack in der BMW 1-er Serie, der in Deutschland zur Sonderausstattung gehöre und in der Schweiz in der Serienausstattung inbegriffen sei, in der Schweiz nicht abgelehnt werden könne. Auch das BMW Service Plus Paket, das nur in der Schweiz existiere, könne von den Kunden in der Schweiz als Standardausstattung nicht abgewählt werden. Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, es sei nicht sachgerecht, nichtoptionale Leistungen, die unter Umständen für die Käufer keinen Mehrwert darstellten, beim Preisvergleich in Abzug zu bringen. Kunden könnten gerade deswegen an einem Kauf eines Fahrzeuges in Deutschland interessiert sein, weil sie kein Service Paket oder Ski-Sack kaufen müssten.

Es ist nachfolgend zu untersuchen, ob der in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Preisvergleich korrekt ist oder ob – wie die Beschwerdeführerin vorträgt – auf den in den beiden von ihr eingereichten Gutachten (RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 und RBB Economics Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012) dargelegten Vergleich abzustellen ist. Die Erkenntnisse des Gutachtens sind nach den unter E. 9.2.1.2.4 dargestellten Grundsätzen zu würdigen.

9.2.2.2.4 Zum Preisvergleich wird auf Seite 25 des RBB Economics Gutachtens vom 15. Juni 2012 ausgeführt, in der Praxis sei zu beobachten, dass Kunden sich bei einem Autokauf nicht am Listenpreis orientierten, sondern konkrete Angebote bei Händlern einholten. Allerdings nennt die Gutachterin keinen Beleg, der ihre Ausführungen stützen würde oder der aufzeigen würde, woher die Aussage stammt, dass Kunden in der Praxis auf diese Weise vorgehen. Auch im Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 finden sich zu diesem Punkt keine Angaben. Von einem Gutachten

darf erwartet werden, dass es zumindest die Quellen angibt, auf welche es sich stützt. Das gilt auch für ein ökonomisches Gutachten. Wenn jede Quellenangabe fehlt, so sind die Ausführungen für das Gericht nicht überprüfbar. Die entsprechenden Ausführungen sind daher als unbelegt zurückzuweisen. Dasselbe trifft auf das Vorbringen auf S. 24 f. des Gutachtens vom 15. Juni 2012 zu, wonach nicht gesagt werden könne, dass der Mehrwert nichtoptionaler Zusatzleistungen für die Schweizer Endkunden fraglich und daher nicht zu berücksichtigen seien. Die Gutachterin behauptet zwar, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien "aus ökonomischer Sicht nicht zulässig". Was dies konkret bedeutet und auf welche ökonomischen Theorien sich die Gutachterin dabei stützt, wird allerdings nicht ausgeführt. Im Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 unterlässt es die Gutachterin ebenso, ihre Vorbringen zu belegen. Zwar nennt sie immerhin die Zahlen, welche aus ihrer Sicht unter dem Titel "Ausstattungsprofil" und "Servicepaket" abzuziehen sind. Allerdings versäumt sie es auch hier, die Quellen der ökonomischen Theorie, auf welche sie sich hinsichtlich des Abzugs dieser Werte stützt, zu nennen. Da die Gutachterin keinerlei Beweise für ihre Behauptungen vorbringt, sind auch ihre Ausführungen zur Berücksichtigung nichtoptionaler Leistungen als unbelegt zurückzuweisen. Im Übrigen gelangt auch das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass ein Preisvergleich nicht ausstattungsbereinigt vorzunehmen ist. Das ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass viele Optionen nicht abgewählt werden können, deren Wert für die Kunden sich also nur schätzen lässt. So führt auch die Beschwerdeführerin in der Anhörung vom 26. März 2012 aus, [...] (act. 185 S. 34). Zum anderen ist ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich auch wegen der nichtabwählbaren Optionen abzulehnen. Denn ein Kunde wird bei seinem Preisvergleich zwischen zwei Fahrzeugen kaum Optionen in Abzug bringen, die er am Ende wählen muss und von denen er mitunter nicht einmal den Wert kennt. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch die Europäische Kommission die Listenpreise der Hersteller heranzieht (vgl. COMP/36.653 – *Opel*, ABl. L 59 vom 28. Februar 2001, S. 1, Rn. 13), wobei sie sich auf die Berichte aus den Jahren 1993 - 2011 über Autopreise in der Europäischen Union stützt (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/archive.html; zuletzt besucht am 19. November 2015). Auch die französische Autorité de la concurrence stellt auf den "prix de vente" ab, ohne weitere Beträge in Abzug zu bringen (Autorité de la concurrence, décision 03-D-66 du 23 décembre 2003, *Renault*, Rn. 49). Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrem Vorbringen, wonach der Vergleich zwischen den Preisen in Deutschland und der Schweiz ausstattungsbereinigt zu erfolgen habe, nicht durchzudringen.

9.2.2.3

9.2.2.3.1 Zum Preisvergleich der Vorinstanz führt die Beschwerdeführerin drittens aus, dieser habe Rabatte, Sonderaktionen und andere verkaufsfördernde Massnahmen nicht berücksichtigt. Bringe man diese in Abzug, sei davon auszugehen, dass die berechneten Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland viel geringer seien als angenommen. In dem von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 wird dazu ausgeführt, ein aussagekräftiger Preisvergleich müsse Rabatte und Sonderaktionen berücksichtigen, da ansonsten die tatsächlich bezahlten Transaktionspreise nicht berücksichtigt würden. In der Folge legt die Gutachterin dar, wie ihres Erachtens ein Preisvergleich vorzunehmen ist. Auf diesen Vergleich stützt sich auch die Beschwerdeführerin.

9.2.2.3.2 Die Vorinstanz verweist zu diesem Punkt auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 211 derselben wird festgehalten, die Berücksichtigung der Parameter Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen im Preisvergleich sei schlichtweg unmöglich. So habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, [...]. Ausserdem würden die genannten Verkaufsmassnahmen das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder nur geringfügig verkleinern. Denn selbst nach Angaben der Beschwerdeführerin bestehe ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010. Zudem würden die Anzeigen sowie die Angaben [der Neumarkengrosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial sprechen. Ausserdem würden sowohl die Händler in der Schweiz als auch diejenigen in EWR Ländern Rabatte gewähren. Da der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Preisvergleich mit enormem Aufwand verbunden sei, am Ergebnis jedoch wenig ändere, sei aus verfahrensökonomischen Gründen darauf zu verzichten.

9.2.2.3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Preisvergleich der Vorinstanz sei mangelhaft, da er verkaufsfördernde Massnahmen ausser Acht lasse. Die Ermittlung dieser Daten sei problemlos möglich und in casu auch erforderlich. Allerdings bringt die Beschwerdeführerin selbst keine Daten vor, welche unter dem Titel "Rabatte, Sonderaktionen und andere verkaufsfördernde Massnahmen" in Abzug gebracht werden sollten. Die Beschaffung dieser Zahlen dürfte – wie die Vorinstanz zu Recht vorträgt – kaum zu bewältigen sein. Denn einerseits müsste hierfür eine unbestimmte Anzahl Händler befragt werden. Andererseits ist anzunehmen, dass einzelne Händler über die offiziellen verkaufsfördernden Massnahmen der Be-

schwerdeführerin hinaus gewissen Kunden im Einzelfall Sonderkonditionen angeboten haben bzw. anbieten. Eine Ermittlung dieser Werte ist unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten nicht sinnvoll. Dies gilt umso mehr, als selbst die Beschwerdeführerin davon ausgeht, es hätten "signifikante Preisunterschiede" zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 bestanden (vgl. act. 164 Rn. 45 Ziff. v.), etwas, was auch die Grosshändlerin [...] in ihrer Eingabe im vorinstanzlichen Verfahren bestätigte (vgl. act. 83 S. 1). Da die Gewährung von Sonderangeboten sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland erfolgt, sind – wie die Vorinstanz richtigerweise annahm – deren Auswirkung auf den Preisvergleich vernachlässigbar. Schliesslich ist festzuhalten, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihre Gutachterin bei ihrem Preisvergleich keine Rabatte o.ä. in Abzug bringen. Die Gutachterin beschränkt sich darauf, vorzutragen, dass diese Beträge abzuziehen seien. Sie reicht weder Nachweise für diese Behauptung ein, noch gibt sie die Quellen an, auf welche sie sich bei diesen Überlegungen stützt. Auch in ihrem Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 versäumt es die Gutachterin, ihr Vorbringen zu belegen. Eine solche Behauptung kann den in der angefochtenen Verfügung vorgenommenen Preisvergleich nicht als unzulässig erscheinen lassen. Angesichts dieser Gründe ist das ausser Acht lassen von Rabatten, Sonderaktionen und anderen verkaufsfördernden Massnahmen im Rahmen des Preisvergleichs aus prozessökonomischen Überlegungen nicht zu beanstanden.

9.2.2.4

9.2.2.4.1 Die Beschwerdeführerin macht viertens geltend, der im Rahmen des Preisvergleichs analysierte Zeitraum sei zu kurz gewählt worden, weswegen den Auswirkungen der Wechselkursschwankungen zu wenig Rechnung getragen worden sei. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz die Marktanteile über einen Zeitraum von fünf Jahren berechne, die Ermittlung der Preise aber aus verfahrensökonomischen Gründen auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 beschränke. Wie auch die Gutachterin festhalte, sei im Rahmen des Preisvergleichs auf einen Zeitraum von mindestens vier Jahren abzustellen.

9.2.2.4.2 Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 195 derselben wird festgehalten, der Preisvergleich basiere auf den aktuellen Listenpreisen 2011, da sich für den Zeitraum seit der Untersuchungseröffnung im Oktober 2010 ein starkes Arbitragepotenzial habe feststellen lassen, welches durch die Endkonsumenten aufgrund des vertraglichen Exportverbots nicht habe ausgeschöpft werden können. Auf eine Untersuchung der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots

auf die Preisunterschiede vor der Untersuchungseröffnung werde aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen verzichtet. Diesem Umstand werde im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen. Diese Ausführungen werden in Rn. 200 und 213 der angefochtenen Verfügung wiederholt.

9.2.2.4.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.6.2.2 ausgeführt hat, wird der Preisvergleich unter dem Titel "Arbitrage" vorgenommen. Dabei untersucht die Vorinstanz, ob für Kunden aufgrund der Preisunterschiede ein Anreiz für Importe bestand. Nach Ansicht der Vorinstanz würde sich die Klausel negativ auf die Importe auswirken, wenn die Konsumenten wegen der Preisunterschiede ein Interesse an einem Import hätten, einen solchen aber aufgrund der Exportverbotsklausel nicht durchführen könnten (vgl. Rn. 192 der angefochtenen Verfügung). Wie sich aus der Untersuchung ergibt, waren die Wechselkursunterschiede ab Oktober 2010 so bedeutend, dass sich insbesondere ab diesem Moment zeigte, ob die Konsumenten importieren konnten. Es erscheint dem Gericht daher naheliegend, auf diesen Zeitpunkt abzustellen bei der Frage, ob für Kunden ein Parallelimport attraktiv war. Das ist auch aus verfahrenswirtschaftlichen Überlegungen sinnvoll. Daran vermag das Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts ändern, wonach die Vorinstanz die Marktanteile über einen Zeitraum von fünf Jahren berechnet habe, aber die Ermittlung der Preise aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 beschränkt habe. Wie oben (E. 9.2.1.1.4) dargelegt, bestehen verschiedene Gründe, die dafür sprechen, bei der Marktanteilsberechnung auf einen langen Zeitraum abzustellen. Bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials geht es indes um die Frage, ob Parallelimporte attraktiv waren, und wenn ja, warum sie allenfalls nicht stattfanden. Das lässt sich insbesondere ab dem Moment feststellen, ab welchem ein starkes Arbitragepotenzial besteht. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen des Preisvergleichs auf den Zeitraum Oktober 2010 bis 2011 abgestellt hat. Daran ändern auch die Ausführungen im RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 nichts. Denn das Gutachten beschränkt sich auf die Untersuchung der Frage, welche Gründe die Wechselkursschwankungen haben könnten (vgl. S. 32 ff. des Gutachtens). Zur hier massgebenden Frage, auf welchen Bemessungszeitraum bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials abzustellen ist, wird im Gutachten lediglich festgestellt, ein umfassender Preisvergleich habe einen längeren Zeitraum (z.B. fünf Jahre) zu erfassen (S. 26 f.). Belegt wird diese Behauptung weder im Gutachten vom 15. Juni 2012 noch in demjenigen vom 18. Dezember 2012. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in Rn. 106 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangte, die Abrede habe seit Januar 2003 andauert. Indes

wurde im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt, dass sich die Exportklausel insbesondere ab den erheblichen Wechselkursunterschieden auswirkte. Die Vorinstanz hat in der Folge die Beschwerdeführerin für ihr Verhalten ab Oktober 2010 sanktioniert und darauf verzichtet, einen Zuschlag für die Dauer des Verstosses ab 2003 zu erheben. Damit hat sie im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen kürzeren Zeitraum berücksichtigt, was überdies dazu führte, dass kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses erhoben wurde. Das Abstellen der Vorinstanz auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 im Rahmen des Preisvergleichs ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

9.2.2.5

9.2.2.5.1 Zum Preisvergleich bringt die Beschwerdeführerin schliesslich vor, dieser sei fälschlicherweise nur zwischen Deutschland und der Schweiz vorgenommen worden. Sollte nämlich ein Vergleich der Preise in der Schweiz mit denen in anderen EWR Ländern einen geringeren Unterschied aufzeigen, würde dies auf einen Unterschied zwischen den einzelnen EWR Ländern hindeuten. In diesem Fall wäre zu hinterfragen, ob das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Deutschland tatsächlich auf die beanstandete Klausel zurückzuführen sei.

9.2.2.5.2 Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Dort wird in Rn. 195 zu diesem Punkt festgestellt: "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. Im Übrigen handelt es sich bei Deutschland laut Import- und Exportstatistik um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz."

9.2.2.5.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ein Preisvergleich hätte auch weitere EWR Länder umfassen müssen, da dieser möglicherweise gezeigt hätte, dass zwischen der Schweiz und anderen Ländern kein Preisgefälle bestehe. Da die beanstandete Klausel für sämtliche EWR Länder gelte, müsse in diesem Fall hinterfragt werden, ob die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Deutschland ihren Ursprung in der Klausel hätten. Allerdings verkennt die Beschwerdeführerin an dieser Stelle den Zweck

des Preisvergleiches. Ziel ist es nicht, zu untersuchen, ob ein allfälliges Preisgefälle auf das beanstandete, wettbewerbswidrige Verhalten zurückzuführen ist. Der Vergleich dient vielmehr dazu, zu ermitteln, ob die Preise in anderen Ländern verglichen mit denen in der Schweiz tiefer sind und ob daher Importe aus anderen Ländern attraktiv waren. In diesem Zusammenhang ist es naheliegend, die Preise des Landes zu vergleichen, das laut Import- und Exportstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung der mit Abstand wichtigste Handelspartner ist (vgl. Jahresbericht der Eidgenössischen Zollverwaltung EZV, Analyse des schweizerischen Aussenhandels im Jahr 2011, S. 13, abrufbar unter <http://www.ezv.admin.ch/themen/04096/04101/04125/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 19. November 2015). Der Vergleich drängt sich umso mehr auf, als die Mehrheit der in Anhang XV der angefochtenen Verfügung erwähnten Anzeigen bzw. Bürgeranfragen sich auf den deutschen Markt bezieht. Auch 5 der 6 nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen betreffen Importe aus Deutschland. Es ist somit nicht falsch, wenn die Vorinstanz zur Ermittlung des Arbitragepotenzials einen Preisvergleich mit dem Land vornimmt, welches der wichtigste Handelspartner der Schweiz ist und aus dem nachweislich mehrere Kunden versucht haben, zu importieren.

9.2.2.6

9.2.2.6.1 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass der von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Preisvergleich korrekt war. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin sind zurückzuweisen. Darüber hinaus untersucht das Bundesverwaltungsgericht der Vollständigkeit halber, ob die Vorinstanz zu Recht auf ein erhebliches Arbitragepotenzial erkannt hat. Das ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zu prüfen, wobei einleitend der Frage nachzugehen ist, auf welchen Kurs bei der Berechnung abzustellen ist. Die Beschwerdeführerin und ihre Gutachterin bringen vor, es sei auf den durchschnittlichen Wechselkurs der Europäischen Zentralbank im Januar des jeweiligen Jahres abzustellen, weil die verwendeten Listenpreise nur in diesem Monat erhoben worden seien. Der verwendete Kurs habe mit dem Zeitraum übereinzustimmen, zu welchem die verwendeten Listenpreise gültig gewesen seien. Die Vorinstanz entgegnet, massgebend sei nicht, wann die Listenpreise erhoben worden seien, sondern welche Importanreize für Endkonsumenten im Untersuchungszeitraum aufgrund des Preisunterschiedes bestanden hätten. Um das ganze Spektrum zu erfassen, habe die Vorinstanz auf den von der Schweizerischen Nationalbank publizierten höchsten, tiefsten und durchschnittlichen Wechselkurs zwischen

Schweizer Franken und Euro im Zeitraum von Oktober 2010 bis Oktober 2011 abgestellt.

9.2.2.6.2 Unter dem Titel "Arbitrage" wird ein Vergleich zwischen den Preisen in der Schweiz und denjenigen in Deutschland vorgenommen um zu ermitteln, ob für Endkunden mit Wohnsitz in der Schweiz ein Anreiz bestand, ein Fahrzeug der Marke BMW oder MINI in Deutschland zu erwerben. In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 195 ausgeführt, dass der Preisvergleich auf zwei Wechselkursen EUR/CHF basiere: zwischen Oktober 2010 und Oktober 2011 seien die Preise in der Schweiz und in Deutschland jeweils beim höchsten (1.38) und beim tiefsten Wechselkurs (1.04) miteinander verglichen und anschliessend ein Durchschnittswechselkurs von 1.25 EUR/CHF errechnet worden. Dieses Vorgehen erscheint dem Gericht schlüssig. Denn es zeigt sowohl die Bandbreite auf, innerhalb der sich die Preise im Untersuchungszeitraum bewegt haben, als auch die durchschnittlichen Preisunterschiede. Das ermöglicht es, einen umfassenderen Vergleich vorzunehmen, als – wie die Beschwerdeführerin und ihre Gutachterin vortragen – beim Vergleich auf den Wechselkurs abzustellen, der während 1 des insgesamt 12 Monate umfassenden Untersuchungszeitraums galt. Zudem hat die Vorinstanz als Schweizer Behörde richtigerweise die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland basierend auf den von der Schweizerischen Nationalbank publizierten Kurs errechnet. Das Heranziehen des von der Schweizerischen Nationalbank publizierten höchsten, tiefsten und durchschnittlichen Wechselkurses zwischen Schweizer Franken und Euro in der Periode Oktober 2010 bis Oktober 2011 durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden.

9.2.2.6.3 Anhand dieser Zahlen hat die Vorinstanz folgende Preisunterschiede für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum ermittelt:

- Bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 33 und 37 % bzw. CHF 11'600.- bis CHF 68'500.- günstiger gewesen als in der Schweiz.
- Bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 11 und 17 % bzw. CHF 4'300.- bis CHF 25'200.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

Für Neufahrzeuge der Marke MINI haben sich im relevanten Zeitraum die nachstehenden Preisdifferenzen ermitteln lassen:

- Bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 27 und 32 % bzw. CHF 6'100.- bis CHF 12'300.- günstiger gewesen als in der Schweiz.
- Bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 3 und 10 % bzw. CHF 800.- bis CHF 3'700.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

In der Folge hat die Vorinstanz die Preisunterschiede anhand des Durchschnittswchselkurses EUR/CHF im Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 von 1.25 EUR/CHF berechnet. Sie gelangte zum Schluss, dass sich folgende Unterschiede feststellen lassen:

- Für Neufahrzeuge der Marke BMW seien die Preise in Deutschland um 20 bis 25 % bzw. CHF 7'000.- bis CHF 41'700.- günstiger gewesen als in der Schweiz.
- Für Neufahrzeuge der Marke MINI seien die Preise in Deutschland um 12 bis 18 % bzw. CHF 2'900.- bis CHF 6'900.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

9.2.2.6.4 In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 198 weiter ausgeführt, die Europäische Kommission habe in Sachen *Opel* bereits Preisunterschiede von mehr als 12 % als Anreiz für Käufer angesehen, Parallelimporte zu tätigen (COMP/36.653 – *Opel*, ABl. L 59 vom 28. Februar 2001, S. 1, Rn. 141). Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zum Hersteller Opel in den hochpreisigen Märkten "Oberklasse" und "Luxusklasse" tätig sei, wo prozentuale Unterschiede in absoluten Zahlen um einiges höher ausfallen würden, sei in casu ein Vergleich der absoluten Zahlen angezeigt. Diese würden, wie dargelegt, ein erhebliches Arbitragepotenzial für Neufahrzeuge der Marke BMW aufzeigen. Das treffe auch auf Fahrzeuge der Marke MINI bei einem Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF zu, nicht hingegen beim einem Kurs von 1.38 EUR/CHF.

9.2.2.6.5 Wie die oben dargestellten Zahlen belegen, bestand für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum beim tiefsten Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF ein Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz von 33 bis 37 % bzw. CHF 11'600.- bis CHF 68'500.-. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass diese Zahlen ein erhebliches Arbitragepotenzial nachweisen. Das trifft auf die prozentualen wie auf die absoluten Zahlen zu. Auch gestützt auf den Durchschnittswchselkurs von

1.25 EUR/CHF lassen sich für Neufahrzeuge der Marke BMW beträchtliche Preisunterschiede von 20 bis 25 % bzw. CHF 7'000.- bis CHF 41'700.- feststellen. Bei einem Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF ergibt der Höchstwert von 17 % in absoluten Zahlen eine Differenz von CHF 25'200.-, was ebenfalls einen bedeutenden Unterschied darstellt. Bei demselben Kurs beträgt der tiefste Wert 11 % bzw. CHF 4'300.- Unterschied. Während er um einiges tiefer ausfällt, deutet er dennoch auf einen gewissen Anreiz hin, Parallelimporte zu tätigen. Dafür spricht nicht nur die von der Vorinstanz zitierte Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen *Opel*, wo ein Preisunterschied von mehr als 12 % als Anreiz für Käufer angesehen wurde, Parallelimporte zu tätigen (vgl. auch COMP/F2-36.623, COMP/F2-36.820 und COMP/F2-37.275 *SEP u.a./Automobiles Peugeot SA*, ABl. L 173 vom 27. Juni 2006, S. 20, Rn. 132, wo aus einer Studie der Automobile Peugeot SA abgeleitet wird, dass "nach Auffassung von Automobiles Peugeot SA ein sehr niedriges Preisunterschiedsniveau erforderlich gewesen wäre, um den Verbraucher vom Kauf in einem anderen Mitgliedstaat abzuhalten.", wobei Peugeot davon ausgegangen war, dass ab einem Unterschied von mehr als EUR 1'000.-, was bei den meisten Modellen 10 - 11 % und in der Luxusklasse 4 % Preisunterschied ausmachte, der Anreiz für den Kauf eines Fahrzeuges in einem anderen Land vorhanden war.). In *Mercedes Benz* wurde bereits eine Preisdifferenz von 7 % für Parallelimporte verantwortlich gemacht (vgl. COMP 36.264 *PO/Mercedes Benz*, ABl. L 257 vom 25. September 2002, S. 1, Rn. 37). Diese Entscheidung, welche eine Herstellerin betraf, die – wie die Beschwerdeführerin – in den Märkten der "Oberklasse" und "Luxusklasse" tätig ist, deutet darauf hin, dass mit Sicherheit ab 10 % Preisdifferenz von einem Arbitragepotenzial auszugehen ist. Demnach ist festzuhalten, dass für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum ein beträchtliches Arbitragepotenzial existierte.

9.2.2.6.6 Für Neufahrzeuge der Marke MINI bestanden beim tiefsten Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF ebenso eindeutige Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Deutschland wie für die Marke BMW. Hingegen war ein Import beim Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF beim tiefsten Unterschied von 3 % bzw. CHF 800.- für Kunden in der Schweiz, wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, wenig attraktiv. Beim gleichen Wechselkurs betrug der Höchstwert allerdings 10 % bzw. in absoluten Zahlen CHF 3'700.-. Wie in der vorangehenden Erwägung dargelegt, ist ab diesem Wert anzunehmen, dass ein gewisser Anreiz für Importe vorhanden war. Dies gilt umso mehr, wenn man im relevanten Zeitraum auf den Durchschnittswechselkurs 1.25 EUR/CHF abstellt. Neufahrzeuge der Marke MINI unterschieden sich im Preis in der Schweiz um 12 - 18 % bzw. CHF

2'900.- bis CHF 6'900.- im Vergleich zu Deutschland. Auch daraus ist ersichtlich, dass im relevanten Zeitraum ein Anreiz für Parallelimporte existierte.

9.2.2.7 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht annahm, es habe insgesamt ein beträchtliches Arbitragepotenzial für Neufahrzeuge der Marke BMW und MINI im Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 bestanden.

Auswirkungen auf die relevanten Märkte

9.2.3

9.2.3.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Untersuchung der Auswirkungen des Exportverbots ein, die Vorinstanz stelle zu stark auf Kriterien des Intrabrand-Wettbewerbs ab. Selbst wenn dieser beschränkt würde, würden Vertikalabreden bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb in der Regel keine schädlichen Auswirkungen zeitigen. Eine Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs sei nur dann problematisch, wenn eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig sei bzw. auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb existiere.

9.2.3.2 Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 305 derselben werden die Auswirkungen auf die relevanten Märkte dargelegt. Dabei wird einleitend festgehalten, es sei nachgewiesen, dass die Existenz der Exportverbotsklausel nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht habe, Vertriebspartner der Beschwerdeführerin im EWR von Importen in die Schweiz abzuhalten und damit die disziplinierende Wirkung durch Direkt- und/oder Parallelimporte einzudämmen bzw. zu unterbinden. Dies belegten die in Rn. 167 der angefochtenen Verfügung genannten Belege, wie (i) das Schreiben vom 12. Oktober 2010 an einen Kunden betreffend die Ablehnung eines Exportes in die Schweiz mit der Begründung der fehlenden EWR Mitgliedschaft der Schweiz sowie die sich daraus ergebende Nichtanwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts (act. 2), (ii) die fehlende resp. ungenügende Bereitschaft der BMW AG, eine Mitteilung an die EWR Händler zu senden, (iii) die Vielzahl eingegangener Anzeigen von Endkunden innerhalb kurzer Zeit, (iv) die Aussage der Grosshändlerin [...], wonach BMW Händler in Deutschland nicht in die Schweiz lieferten; (v) die Umgehung der Exportverbotsklausel mittels Verkauf von jungen Gebrauchtfahrzeugen. Auch ein Vergleich mit den direkten Konkurrenten der Beschwerdeführerin, Audi und Mercedes, zeige, dass

Parallelimporte be- bzw. verhindert worden seien. So sei der Direktimportanteil bei Audi von 4.59 auf 7.70 % im Jahr 2010 und auf 10.62 % im Jahr 2011 angestiegen. Mercedes habe im Jahr 2010 einen Anstieg von Direktimporten von 1.58 auf 1.91 % und im Jahr 2011 auf 3.43 % verzeichnet. Im Gegensatz dazu habe sich der Anteil bei der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 lediglich von 0.91 auf 1.01 % und im Jahr 2011 auf 2.29 % erhöht. Dies obwohl im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich ein Direktimportanteil von 7.29 % bestanden habe. Schliesslich wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht nur auf den markeninternen Preiswettbewerb auswirke. Auch der Qualitätswettbewerb erfahre durch das Verbot eine Einschränkung, da es Schweizer Kunden nicht möglich sei, Fahrzeuge in Deutschland zu kaufen, die eine andere Ausstattung aufwiesen bzw. bei denen die Abwahl einer Ausstattung möglich sei.

9.2.3.3 Das Bundesverwaltungsgericht stellt mit Verweis auf seine Ausführungen unter E. 9.1 fest, dass die pauschale Auffassung, wonach eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch vertikale Abreden bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb von vornherein auszuschliessen ist, abzulehnen ist. Der Inter- und/oder Intrabrand-Wettbewerb mag zwar einen Faktor darstellen, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umstossen kann. Daraus kann allerdings nicht automatisch der Schluss gezogen werden, es liege überhaupt keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 11.3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 11.3.5). Die Beschwerdeführerin ist daher mit diesem Vorbringen nicht zu hören. Auf die übrigen Kriterien in der angefochtenen Verfügung bezüglich der Auswirkungen des Exportverbots auf die relevanten Märkte ist nachfolgend einzugehen.

9.2.3.4 Es ist vorliegend erwiesen, dass die Beschwerdeführerin schriftlich mit ihren Händlern ein Exportverbot aus dem EWR sowie ein Parallelimportverbot in die Schweiz vereinbart hat. Die Beschwerdeführerin bringt allerdings vor, damit keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf den relevanten Märkten bewirkt zu haben. Die Vorinstanz sieht es hingegen als erwiesen an, dass dies der Fall ist. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in E. 9.1 festgehalten hat, führen Vereinbarungen wie die vorliegenden, durch welche aktive und passive Verkäufe in ein Territorium unterbunden werden (sog. absolute Gebietsschutzklauseln), zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. Dies wird in casu umso

mehr untermauert durch die von der Vorinstanz zusätzlich genannten Belege. So haben mehrere Schweizer Kunden sowohl die Existenz als auch die Einhaltung dieser Klauseln bestätigt (vgl. Anhang XV der angefochtenen Verfügung). Auch die befragte Grosshändlerin [...] hat in ihrer Eingabe vor der Vorinstanz ausgeführt: "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." (act. 83 S. 1). Schliesslich hat sich die Beschwerdeführerin schriftlich gegenüber der Redaktion der Sendung "Kassensturz" zu ihrem Exportverbot wie folgt geäussert: "Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen. Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW und MINI Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben" (vgl. act. 2 S. 1). Damit hat die Beschwerdeführerin bestätigt, dass die Klauseln, welche das KG verletzen, nicht nur existieren, sondern auch umgesetzt werden. Nach dem Gesagten sind die in der angefochtenen Verfügung gezogenen Schlussfolgerungen zur Erheblichkeit der Abrede nicht zu beanstanden.

9.2.4

9.2.4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, Ziff. 1.5. des Händlervertrages habe sich nicht auf die relevanten Märkte ausgewirkt, da sie nicht kausal für die angebliche Behinderung von Parallelimporten gewesen sei. Alleine aus den eingegangenen Anzeigen lasse sich nicht auf einen solchen Zusammenhang schliessen. Insbesondere die hohe Anzahl an Direktimporten

belege, dass die Abrede keine Auswirkungen auf Importe gehabt habe. Das zeige sich umso mehr wenn man – wie von der Vorinstanz fälschlicherweise unterlassen – auch die Fahrzeuge berücksichtige, welche mit Tageszulassungen importiert worden seien. Allfällige Behinderungen bei Importen seien nicht auf die beanstandete Abrede, sondern auf andere Gründe wie logistische Hürden, staatliche Einfuhrbeschränkungen oder rechtliche Hemmnisse zurückzuführen.

9.2.4.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung, wo sie in Rn. 167 und 309 auf diesen Punkt eingegangen ist. Sie hielt dazu fest, der Kausalzusammenhang sei insbesondere aufgrund der eingegangenen Anzeigen erstellt. Zwar treffe es zu, dass der Direktimport von Neufahrzeugen aus Deutschland mit einem gewissen Aufwand verbunden sei. Allerdings belege die Direktimportstatistik von Auto-Schweiz, dass trotz dieser Hürden zahlreiche Fahrzeuge importiert würden. Daher seien Behinderungen von Direktimporten in die Schweiz auf die Wettbewerbsabrede zurückzuführen.

9.2.4.3 Die Beschwerdeführerin trägt vor, die hohe Anzahl von Direktimporten zeige, dass Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages nicht kausal für allfällige Wettbewerbsbeschränkungen gewesen sein könne. Damit macht sie zum einen implizit geltend, dass diese Klausel nicht gelebt worden sei. Andererseits führt sie die geringen Parallelimportzahlen von BMW und MINI auf die von ihr genannten Importhürden zurück. Auf diese Vorbringen ist nachfolgend näher einzugehen.

9.2.4.4 Einleitend ist festzuhalten, dass nach Art. 4 Abs. 1 KG als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen anzusehen sind, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (vgl. oben, E. 2.2.2). Der kartellrechtliche Begriff der Vereinbarung ist demnach breiter als der des zivilrechtlichen Vertrages. Das bedeutet umgekehrt, dass ein zivilrechtlicher Vertrag stets eine Vereinbarung im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. Ein solcher Vertrag wird durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien geschlossen, wobei dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann

(Art. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Liegt ein schriftlicher Vertrag zwischen zwei oder mehreren Parteien vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Vertragstext den Willen der Parteien widerspiegelt. Allerdings ist bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, welche von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wurde, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verschleiern (Willenstheorie; Art. 18 Abs. 1 OR). Wie die im Vertrag niedergelegte Willensäusserung zu verstehen ist, muss daher durch Auslegung ermittelt werden. Welchen Sinn sie hat, beurteilt sich nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung steht, sowie nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist (vgl. statt vieler BGE 101 II 325 E. 1). Kann der wirkliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 133 III 675 E. 3.3).

9.2.4.5 Wenn ein schriftlicher Vertrag besteht, von dem auf den ersten Blick scheint, dass die Parteien ihn seit Jahren unhinterfragt leben, ist zunächst davon auszugehen, dass er die Parteien auch nach ihrem Willen bindet. Bringen in einem Kartellsanktionsverfahren die Vertragsparteien vor, der betreffende Vertrag bzw. die angeblich problematische Abrede sei nicht gelebt worden, ist diesem Vorbringen nicht leichthin zu folgen. Damit eine Abrede als ausser Kraft gesetzt angesehen werden kann, müssen zum einen Beweise vorliegen, dass die Parteien sie tatsächlich nicht gelebt haben. Als starkes Indiz für eine Ausserkraftsetzung dient eine schriftliche Vertragsaufhebung oder -anpassung, wobei diese klar und unzweideutig gegenüber den Vertragspartnern zu erfolgen hat. Nicht ausreichend sind beispielsweise allgemeine Vertragsklauseln, welche den Vertrag an die gegebenen Verhältnisse anpassen. Auch tatsächliche Handlungen können darauf hindeuten, dass die Parteien einen Vertrag oder eine Klausel desselben nicht mehr gelebt haben. Auf Passivverkaufsverbote angewendet bedeutet das, dass Passivverkäufe trotz Vorliegens einer solchen Klausel in einem ähnlichen Umfang stattgefunden haben müssen wie bei den Wettbewerbern der Parteien, die sich in einer vergleichbaren Wettbewerbssituation ohne Bindung durch ein Passivverkaufsverbot befanden. Es genügt nicht, dass einzelne Vertragspartner die Klausel gelegentlich gebrochen haben, insbesondere wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Vertragsparteien grundsätzlich daran gehalten haben. Auf der anderen Seite dürfen keine Beweise vorliegen, welche auf die Einhaltung des Vertrages schliessen lassen. Es darf demnach nachweislich keine Behinderung von Passivverkäufen stattgefunden haben. Auch dürfen keine

Aussagen der Vertragsparteien vorliegen, welche auf die Einhaltung des Vertrages hindeuten. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob anhand dieser Faktoren gesagt werden kann, Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages sei nicht gelebt worden.

9.2.4.6 Gemäss Ziff. 1.5 des schriftlichen EWR Händlervertrages zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vertriebspartnern im EWR ist Händlern im EWR der Verkauf von Neufahrzeugen der Marke BMW und MINI in die Schweiz untersagt. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass der gesamte Händlervertrag nicht gelebt worden sei. Sie leitet allerdings aus den von ihr behaupteten Direktimporten ab, dass das in Ziff. 1.5 statuierte Passivverkaufsverbot nicht bestanden habe. Es kann offen bleiben, ob nebst den erstellten Direktimporten auch Käufe von Fahrzeugen mit Tageszulassungen zu berücksichtigen sind. Denn auch wenn Direktimporte ein Faktor sein können, welcher darauf hindeutet, dass eine Abrede nicht gelebt wurde, stellen sie nur ein Element von vielen dar, welches im Rahmen dieser Prüfung zu berücksichtigen ist. Sie führen daher nicht automatisch zur Annahme, dass Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages nicht mehr praktiziert wurde. Das gilt in casu umso mehr, als starke Beweise vorliegen, welche für die Einhaltung des Passivverkaufsverbots sprechen. So hat sich der Direktimportanteil bei der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 lediglich von 0.91 auf 1.01 % und im Jahr 2011 auf 2.29 % erhöht, während dieser bei Audi von 4.59 auf 7.70 % im Jahr 2010 und auf 10.62 % im Jahr 2011 und bei Mercedes im Jahr 2010 von 1.58 auf 1.91 % und im Jahr 2011 auf 3.43 % angestiegen ist. Ferner haben in den schriftlichen Anzeigen zahlreiche Personen bestätigt, dass die Weigerung von Händlern im EWR, Neufahrzeuge der Beschwerdeführerin an Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zu verkaufen, jeweils mit Verweis auf das Exportverbot erfolgt sei (vgl. bspw. act. 1, 15, 58, aber auch die nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen, so z.B. von [...] vom 24. Mai 2012, wo die deutsche BMW Verkaufsberaterin die Existenz des Exportverbotes bestätigt: "Leider ist es uns aufgrund unseres Händlervertrages nicht gestattet, in die Schweiz zu exportieren, es sei denn, das Auto würde auf eine deutsche Adresse zugelassen."). Darüber hinaus hat die Grosshändlerin [...] ausgeführt: "Les concessionnaires nous expliquant que le fabricant leur interdisait la vente sous mandat à l'export vers la Suisse." (act. 83 S. 1). Bereits diese Elemente lassen den Schluss zu, dass die Beschwerdeführerin das Exportverbot gegenüber ihren Händlern durchsetzte. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin selbst in ihrem Schreiben an den "Kassensturz" schriftlich bestätigt hat, Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages gelebt zu haben, indem sie

ausführte: "Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen. Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW und MINI Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben" (vgl. act. 2 S. 1). Die Vorbringen in den Anzeigen und der Eingabe [der Neumarkengrosshändlerin] belegen zusammen mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin gegenüber der Reaktion der Sendung "Kassensturz", dass das in Ziff. 1.5 des EWR Händlervertes statuierte Passivverkaufsverbot umgesetzt wurde.

9.2.4.7 Die vorgenannten Elemente belegen auch, dass entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht Importhürden der Grund für die tiefen Importzahlen von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI sind. Wie erwähnt haben nämlich die Direktimportzahlen von Fahrzeugen bei anderen Marken im untersuchungsrelevanten Zeitraum zugenommen, während sie sich bei Fahrzeugen der Marken BMW und MINI vergleichsweise nur gering erhöht haben. Auch [...], für die als Grosshändlerin die genannten Importhürden einfacher zu bewältigen sind als für einen Endkunden, hat bestätigt, dass ihr der Import von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI nicht gelungen sei, im Gegensatz zum Import von Fahrzeugen anderer Marken. Von den Konzessionären sei sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Beschwerdeführerin einen Export in die Schweiz nicht erlaube. Zudem zeigt die grosse Anzahl Anzeigen, dass zahlreiche Kunden bereit waren, trotz Importhürden einen Direktimport vorzunehmen. Damit ist die Behauptung, wonach die vergleichsweise tiefen Importzahlen für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI auf logistische Hürden, staatliche Einfuhrbeschränkungen oder rechtliche Hemmnisse zurückzuführen seien, zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ist daher mit ihren Rügen nicht zu hören.

9.3 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt aufgrund der obigen Ausführungen zum Ergebnis, dass die im Rahmen der quantitativen Analyse untersuchten Kriterien den Schluss untermauern, wonach das Exportverbot eine den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

10. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

10.

10.1 Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, 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.

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 13; WEBER/VOLZ, a.a.O., S. 143). Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

10.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift nicht geltend, dass die vorliegende Abrede sich aus Effizienzgründen rechtfertigen lasse. Auch die Vorinstanz ist in der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangt, dass wirtschaftliche Effizienzgründe in casu nicht vorliegen. Indirekt können allerdings die Ausführungen der Beschwerdeführerin in act. 2 als eine Art Effizienzrechtfertigung verstanden werden, insofern sie vorträgt, das Exportverbot diene der Stärkung der Position ihrer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Indes kann dieses Argument nicht als zulässiger Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG angesehen werden. Rechtfertigend wirken nur solche Gründe, welche 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. Dabei dürfen sie den Unternehmen keine Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung eröffnen. Während das

Exportverbot in casu sicherlich dazu führt, dass die Position der Vertriebspartner der Beschwerdeführerin gestärkt wird, kann nicht gesagt werden, diese Klausel sei notwendig, um den Vertrieb effizienter zu gestalten. Im Gegenteil führt die Gebietsabrede gerade zu einer Einschränkung der Bezugsmöglichkeiten von Produkten der Marke BMW und MINI und ist daher nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbar.

Zwischenfazit: Unzulässige Wettbewerbsabrede

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, das zwischen der Beschwerdeführerin und ihren EWR Vertriebspartnern vereinbarte Exportverbot stelle eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche sich nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lasse. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren entsprechenden Rügen nicht durchzudringen.

11. SANKTIONIERUNG

11.

Nach 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 von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Beteiligung an der Abrede erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

i. SANKTIONIERBARKEIT VON ERHEBLICHEN WETTBEWERBSABREDEN

11.1

11.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt einleitend vor, eine Sanktionierung sei nur möglich, wenn eine Abrede vorliege, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige. Gelingt es allerdings, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen, sei die Auferlegung einer Sanktion ausgeschlossen. Das ergebe sich aus dem Wortlaut von Art 49a KG, dem Willen des Gesetzgebers sowie der nach Ansicht der Beschwerdeführerin überwiegenden Lehre.

11.1.2 Die Vorinstanz wiederholt in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen dasselbe wie in Rn. 321 der angefochtenen Verfügung. So führt sie aus,

Art. 49a KG sehe das Aussprechen einer Sanktion bei Vorliegen einer unzulässigen Abrede vor und stelle somit nicht auf den Grad der Beschränkung des Wettbewerbs ab. Auch das Bundesgericht habe in BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" festgehalten, dass Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden vorsehe. Zudem entspreche dies auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, da die Revision 2003 insbesondere eine Verschärfung des Sanktionssystems zum Ziel gehabt habe. Schliesslich hätte der Gesetzgeber, wenn er nur den Wettbewerb beseitigende Abreden hätte sanktionieren wollen, dies auch für Fälle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vorsehen müssen. Aus all diesen Gründen sei die Sanktionierbarkeit von Abreden wie im vorliegenden Fall zu bejahen.

11.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang bereits mit der Auslegung von Art. 49a KG befasst (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 14.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 13.1). Es hat dabei festgehalten, dass nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG Unternehmen für eine Beteiligung an einer "unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" gebüsst werden. Der Wortlaut der Norm nennt demnach nur die Vermutungstatbestände, was auf den ersten Blick gegen eine Sanktionierung sprechen würde. Allerdings verlangt Art. 49a KG keine den Wettbewerb beseitigende Abrede, sondern spricht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch der Titel des 1. Abschnittes, unter dem Art. 5 KG geregelt wird, lautet "Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen". Sodann ist Art. 5 KG selbst mit "Unzulässige Wettbewerbsabreden" übertitelt. Art. 49a KG geht zwar vom Wortlaut her von der Sanktionierbarkeit unzulässiger Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aus. Das kann nach dem Ausgeführten allerdings auch so verstanden werden, dass Abreden erfasst werden, bei denen die Vermutung widerlegt werden kann, sofern es sich um eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne des Gesetzes handelt.

11.1.4 Die Literatur ist sich uneinig in der Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktionierbar ist. Der Teil der Lehre, der sich gegen die Sanktionierbarkeit ausspricht, argumentiert primär mit dem aus ihrer Sicht klaren Wortlaut von Art. 49a KG, der Botschaft KG 03, dem Legalitätsprinzip, dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a N. 8; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rn. 766; CHRISTOF RIEDO/MARCEL

ALEXANDER NIGGLI, in: BSK-KG, vor Art. 49a-53 N. 101 ff., alle m.w.H.). Auch wird auf die parlamentarischen Debatten verwiesen, aus denen sich weder ein Wille für die Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsabreden noch eine angestrebte Gleichsetzung des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht erkennen liesse (siehe ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 5 N. 11 m.w.H.). Der Teil der Lehre, der die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden bejaht, argumentiert mit der Wirksamkeit des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der "police économique" (ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 49a N. 10; siehe auch PETER REINERT, in: Baker-Kommentar, Art. 49a N. 8; beide m.w.H.). Da es beinahe unmöglich sei, eine Beseitigung sämtlichen Wettbewerbs nachzuweisen, könne die Vermutung praktisch immer umgestossen werden. Damit könnte kaum eine Abrede sanktioniert werden. Dies habe nicht dem Sinn der KG-Revision 2003 entsprochen (vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a N. 6 ff. m.w.H.). Auch wird argumentiert, wenn bei der Frage der Sanktionierbarkeit auf den Gegenstand der Abrede abgestellt werde, statt auf ihre Wirkung auf den Wettbewerb, werde die Rechtssicherheit erhöht (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.).

11.1.5 Weil der Bundesrat mit der Revision das direkte Sanktionssystem nicht auf Vertikalabreden ausdehnen wollte, ist das Heranziehen der Botschaft KG 03 zu dieser Frage nicht zielführend. Erst im Parlament wurden die entsprechenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Daher ist unter Rückgriff auf die Debatten in den Räten zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden ein direktes Sanktionssystem einführen wollte. Wie aus den Voten hervorgeht, sprach sich die Mehrheit der Parlamentarier für die Einführung direkter Sanktionen auch bei Vertikalabreden aus. Der Gedanke dahinter war, dass die Marktabstottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bühler, NR 2002 S. 1293; R. Büttiker, SR 2003 S. 330). Die Minderheit wollte eine Formulierung für Art. 5 Abs. 4 KG finden, welche nicht zur Sanktionierbarkeit von sich positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vertikalabreden wie Service-, Ersatzteil- oder Garantieverträgen führen würde. Auch sollte verhindert werden, dass Selektivvertriebsverträge erfasst würden (vgl. Antrag Minderheit Spuhler und Antrag Triponez zu Art. 5 Abs. 4 KG, NR 2002 S. 1434). Aus diesem Grund wurde der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG auf Preis- und Gebietsabreden beschränkt (H. Raggenbass, NR 2002 S. 1436; siehe auch H. Fässler, welche die Einfüh-

rung von Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt erklärte: "Die Weko hat in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt, was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden. Deshalb hat die Mehrheit der Kommission diesem Zusatz [Art. 5 Abs. 4 KG] zugestimmt."). Mit der Revision sollte ein Kartellgesetz geschaffen werden, welches der Vorinstanz die Möglichkeit geben würde, den Wettbewerb schädigende Gebiets- und Preisabreden direkt zu sanktionieren. Dass damit auch Abreden betroffen sind, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, die den Wettbewerb aber erheblich beeinträchtigen, zeigt sich auch aus der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Da diese Bestimmungen selbst keine Rechtsfolge vorsehen, ergibt sich die Unzulässigkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG. Auch ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach durch das Abstellen auf die Wirkung einer Abrede bei der Frage der Sanktionierbarkeit Rechtsunsicherheit entstehen würde (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.). Diesfalls müssten nämlich Unternehmen ihre Abreden auf allfällige von ihnen ausgehende Wirkungen überprüfen, während beim Abstellen auf den Gegenstand der Abrede jedem Unternehmen beim Abschluss klar ist, mit welchen Rechtsfolgen es zu rechnen hat. All das spricht für eine Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden. Indirekt wird diese Auslegung auch durch BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" gestützt, wo sich die Frage stellte, ob ein Unternehmen ein Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG hat. Die Vorinstanz war im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss gekommen, die gemeldete Abrede stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG dar. In E. 3 wird festgestellt, der angefochtene Entscheid verletze kein Bundesrecht, aber "die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen [seien] wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich". Das Bundesgericht gelangte sodann zum Schluss: "Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten" (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.1 in fine). Das deutet darauf hin, dass auch das Bundesgericht von der Sanktionierbarkeit von Abreden ausgeht, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

11.1.6 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind daher zurückzuweisen.

ii. SANKTIONSBEMESSUNG

11.2

11.2.1 Die Beschwerdeführerin führt ferner aus, die Bemessung der Sanktion an sich sei fehlerhaft. Vorliegend hätte zur Bestimmung des maximalen Basisbetrages auf den Umsatz auf den relevanten Märkten abgestellt werden müssen. Dabei seien diejenigen Marktsegmente unberücksichtigt zu lassen, auf denen die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer geringen Marktanteile keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirken könne, also die Märkte "Kleinwagen", "Untere Mittelklasse", "Obere Mittelklasse" und "Luxusklasse". Folglich belaufe sich der maximale Basisbetrag gestützt auf die Umsätze in den letzten drei Jahren im Markt "Oberklasse" auf CHF [...]. Zum konkreten Basisbetrag macht die Beschwerdeführerin geltend, dieser müsse in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf 1 % des maximalen Betrages festgesetzt werden. Denn zum einen handle es sich aufgrund der tiefen Anzahl eingegangener Anzeigen um einen geringfügigen Verstoss. Auch die Vorinstanz habe in ihren Erläuterungen zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Erläuterungen SVKG, abrufbar unter www.weko.admin.ch; zuletzt besucht am 19. November 2015) anerkannt, dass Vertikalabreden weniger schwer wiegen würden und dementsprechend weniger hoch zu sanktionieren seien. Schliesslich sei bei vorhandenem Interbrand-Wettbewerb ein nachhaltiger volkswirtschaftlicher Schaden durch eine Abrede nach ökonomischer These ausgeschlossen.

11.2.2 Die Vorinstanz trägt vor, die Argumente der Beschwerdeführer würden denjenigen in der Stellungnahme vom 13. Januar 2012 entsprechen. Sie verweist daher auf ihre Ausführungen in Rn. 348 ff. der angefochtenen Verfügung. An dieser Stelle hat die Vorinstanz einleitend ausgeführt, der Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin mit Neufahrzeugen der Marke BMW und MINI haben in der Schweiz im Zeitraum 2008 bis 2010 CHF [...] betragen. In diesem Betrag seien After-Sales- und sonstige in der Schweiz erzielten Umsätze nicht enthalten. Die genaue Festsetzung des Maximalbetrags erübrige sich in casu, da die auszufällende Sanktion ohnehin tiefer als 10 % des in den letzten drei Jahren erzielten Umsatzes auf den relevanten Märkten und damit auch tiefer als die Maximalsanktion zu stehen

komme. Die Vorinstanz hielt demnach fest, dass sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a KG vorliegend auf mindestens CHF [...] belaufe. Weil auf allen relevanten Märkten eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung habe festgestellt werden können, sei nicht – wie das die Beschwerdeführerin verlange – eine Segmentierung nach Märkten vorzunehmen. In einem weiteren Schritt wurde gestützt auf Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) die Obergrenze des Basisbetrags auf CHF [...] festgelegt. In Rn. 359 ff. der angefochtenen Verfügung wurde ferner die konkrete Sanktionsberechnung vorgenommen. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund folgender Punkte als mittelschwerer Gesetzesverstoss einzustufen sei: Erstens habe eine erhebliche Beeinträchtigung auf allen relevanten Märkten stattgefunden, wobei in Erwägung zu ziehen sei, dass das Ausmass der quantitativen Auswirkungen in gewissen Märkten aufgrund der Marktanteile kleiner gewesen sei als auf anderen. Zweitens habe die Exportverbotsklausel sämtliche BMW und MINI Händler im EWR umfasst und somit die Ausweichmöglichkeit von Schweizer Käufern beschränkt. Drittens hätten im Vergleich zu anderen Marken Direkt- und Parallelimporte nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden. Viertens habe ein beträchtliches Arbitragepotenzial vorgelegen, welches nicht habe ausgeschöpft werden können. Und schliesslich sei sich die Beschwerdeführerin spätestens seit dem 24. November 2005 bewusst gewesen, dass das Exportverbot rechtswidrig sei. Trotzdem habe sie keine Vorkehrungen getroffen, ihr Verhalten anzupassen. Aufgrund dieser Überlegungen sei der Basisbetrag der Sanktion auf [4-7] % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes bzw. auf CHF [...] festzusetzen. Ein Zuschlag für die Dauer der Abrede sei nicht zu erheben, da sich das Exportverbot insbesondere seit dem beträchtlichen Arbitragepotenzial ab Oktober 2010 erheblich auf den relevanten Märkten ausgewirkt habe.

11.2.3 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt hat, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. 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. Bei der Festsetzung der Sanktion ist zudem das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 SVKG). Der maximale Basisbetrag der Sanktion beträgt

gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erwirtschaftet wurde. Bei der Festsetzung des konkreten Basisbetrages sind die Schwere und die Art des Verstosses zu berücksichtigen. Dieser Betrag kann aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses und bei Vorliegen von erschwerenden oder mildernden Umständen erhöht bzw. reduziert werden (Art. 3 - 6 SVKG).

11.2.4 Vorliegend hat die Vorinstanz darauf verzichtet, den genauen Betrag im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG festzulegen, da sie zum Schluss gelangte, dass die Sanktion tiefer als die Maximalsanktion zu stehen komme. Dies ist aus prozessökonomischen Gründen zulässig, insbesondere da Art. 49a Abs. 1 KG nicht zwingend die Berechnung der Maximalsanktion vorschreibt, sondern sich darauf beschränkt, die absolute Obergrenze für eine Sanktion festzulegen. Der in Art. 49a Abs. 1 KG statuierte Grundsatz wird durch die in der SVKG genannten Bemessungskriterien konkretisiert. Demnach hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist vom Basisbetrag, der sich je nach Schwere und Art des Verstosses auf höchstens 10 % des Umsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz beläuft (Art. 3 SVKG). Diesen maximalen Basisbetrag hat die Vorinstanz in Rn. 363 der angefochtenen Verfügung richtigerweise auf CHF [...] berechnet. Denn wie sich aus act. 126 S. 2 f. ergibt, hat die Beschwerdeführerin auf den relevanten Märkten in den Jahren 2008, 2009 und 2010 einen Umsatz von CHF [...] erzielt. Das Vorgehen entspricht dem klaren Wortlaut der Norm und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und ist nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 14.4.3). Insofern kann dem Argument der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wonach einzelne Marktsegmente, auf denen sie über tiefere Marktanteile verfügt, unberücksichtigt zu lassen seien. Denn zum einen steht es im Widerspruch zum Wortlaut der Norm. Zum anderen handelt es sich beim von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Argument um einen Punkt, welcher in der konkreten Sanktionsbemessung allenfalls berücksichtigt werden kann, nicht jedoch bei der Festlegung des maximalen Basisbetrages i.S.v. Art. 3 SVKG.

11.2.5 In einem weiteren Schritt ist zu ermitteln, um welche Art von Verstoss es sich in casu handelt. Die Vorinstanz hat dazu festgehalten:

(i) es habe eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf allen relevanten Märkten stattgefunden; (ii) die Exportverbotsklausel habe sämtliche BMW und MINI Händler im EWR umfasst; (iii) im Vergleich zu anderen Marken hätten Direkt- und Parallelimporte nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden; (iv) es habe ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestanden; (v) die Beschwerdeführerin habe trotz des Wissens um die Rechtswidrigkeit des Exportverbots keine Vorkehrungen getroffen, ihr Verhalten anzupassen. Die Vorinstanz legte daher den Basisbetrag der Sanktion auf [4-7] % bzw. CHF [...] fest. Die Beschwerdeführerin plädiert hingegen für einen Basisbetrag in Höhe von 1 % des maximalen Sanktionsbetrages. Dies aufgrund (i) der geringen Anzahl eingegangener Anzeigen, (ii) des in der Lehre anerkannten Grundsatzes, wonach Vertikalabreden weniger schwer wiegen würden, und (iii) des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs.

11.2.6 Wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, zeigen der relativ weit gefasste Sanktionsrahmen und die allgemein gehaltenen Bemessungskriterien, dass der Gesetzgeber der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen wollte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 13.3.4; s. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 8.3.4; Botschaft KG 03, BBl 2002 2033). In casu hat die Vorinstanz bei ihrer Berechnung auf verschiedene Faktoren abgestellt. Dabei hat sie sowohl subjektive Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin als auch objektive Tatsachen berücksichtigt. In subjektiver Hinsicht hat sie richtigerweise der Tatsache Rechnung getragen, dass die Beschwerdeführerin nichts unternahm, um den rechtswidrigen Zustand zu beenden, obwohl ihr dieser bekannt war. In objektiver Hinsicht ist festzustellen, dass die Exportverbotsklausel Direkt- und Parallelimporte behinderte bzw. erschwerte, was einen nicht unerheblichen Wettbewerbsverstoss darstellt. Zudem betraf die Abrede alle relevanten Märkte und sämtliche BMW und MINI Händler im EWR. Das zeigte sich auch dahingehend, dass trotz beträchtlichem Arbitragepotenzial Direkt- und Parallelimporte verglichen mit anderen Fahrzeugherstellern nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden haben. Die Vorinstanz hat daher den Basisbetrag zu Recht auf [4-7] % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes bzw. auf CHF [...] festgelegt. Ein anderes Ergebnis lässt sich auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Punkten – namentlich die Anzahl Anzeigen, die Natur der Abrede und dem vorhandenen Interbrand-Wettbewerb – nicht ableiten.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist nämlich die Anzahl eingegangener Anzeigen in der Tat als erheblich anzusehen. Das zeigt bereits ein Vergleich mit anderen Verfahren vor der Vorinstanz, wo regelmässig eine einzige Anzeige einging, die oftmals von einem Marktteilnehmer eingereicht wurde (vgl. z.B. Rotkreuz-Notrufsystem, RPW 2013/1 S. 65; Verfügung vom 28. November 2011 in Sachen Nikon, noch nicht publiziert; Gaba, RPW 2010/1, S. 65; SIX, RPW 2011/1, S. 96 ff.). Dies im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren, wo 16 Privatpersonen mit Wohnsitz in der Schweiz sich direkt bei der Vorinstanz gemeldet und mitunter umfangreiche Dokumentationen eingereicht haben. Des Weiteren kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie mit Verweis auf die Erläuterungen der Vorinstanz zum SVKG vorträgt, Vertikalabreden würden weniger schwer wiegen als andere Abreden. Die Beschwerdeführerin verkennt hier die in den Erläuterungen gemachte Aussage. Auf S. 3 wird nämlich – wie auch von der Beschwerdeführerin zitiert – festgehalten: "eine horizontale Wettbewerbsabrede, welche gleichzeitig die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet) einschränkt, [ist] in der Regel schwerer zu gewichten als eine reine Gebietsabrede." Aus diesem Satz lässt sich nicht ableiten, dass die Vorinstanz Vertikalabreden als geringe Kartellverstösse beurteilt. Im Gegenteil wird hier nur ausgesagt, dass Horizontalabreden, welche die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter betreffen, schwerer zu gewichten seien als Horizontalabreden, die einen der wichtigsten Parameter betreffen. Der Satz bezieht sich also nicht auf Vertikalabreden und sagt insbesondere nichts darüber aus, wie eine Vertikalabrede zu werten ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind Vertikalabreden, welche Gebiete zuweisen oder Preise fixieren, nicht als volkswirtschaftlich unbedenklich anzusehen. Das zeigt bereits die Tatsache, dass bei ihrem Vorliegen die Vermutung greift, wonach sie den wirkamen Wettbewerb beseitigen. Vertikale Gebietsabreden, welche Passivverkäufe unterbinden, gehören zu den schädlichsten Kartellvereinbarungen und sind nicht per se als geringfügige Kartellverstösse zu werten (vgl. auch oben, E. 9.1). Schliesslich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie entgegen der herrschenden Praxis und Lehre behauptet, im Rahmen der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sei der Interbrand-Wettbewerb zu prüfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 14.4.3; vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a N. 51 ff.; ROTH/BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 49a N. 28 ff.; MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 189; REINERT, in: Baker-Kommentar, Art.49a N. 41 ff.; BORER, a.a.O., Art. 49a N. 16, von denen keiner sich für die Berücksichtigung des Inter- oder In-

trabrand-Wettbewerbs bei der Beurteilung der Schwere eines Wettbewerbsverstosses ausspricht.). Denn zum einen nennt sie weder ökonomische Thesen, welche diese Feststellung untermauern würden, noch die Rechtsprechung, auf welche sie sich bezieht. Auch der als "herrschende Lehre" zitierte Aufsatz hält lediglich abstrakt fest, dass das Gefährdungspotenzial von harten Horizontalabreden im Vergleich zu harten Vertikalabreden kleiner sein "dürfte" (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: sic! 2003/1, S. 12), und dient somit nicht als Beleg dafür, dass in der Lehre allgemein angenommen wird, harte Vertikalabreden stellten geringfügige Wettbewerbsverstösse dar. Zum anderen ist der Interbrand-Wettbewerb, wie ausgeführt, insbesondere bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen (vgl. oben E. 8; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gaba" E. 14.4.3).

11.2.7 Nach dem bisher Gesagten ist die Sanktionsbemessung der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren nicht zu beanstanden. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sie auch unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit korrekt erfolgt ist.

iii. RÜGE DER UNVERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT DER SANKTION

11.3

11.3.1 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, der ausgesprochenen Sanktion fehle es an der Erforderlichkeit. Es sei in der Lehre anerkannt, dass eine Sanktion ihre präventive Wirkung bereits erfülle, wenn die erwartete Sanktion höher ausfalle als der Netto-Nutzen aus einem Kartellverstoss. Darüber hinaus bestehe zwischen den verfolgten öffentlichen Interessen und dem Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin keine angemessene Zweck-Mittel-Relation. Weil Sanktionen in erster Linie für Wettbewerbsbehinderungen mit grossem wirtschaftlichem Schaden vorgesehen seien, und die Vorinstanz einen solchen nicht dargelegt habe, sei eine Sanktion in casu ausgeschlossen.

11.3.2 Die Vorinstanz führt aus, dass die Rügen der Beschwerdeführerin deckungsgleich seien mit denjenigen im vorinstanzlichen Verfahren. Sie verweist daher auf ihre Erläuterungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 370 derselben wird festgehalten, die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sei ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 SVKG vorgesehen. Daher seien auch die in Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG sowie in Art. 3 bis 7 SVKG vorgesehenen Bemessungskriterien Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Das zeige sich durch das Abstellen auf den Umsatz

auf den relevanten Märkten und auf die Art und Schwere des Verstosses, durch die Berücksichtigung der Dauer sowie von erschwerenden und mildernden Umständen und die Festlegung der maximalen Sanktion bei der Sanktionsberechnung. Zweck des Kartellrechts sei es nicht, mittels Sanktion ein Unternehmen in den Konkurs zu bringen. Diesbezüglich mache die Beschwerdeführerin jedoch keine Angaben und es würden auch aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen keine Anhaltspunkte bestehen, wonach die Sanktion sie in finanzielle Nöte bringen könnte. Nach der ratio legis sollten die direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. In casu bestimme sich die Sanktionsberechnung nach den in der Sanktionsverordnung vorgegebenen Leitlinien, trage den Umständen des Einzelfalles Rechnung, nehme gebührend Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und stelle insgesamt sicher, dass die Sanktionsbemessung im Einzelfall nachvollziehbar sei. Demnach sei die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sichergestellt und würden Wettbewerbsverstösse präventiv verhindert, womit der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne Genüge getan sei.

11.3.3 Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist Verfassungsrecht (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. zur Einschränkung von Grundrechten Art. 36 Abs. 3 BV). Er wird zudem ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 SVKG statuiert. Darüber hinaus findet sich dieser Gedanke in den weiteren Bestimmungen zur Sanktionsbemessung. Der Gesetzgeber setzt einen klaren Rahmen voraus, innerhalb welchem die Bemessung zu erfolgen hat. Innerhalb dieses Rahmens sind bei der konkreten Berechnung je nach Einzelfall verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Zu beachten sind die Dauer des Wettbewerbsverstosses und allfällige mildernde oder erschwerende Umstände. Diese Vorschriften sind Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Darüber hinaus hat die Vorinstanz im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung nebst den genannten Faktoren auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit selbständig zu beachten. Insofern hat sie zu prüfen, ob die auszusprechende Sanktion geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, ob die Sanktion erforderlich ist (also nicht über das Notwendige hinausgeht), und schliesslich ob sie zumutbar ist, d.h. ob der Zweck und die Wirkung der staatlichen Massnahme in einem angemessenen Verhältnis stehen.

11.3.4 Die Beschwerdeführerin wendet insbesondere ein, es fehle am Merkmal der Erforderlichkeit, weil die Sanktion weit über das hinausgehe, was zur Abschöpfung der Kartellrente notwendig sei. Darüber hinaus sei

die Sanktion unangemessen, da hohe Beträge in erster Linie für Wettbewerbsbehinderungen mit grossem wirtschaftlichem Schaden vorgesehen seien, und nicht für Vertikalabreden. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Beschwerdeführerin sich auf die Behauptung beschränkt, die Sanktion falle deutlich höher als die Kartellrente aus, ohne dass sie dazu Zahlen vorbringt. Insbesondere reicht die Beschwerdeführerin keine Angaben ein, wie hoch oder tief ihres Erachtens die Kartellrente ausgefallen ist und warum die vorliegende Sanktion diese angeblich um einiges übersteigt. Dies dürfte, wie in Rn. 368 der angefochtenen Verfügung festgehalten, kaum exakt geschätzt werden können. Ausserdem kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, eine Kartellsanktion habe unter dem Aspekt der Erforderlichkeit nur die Kartellrente abzuschöpfen. Hält man sich das Ziel der direkten Sanktionen vor Augen, namentlich die Erhöhung der Präventivwirkung des Wettbewerbsrechts, so muss eine Sanktion im konkreten Fall mindestens diese Rente abschöpfen. Zum Argument der fehlenden Angemessenheit der Sanktion ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin absolute Gebietsschutzabreden nicht als harmlos einzustufen sind. Im Gegenteil statuiert das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Insofern kann nicht pauschal gesagt werden, dass diese Art von Abreden grundsätzlich mit einer tiefen Sanktion zu belegen wären. Diese Auslegung würde auch dem Gedanken der Sanktionsbemessung diametral entgegenstehen, würde sie doch keine an den Einzelfall angepasste Festsetzung der Sanktion erlauben. Auch aus dem von der Beschwerdeführerin zitierten Votum von NR Fässler kann nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber die Sanktionierung von Gebietsabreden möglichst tief ansetzen wollte. Im Gegenteil spricht NR Fässler im Zusammenhang mit Gebietsaufteilungen von "Fällen, die grosse Schwierigkeiten machen und die man untersuchen muss, weil hier wirklich kartellgesetzwidrige Dinge vorliegen könnten." (Votum NR H. Fässler, AB 2002 N 1440). Ausserdem ist das von der Beschwerdeführerin genannte Zitat unvollständig. Liest man die vollständigen Ausführungen, lässt sich daraus kein Wille ableiten, Sanktionen für Gebietsabreden tief zu bemessen. Die Nationalrätin führt nämlich an entsprechender Stelle aus: "Aufgrund unserer Hearings ist es klar, dass Sanktionen drakonisch sein müssen. Sie müssen abschreckend wirken. Es geht hier nicht um die Vernichtung von Unternehmen, die sich nichts zuschulden kommen liessen, sondern es geht um harte Sanktionen von Wettbewerbsbehinderungen mit grossem volkswirtschaftlichen Schaden. Das ist hier klar zu sagen. Diese Sanktionen sollen vor allem präventiv wirken." (Votum NR Fässler, AB 2002 N 1452). Dass Gebietsabreden in der Tat als schwerwiegende Kartellabreden einzustufen

sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits verschiedentlich im vorliegenden Urteil festgehalten (vgl. statt vieler E. 9.1). Schliesslich deuten auch die auf der Website der Beschwerdeführerin publizierten Umsatzzahlen nicht darauf hin, dass die Sanktion unverhältnismässig hoch ausgefallen ist (abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/bmwgroup_prod/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/finanzberichte/ueberblick.shtml; zuletzt besucht am 19. November 2015).

11.3.5 Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist die Sanktionsbemessung auch unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit korrekt erfolgt.

IV. RÜGE DER MISSACHTUNG MILDERNDER UMSTÄNDE

11.4

11.4.1 Zur Sanktionsbemessung macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, es gehe nicht an, ihre Kooperation im vorinstanzlichen Verfahren zu ignorieren. Insbesondere könne durch das Fehlen einer Selbstanzeige nicht auf mangelhafte Mitarbeit der Beschwerdeführerin geschlossen werden. Das ergebe sich bereits aus dem Grundsatz, wonach sich niemand selbst belasten müsse, vor allem wenn er nichts Unrechtes getan habe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin vor Erlass der Verfügung gegenüber den EWR Vertragshändlern eine Klarstellung versandt habe, wonach die Schweiz insbesondere mit Blick auf Ziffer 1.5 ausdrücklich als Teil des EWR zu betrachten sei. Bereits in Sachen "Publigroupe" habe die Vorinstanz entschieden, dass die Kooperationsbereitschaft eines Unternehmens auch zu berücksichtigen sei, wenn sie kurz vor Abschluss des Verfahrens erfolge. Aufgrund dieser Tatsachen sowie den fortlaufenden Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin sei der Basisbetrag um 50 % bzw. CHF [...] zu kürzen. Die Gesamtsanktion dürfe demnach den Betrag von CHF [...] nicht übersteigen.

11.4.2 Die Vorinstanz führt aus, die Rügen der Beschwerdeführerin seien deckungsgleich mit denjenigen im vorinstanzlichen Verfahren. Sie verweist daher auf ihre Erläuterungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 381 derselben wird festgehalten, die Beschwerdeführerin habe weder eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht noch ihre Verhaltensweise nach Eröffnung der Untersuchung aufgegeben. Die erst kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler habe die Gebietsabrede nicht zu beenden vermögen. Ferner habe keine über die allgemeine

Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG hinausgehende Kooperation der Beschwerdeführerin während des Verfahrens festgestellt werden können. Auch sei keine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft abgeschlossen worden. Die Kooperation der Beschwerdeführerin während des Verfahrens sei insgesamt als neutral zu bezeichnen und habe im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten gelegen. Zu den behaupteten Compliance-Bemühungen wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe trotz Kenntnis der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit Exportverbotsklauseln die Verträge im EWR nicht angepasst. Das zeuge nicht von ausreichenden Bemühungen, sich an das Schweizer Recht zu halten. Ausserdem sei die Überprüfung der EWR Händlerverträge durch die Europäische Kommission im Rahmen einer durch den Europäischen BMW Händlerverband eingeleiteten Untersuchung erfolgt und sei nicht auf Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin zurückzuführen. Da ansonsten weder mildernde noch erschwerende Umstände vorliegen würden, sei keine weitere Anpassung des Sanktionsbetrags vorzunehmen.

11.4.3 Die Beschwerdeführerin macht in casu zwei mildernde Umstände geltend, die zu berücksichtigen seien: zum einen ihre Kooperationsbereitschaft und zum anderen ihre Compliance-Bemühungen. Die Kooperationsbereitschaft leitet sie insbesondere daraus ab, dass sie (i) vor Erlass der angefochtenen Verfügung eine Klarstellung an die Händler im EWR versandt habe, und (ii) stets auf erstes Verlangen der Vorinstanz an der Untersuchung mitgewirkt habe. Ausserdem hält sie fest, dass aus einer fehlenden Selbstanzeige keine mangelnde Kooperationsbereitschaft ihrerseits abgeleitet werden könne, da keine Pflicht zur Selbstbelastung bestehe. Zu letzterem Argument ist festzuhalten, dass das Prinzip der Selbstanzeige im Kartellgesetz eine Besonderheit darstellt. Diese Bonusmeldung soll den an einem Kartell beteiligten Unternehmen Anreize verschaffen, durch Selbstanzeige und Kooperation das Kartell aufzudecken (BBI 2002 2028). Insofern kann zwar nicht aus dem Fehlen einer Selbstanzeige auf einen schwereren Verstoß geschlossen werden. E contrario ist aber eine solche Anzeige mildernd zu berücksichtigen (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG). Liegt demnach keine Selbstanzeige vor, kann die Beschwerdeführerin aus Art. 49a Abs. 2 KG nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Vorinstanz hat demnach in ihrer Sanktionsbemessung das Fehlen einer Anzeige zu Recht weder mildernd noch erschwerend berücksichtigt.

11.4.4 Als nächstes ist das Argument, wonach die Klarstellung der Beschwerdeführerin gegenüber ihren EWR Händlern mildernd zu beachten

sei, zu untersuchen. Diese Mitteilung erfolgte am 20. April 2012 an die deutschen BMW und MINI Händler sowie an die Vertriebstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern (act. 186) und lautet wie folgt:

"[...]"

Zu dieser Mitteilung ist festzuhalten, dass daraus nicht hervorgeht, ob das Exportverbot aufgehoben wurde. Vielmehr wird darin nur statuiert, [...]. Ob das auch zur Folge hat, dass Händler im EWR in die Schweiz ausdrücklich verkaufen dürfen, wird nicht klar. Insofern unterscheidet sich diese Mitteilung klar von einer einvernehmlichen Regelung, wie sie in "Publigroupe" abgeschlossen wurde. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Versands dieses Schreibens bereits wusste, dass die Vorinstanz das Exportverbot als problematisch ansah, hätte sei unmissverständlich ihren Händlern im gesamten EWR mitteilen müssen, dass ein Export von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI aus dem EWR in die Schweiz jederzeit möglich sei und unter keinen Umständen behindert werden dürfe. Von einem Unternehmen wie der Beschwerdeführerin, welche gemäss eigenen Angaben umfangreiche Compliance-Bemühungen angestellt hat, darf der Versand einer so ausdrücklichen Mitteilung erwartet werden. Ferner deutet auch das übrige Verhalten der Beschwerdeführerin nicht auf eine übermässige Kooperationsbereitschaft hin. Zwar trifft es zu, dass sie auf Verlangen der Vorinstanz an der Untersuchung mitgewirkt hat. Allerdings ist dieses Verhalten nicht besonders in der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Denn die Beschwerdeführerin trifft nicht nur aufgrund von Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht. Auch das Kartellgesetz statuiert in Art. 40, dass Beteiligte an Wettbewerbsabreden alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben. Wenn die Beschwerdeführerin vorträgt, sie habe auf Verlangen der Vorinstanz jeweils die geforderten Unterlagen eingereicht, macht sie nichts anderes geltend, als dass sie ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Kooperationspflicht nachgekommen ist. Ein solches Verhalten ist, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, nicht mildernd anzuerkennen.

11.4.5 Schliesslich ist auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Sanktion aufgrund ihrer fortlaufenden Compliance-Bemühungen zu reduzieren sei. Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, ihre behaupteten Compliance-Bemühungen zu belegen, sondern sich darauf beschränkt, diese Behauptung aufzustellen. Grundsätzlich werden Argumente, welche sich nur durch Unterlagen der Beschwerdeführerin selbst beweisen lassen und zu deren Nachweis keine Dokumente durch die Beschwerdeführerin

eingereicht werden, vom Bundesverwaltungsgericht als unbelegt zurückgewiesen (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 "Gebro" E. 8.2.4 ff.). Allerdings geht im vorliegenden Fall aus Rn. 381 ff. der angefochtenen Verfügung hervor, dass die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. An dieser Stelle findet sich eine etwas ausführlichere Begründung. So hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, ihre umfassenden Compliance Bemühungen zeigten sich aufgrund von zwei Tatsachen: zum einen sei der EWR Händlervertrag von der Europäischen Kommission zwischen 2003 und 2005 eingehend geprüft und hinsichtlich der genannten Ziffer 1.5 nicht beanstandet worden. Zum anderen seien die Schweizer Händlerverträge der Vorinstanz gemeldet und als zulässig qualifiziert worden. Hierzu ist festzuhalten, dass es für das Bundesverwaltungsgericht unerheblich ist, ob die Europäische Kommission die EWR Händlerverträge auf ihre Kompatibilität mit Europäischem Recht überprüft hat. Massgebend ist für das Gericht, ob die Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit ihrer EWR Händlerverträge hinsichtlich des Schweizer Rechts hat abklären lassen. Das kann nicht daraus abgeleitet werden, dass die Europäische Kommission die Verträge untersucht hat. Sodann hat die Beschwerdeführerin auch der Europäischen Kommission die EWR Händlerverträge nicht aus Compliance-Überlegungen vorgelegt, sondern weil gegen sie eine Anzeige einging und sie im darauffolgenden Verfahren verpflichtet war, diese einzureichen (vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-302_de.pdf; zuletzt besucht am 19. November 2015). Schliesslich kann auch in der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Schweizer Händlerverträge der Vorinstanz vorgelegt hat, kein Sanktionsmilderungsgrund erblickt werden. Denn zum einen geht es vorliegend um die Frage, ob ihre Compliance-Bemühungen hinsichtlich der Beurteilung des Exportverbotes im EWR Vertrag zu berücksichtigen sind. An dieser Beurteilung ändert es nichts, dass die Beschwerdeführerin andere Verträge, also die Schweizer Händlerverträge, der Vorinstanz eingereicht hat. Zum anderen kann das Einreichen der Schweizer Verträge gestützt auf die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 sowie Ziff. 18 Abs. 2 der KFZ-Bekanntmachung nicht als fortlaufende Compliance-Bemühungen angesehen werden, welche zu einer Sanktionsminderung führen.

11.4.6 Demnach ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass in casu keine mildernden oder erschwerenden Umstände vorliegen. Da die Beschwerdeführerin insgesamt mit ihren Vorbringen zur Sanktionsbemessung nicht durchzudringen vermag, sind ihre diesbezüglichen Rügen zurückzuweisen.

12. FAZIT: ABWEISUNG DER BESCHWERDE

12.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG eine Sanktion in Höhe von CHF 156'868'150.- auferlegt hat für eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 ist demnach abzuweisen.

13. KOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG

13.

13.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen auferlegt. Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr (also den Kosten für das Kopieren von Rechtsschriften und dem für Dienstleistungen normalerweise anfallenden Verwaltungsaufwand) und den Auslagen (insbesondere den Kosten für Übersetzungen und für die Beweiserhebung; vgl. Art. 1 VGKE).

13.2 Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 22. Juni 2012 unterlegen. Sie hat demnach die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG sowie Art. 1 Abs. 1 VGKE). Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 156'868'150.- sowie vorinstanzliche Verfahrenskosten in Höhe von CHF 205'881.60 zu Lasten der Beschwerdeführerin) sind die Verfahrenskosten streitwertabhängig auf CHF 50'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Nach Rechtskraft des Urteils ist der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Unter diesen Umständen wird auf das Zusprechen einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 wird abgewiesen.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0408; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech

Laura Melusine Baudenbacher

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 2. Dezember 2015