

WEKO badezimmer-verfuegung-vom-29062015 vom 29. Juni 2015

WEKO, 2015-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_badezimmer-verfuegung-vom-29062015

FR: WEKO badezimmer-verfuegung-vom-29062015 du 29 juin 2015

IT: WEKO badezimmer-verfuegung-vom-29062015 del 29 giugno 2015

Erwägungen

E. 4

IN 114. 1623 BGE 129 II 18, 23 E. 4; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 22. November 1994, BBl. 1995 I 546 f. 1624 RPW 2012/4, 825, Rz 70 f.; 826, Rz 73 ff., Vertrieb von Musik; RPW 2012/3, 659 f., Rz 29 ff., Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel; RPW 2009/2, 131, Rz 81, Einführung einer DIMF für das Debitkartensystem Visa V PAY; RPW 2006/4, S. 593 f., Rz 20 ff., Tarif des Verbands Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]; RPW 2004/2, 333 f., Rz 10 ff., ASTAG Preisempfehlungen/ Kalkulationshilfen; RPW 2003/2, 268 f., Rz 16 ff., Tarification des honoraires des médecins envois en matière des soins privés; RPW 1998/2, 192 f., Rz 22 ff., Honorarrichtlinien SVIT.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 541

neralversammlung bestand aus Sanitär-grosshändlern, welche sich horizontal als Konkurrenten gegenüberstehen. Es drängt sich diesbezüglich also vorliegend kein Abweichen von der konstanten Praxis der Wettbewerbsbehörden auf. 2268. Die in B.5.2 beschriebenen Wettbewerbsbeeinflussungen ereigneten sich unter Beteiligung des SGVSB, dessen Mitglieder und Sanitas Troesch. Der SGVSB agierte dabei gewissermassen als Gefäss für die Treffen zwischen seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch. Im Rahmen der Branchentreffen im Kooperationsrat kam dem SGVSB zuerst die Gründerrolle zu, bevor er später in diesem Gremium als Repräsentant der Interessen seiner Mitglieder auftrat. Auch aus dieser Sicht stand die Beziehung zwischen den SGVSB-Mitgliedern und Sanitas Troesch im Vordergrund, weshalb auch diesbezüglich von einer horizontalen Konstellation auszugehen ist. e) Anwendung auf den vorliegenden Fall 2269. Was die verbandsinternen Wettbewerbsbeeinflussungen (B.5.5) betrifft, steht fest, dass a. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreise bis 2007 (Rz 1839), b. die Bruttopreisfestlegungen für das Jahr 2006 (Rz 1864 ff.), c. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886), d. der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), e. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), f. die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), g. die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.), h. die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.), i. die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) und j. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) auf Beschlüssen der Verbandsorgane beruhten. Diese Beschlüsse waren gemäss Statuten, wie aufgezeigt (Rz 140 f.), für alle Mitglieder verbindlich und deren Missachtung konnte zu einer Sanktion oder gar dem

Verbandsausschluss führen. In Übereinstimmung mit der aufgeführten Rechtsprechung (v.a. SVIT-Honorarrichtlinien) und Doktrin (Rz 2255) stellen die Beschlüsse somit rechtlich erzwingbare Vereinbarungen zwischen den Verbandsmitgliedern und dem Verband als Mittäter im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. 2270. In Bezug auf die Wettbewerbsbeeinflussungen durch Sanitas Troesch und den SGVSB bzw. seine Mitglieder gilt Folgendes: a. Die Koordinierung der Bruttopreisniveau- und Rabattniveausenkung für das Jahr 1997 (Rz 822 f.), b. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1998 (Rz 841), c. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1999 (Rz 865 f.), die im Jahr 2000 nachwirkte (Rz 878),

22-00055/COO.2101.111.7.135680 542

d. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 2001, die gemeinsame Erarbeitung von Rabattgruppen, inkl. die gemeinsame Schaffung der Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 und die selektive Bruttopreis- und Rabattherabsetzung im Bereich Wellness im Umfang von 15 % (Rz 935 ff.), e. die Koordinierung der Bruttopreissenkung 2003 sowie die gemeinsame Festlegung des Eurowechselkurses (Rz 1036 ff.), f. die gemeinsame Koordinierung der Bruttopreissenkung und Rabattsenkung im Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) und g. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.) stellen Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, zumal sie auf Treffen der Parteien beruhten, welche darauf ausgerichtet waren, ein bestimmtes Preis- und Rabattniveau zu erreichen. Sowohl die SGVSB-Mitglieder, teils vertreten durch den SGVSB, als auch Sanitas Troesch brachten ihre Standpunkte bezüglich der Bruttopreis- und Rabattsatzung zum Ausdruck und handelten in der Folge entsprechend ihren Äusserungen. Dadurch kommt ihr übereinstimmender gegenseitiger Wille zum Ausdruck, ihre Preise zu koordinieren, den Rabattwettbewerb einzuschränken und die Eurowechselkurse zu koordinieren. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Willensübereinkunft, sich dem Verhalten der Konkurrenz anzupassen, rechtlich verbindlich oder unverbindlich ist. Fest steht, dass es sich dabei um Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt. 2271. Der in den Jahren 2005-2009 stattfindende Austausch über erwartete Teuerungen und die Marktverhältnisse (Rz 1234) sowie das nachgewiesene Preis-Monitoring (Rz 1719) können nicht losgelöst von den darauf folgenden Ereignissen zwischen der Ankündigung der Bruttopreissenkung durch Sanitas Troesch im September 2009 und der schliesslich auf Januar 2012 durchgeführten Bruttopreissenkung betrachtet werden. Es handelte sich vielmehr um Vorbereitungs- bzw. Unterstützungshandlungen. Es kann daher vorliegend dahingestellt bleiben, ob sie für sich getrennt betrachtet Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. 2272. Was die Bruttopreissenkung für das Jahr 2012 betrifft, ist erwiesen, dass Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Innosan sich mit Bezug auf die Bruttopreisänderung koordiniert haben. Es ist erwiesen, dass Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan miteinander diskutierten und wettbewerbsrelevante Informationen über die bevorstehende Bruttopreis- und Rabattniveausenkung ausgetauscht haben (vgl. Rz 1721 ff.). Der Grund des Informationsaustausches lag darin, dass sich der dreistufige Absatzkanal vor dem Wettbewerb alternativer Absatzkanäle schützen und den Wettbewerb innerhalb des dreistufigen Absatzkanals einschränken wollte, um Marktanteils- bzw. Umsatzverluste zu verhindern (Rz 1744 ff.). Ferner steht fest, dass sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan auf dem Markt tatsächlich gleichförmig verhalten haben (Rz 1747 ff.). Schliesslich steht fest, dass der

Informationsaustausch kausal für das gleichförmige Marktverhalten von Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Inno- san war (Rz 1751 ff.). 2273. Wie bereits ausgeführt, ist dadurch bewiesen, dass sich Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Innosan nicht eigenständig und unabhängig am Markt verhielten. Die Kontakte zwischen den Unternehmen im Rahmen der Kooperation Sanitär Schweiz sowie die davon unabhängigen Kontaktaufnahmen stehen gemäss Rechtsprechung einem unabhängigen Wettbewerbsverhalten entgegen. Alleine aus dem äusseren Ablauf folgt ihr Bindungswille. Zudem konnten sie damit rechnen, dass sich die Konkurrenz nach ihr richten würde. CRH richtete ihre Preise auf die bewiesene Weise an den Preisen von Sanitas Troesch aus und handelte nicht mehr selbständig, sondern in der Gewissheit, wie ihre Konkurrenten handeln würden. Dasselbe gilt für Sabag.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 543

2274. Somit ist das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG für die in Rz 2270 geschilderten Sachverhalte ebenfalls erfüllt. Die in Rz 2269 aufgeführten Verhaltensweisen sind zwingende Vereinbarungen, die in Rz 2270 geschilderten Geschehnisse sind Vereinbarungen und schliesslich stellen die in Rz 2272 f. zusammengefassten Sachverhalte abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Da die Verbandsbeschlüsse vorliegend als Vereinbarung zwischen den einzelnen Mitgliedern aufzufassen sind und diese allesamt auf derselben Marktstufe agieren, liegt eine horizontale Vereinbarung vor. Die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch sind auf der gleichen Marktstufe tätig, weshalb auch diese Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen horizontaler Natur sind. 2275. Die Spielregeln zum Schutz des dreistufigen Absatzweges im Kanton Wallis (Rz 1807 ff.) wurden schriftlich in Protokollen festgehalten. Die Sitzungsteilnehmer setzten eigens eine Marktordnungskommission zu ihrer Überprüfung ein. Es handelt sich also um Vereinbarungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch einerseits sowie den Sanitärinstallateuren andererseits. Das Sekretariat verzichtete aus Opportunitätsgründen darauf, ein Verfahren gegen die Sanitärinstallateure zu eröffnen, weshalb es sich erübrigt die diesbezüglichen Sachverhaltselemente rechtlich zu würdigen.

C.4.2.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 2276. Schliesslich ist zu prüfen, ob die getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG „bezwecken oder bewirken.“ Aufgrund der Verwendung des Wortes „oder“ im Gesetzestext wird deutlich, dass eine Vereinbarung zwischen Unternehmen derselben Marktstufe bereits dann als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann, wenn alternativ ein wettbewerbsbeschränkender Zweck oder eine ebensolche Wirkung feststeht. Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1994 enthält keine Angaben zu den beiden Begriffen „bezwecken“ und „bewirken“, welche dem Recht der europäischen Union entlehnt wurden. 1625 Art. 101 Abs. 1 AEUV spricht nämlich ebenfalls von Vereinbarungen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung „bezwecken oder bewirken.“ Auch bei der Auslegung dieser beiden Begriffe kann die europäische Praxis berücksichtigt werden. 1626 2277. Das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens ist erfüllt, sobald eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise den relevanten Markt tatsächlich beeinflusst, wobei die Wirkung noch nicht eingetreten sein muss, es genügt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. 1627 2278. Sowohl in der europäischen 1628 als auch in

der schweizerischen Praxis und Lehre ist das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens objektiv zu verstehen. Mit anderen Worten

1625 SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 25 f. 1626 SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 22 f., SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 26 ff.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 N 38 f.; BORER (Fn 1570), Art. 4 N 5. 1627 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 83; KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 25; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 30; RPW 2010/1, 71, Rz 87, Gaba. 1628 Vgl. statt vieler VOLKER EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker Hrsg., Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz 227; HANNO WOLLMANN/MICHAEL SCHEDL, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, 2007, Art. 81 EG, Rz 91 f.; Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 24 (im Folgenden: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit). 1629 STOFFEL (Fn 1566), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 81; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA; RPW 2010/1, 71, Rz 87, Gaba.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 544

muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. 1630 Bei der Beurteilung dieser Eignung geht es also um die feststellbare Tendenz der Vereinbarung. 1631 Die Eignung ist zu bejahen, wenn sie das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aufweist. 1632 Somit ist das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen KG-widrig – zulässt. 1633 2279. Das objektive Verständnis des Begriffs „bezwecken“ führt auch dazu, dass die subjektiven Vorstellungen der Parteien irrelevant sind bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllt ist. 1634 Es ist also nicht einmal erforderlich, dass die Parteien sich einer allfälligen Kartellrechtswidrigkeit bewusst waren oder diese gar wollten. 1635 Schliesslich kommt es zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG nicht darauf an, ob der Zweck tatsächlich erreicht wird. 1636 2280. Mit Bezug auf die SGVSB-internen Vereinbarungen (Rz 2269), gilt Folgendes: a. Mit der gemeinsamen Stammdatenverwaltung gingen bis 2007 gemeinsame Bruttopreise einher (Rz 1839). b. Durch die Vereinbarung gemeinsamer Bruttopreise für das Jahr 2006 wirkte sich die Preisniveau- und Rabattpfestlegung zusammen mit Sanitas Troesch für das Jahr 2004/2005 auf das Jahr 2006 aus (Rz 1864 ff.). Vereinbarungen über das Preiselement Bruttopreis haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen. c. Zusammen mit der Bruttopreispfestlegung im Jahr 2007 legten die SGVSB-Mitglieder auch die Margen fest (Rz 1886). Damit vereinbarten die Teilnehmer gemeinsam ein Preiselement, das objektiv geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte damit gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, den Wettbewerb zu beschränken. d. Der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906) führte dazu, dass gewisse Rabatte in einer Bandbreite vergeben wurden. Daraus ist ersichtlich, dass diese Vereinbarung objektiv geeignet war, den Preiswettbewerb zu

beschrän- ken. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit erfüllt. e. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) führte dazu, dass die SGVSB-Mitglieder allesamt das gleiche Bruttopreis- und Rabattniveau führten. Ein unterschiedliches Preissystem hätte es den SGVSB- Mitgliedern erlaubt, Sanitärinstallateur-freundliche oder Kunden-freundliche Brutto- bzw. Nettopreise zu setzen. Die unterschiedlichen Preissysteme wären geeignet ge-

1630 BUNTE (Fn 1572), Art. 81 N 120; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; STOFFEL (Fn 1566), 63; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA. 1631 SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA. 1632 WISH/BAILEY (Fn 1572), 118; EuGH C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, Slg. 2009 I-04529 Rz 31; vgl. auch BORER (Fn 1570), Art. 4 N 5; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA. 1633 CR Concurrence-KILLIAS (Fn 1626), Art. 4 N 40; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA. 1634 WISH/BAILEY (Fn 1572), 119; EuGH C-551/03 P General Motors BV, Slg. 2006 I-03173 Rz 77 und die dort angegebene Rechtsprechung; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 4 I N 81; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; STOFFEL (Fn 1566), 63; RPW 2011/4, 584, Rz 389, ASCOPA; RPW 2010/1, 71, Rz 87, Gaba. 1635 STOFFEL (Fn 1566), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 1570), Art. 4 N 24. 1636 SHK-KÖCHLI/REICH (zit. Fn 1570), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 1570), in Homburger et al., Art. 4 N 28.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 545

wesen, den Wettbewerb zu verstärken. Die Vereinbarung, ein einheitliches Preissys- tem zu führen, war objektiv geeignet den Wettbewerb zwischen den Unternehmen einzuschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt. f. Die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), führte dazu, dass die in den Stammdaten hinterlegten Bruttopreise aller SGVSB-Mitglieder zum selben Zeitpunkt und im selben Umfang unterjährig angepasst wurden. Die Vereinba- rung dieser automatischen Anpassung eines Preiselements ist objektiv geeignet, den Preiswettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte somit gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, den Wettbewerb zu beschränken. g. Die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) sind ein Preiselement, das in jeder Rechnung eines Sanitärgrosshändlers berücksichtigt wird. Eine Vereinbarung über dieses Preiselement ist daher objektiv geeignet den Wettbewerb zu beschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt. h. Bei Produkten die in Euro eingekauft wurden, bedeutete die gemeinsame Eurokurs- festlegung (Rz 2010 f.) die Vereinbarung eines Preiselementes. Die Vereinbarung dieses Preiselementes ist objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen. Das Tatbestandselement des Bezweckens von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit erfüllt. i. Die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) führte dazu, dass die Bruttopreise von Burgener, Kappeler und Sanidusch identisch waren. Zudem führten diese immer die höchsten Bruttopreise. Vereinbarungen über das Preiselement Bruttopreis haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezwe- ckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen. j. Die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online- Produktkataloge „teamonline“ sowie der

Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.), führte dazu, dass die Produktauswahl bei den Sanitär-grosshändlern einheitlich war. Die Einschränkung der Produktauswahl ist geeignet den Wettbewerb zu beschränken. Die Vereinbarung bezweckte daher im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG den Wettbewerb einzuschränken. 2281. Betreffend die Vereinbarungen zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern (Rz 2270) gilt Folgendes: Die Vereinbarungen das Bruttopreis- und Rabatt-niveau a. für das Jahr 1997 (Rz 822 f.), b. für das Jahr 1998 (Rz 841), c. für das Jahr 1999 (Rz 865 f.), d. für das Jahr 2001 (Rz 935 ff.), e. selektiv für das Jahr 2003 (Rz 1036 ff.) und f. für das Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) zu senken, betreffen allesamt die Preiselemente der Bruttopreise und der Rabatte. Vereinbarungen, welche die Bruttopreise und die Rabatte betreffen, haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Mit anderen Worten sind sie objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Das Tatbestandselement des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit für alle diese Vereinbarungen erfüllt. 2282. Die Vereinbarungen

22-00055/COO.2101.111.7.135680 546

a. gemeinsam Rabattgruppen zu erarbeiten, inkl. die Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 zu schaffen (Rz 935 ff.) und b. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.) hatte die Einteilung von Produkten in Rabattgruppen mit unterschiedlichen Rabattspannbreiten zur Folge. Das Rabattniveau je nach Rabattgruppe war also unterschiedlich. Diese Vereinbarungen waren folglich objektiv geeignet, den Preiswettbewerb zwischen Sanitas Troesch und den SGVSB-Mitgliedern einzuschränken. Die Vereinbarungen bezweckten den Wettbewerb gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu beschränken. 2283. Die Vereinbarung über c. die einheitlichen Eurowechselkurse und die Einbaukosten (Rz 1036 ff.), hatten Preiselemente zum Gegenstand, welche objektiv geeignet waren, den Wettbewerb zu beeinflussen. Die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung genügt, um das Tatbestand des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen. 2284. Im Jahr 2012 haben Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Inosan gleichzeitig das Bruttopreis- und das Rabattniveau aufeinander abgestimmt (Rz 2272 f.). Abgestimmte Verhaltensweisen, die Bruttopreise und Rabatte betreffen, haben das Potenzial eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten. Mit anderen Worten sind sie objektiv geeignet den Wettbewerb zu beschränken und erfüllen daher das Tatbestandselement des Bezweckens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. i 2285. Die in Rz 2275 aufgeführten Spielregeln im Kanton Wallis zielten darauf ab, den dreistufigen Absatzweg gegen andere Konkurrenten zu schützen. Konkret sollte sichergestellt werden, dass die von der Vereinbarung betroffenen Sanitärinstallateure und Sanitär-grosshändler nur voneinander Produkte beziehen und Privatkunden Einzelprodukte und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkaufen. Die Sanitär-grosshändler vereinbarten somit unter sich den Endverkaufspreis gegenüber Privatkunden, womit die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung auf der Hand liegt. Die Vereinbarung über die Zuteilung von Bezugsquellen ist ebenfalls objektiv geeignet, den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern und Vertriebskanälen zu beschränken, zumal die Vereinbarungspartner darauf verzichten ihre Produkte über alternative Kanäle zu beziehen. C.4.2.3 Fazit 2286. Insgesamt steht somit fest, dass sämtliche hier aufgeführten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen objektiv geeignet waren, den Wettbewerb einzuschränken. Sie erfüllen damit auch das Tatbestandsmerkmal des

„Bezweckens“ gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Ferner ist erwiesen, dass auch tatsächlich eine Wirkung auf dem Markt eingetreten ist (vgl. Rz 1641 ff.), womit auch das in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführte Tatbestandsmerkmal des „Bewirkens“ erfüllt ist. Insgesamt sind die genannten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. In der Folge wird daher geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 KG erfüllt sind. C.4.3 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. a und b KG sowie Art. 5 Abs. 1 KG C.4.3.1 Einleitung 2287. Art. 5 Abs. 1 KG verbietet Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaft-

22-00055/COO.2101.111.7.135680 547

lichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. 2288. Art. 5 Abs. 3 KG stellt die gesetzliche Vermutung auf, dass der wirksame Wettbewerb bei Abreden beseitigt wird, sofern sie i) zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen und sich ii) auf die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (lit. a), die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (lit. b) oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten und Geschäftspartnern (lit. c) beziehen. 2289. Zum Punkt i) wurde bereits dargelegt, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder sowie Sanitas Troesch auf derselben Marktstufe agieren und tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen. Die Abreden fallen daher aus diesem Blickwinkel unter den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 KG. 2290. Bezüglich Punkt ii) gilt Folgendes: Sowohl die in Rz 2269 a-i geschilderten Abreden innerhalb des SGVSB als auch die in Rz 2270 a-f sowie Rz 2272 dargestellten Abreden zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch beinhalten Preise bzw. Preisbestandteile. Die in Rz 2275 aufgeführte Abrede zwischen Bringhen und Gétaz, für Ersatzteile und Einzelteile nur Bruttopreise zu berechnen, betrifft den Endverkaufspreis. Es ist daher zu prüfen, ob diese Abreden den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG – die direkte oder indirekte Festlegung von Preisen – erfüllen. 2291. Mit Bezug auf die gemeinsame Stammdatenverwaltung des SGVSB und die Festlegung des Sortiments der Teampur-Grossisten durch die SGVSB-Mitglieder (Rz 2269 a und j) sowie mit Bezug auf die Abrede zwischen Bringhen und Gétaz, nur mit den an den Spielregeln beteiligten Installateuren zu handeln (Rz 2275), ist ferner zu prüfen, ob hierbei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c KG oder allenfalls eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen. C.4.3.2 Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG und Art. 5 Abs. 1 KG Gesetzesmaterialien und Lehre 2292. Zur Frage, ob ein Sachverhalt als „direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen“ gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG qualifiziert werden kann, hält die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 folgendes fest: „Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preis-komponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.“ 1637 [Hervorhebung durch die Verfasser der vorliegenden Verfügung] 2293. Wie aus der Botschaft erkennbar

ist, gewichtet der Gesetzgeber die Wirkung einer Preisfestsetzung als entscheidendes Merkmal der Preisabrede und nicht die Mittel, welche zu dieser Wirkung führen. Die direkte oder indirekte Fixierung jeglicher Preiselemente oder Preiskomponenten, wie etwa von Rabatten oder Kriterien zur Anwendung von Rabatten, fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, soweit sie zu einer Preisfestsetzung führen.

1637 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 548

Dasselbe gilt auch für Kalkulationsvorschriften.¹⁶³⁸ Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder bloss Teile davon.¹⁶³⁹ 2294. In der Regel muss der vereinbarte Preisbestandteil einen wesentlichen Teil des Endverkaufspreises ausmachen, damit eine entsprechende preisharmonisierende Wirkung eintreten kann.¹⁶⁴⁰ Allerdings gilt dies nicht ausnahmslos, denn auch durch die kumulative Fixierung verschiedener, für sich genommen anscheinend geringerer Preisbestandteile kann eine wettbewerbsschädliche Wirkung auf dem Markt eintreten. Zudem kann erst im Kontext der konkreten Marktverhältnisse bestimmt werden, ob ein Preisbestandteil wesentlich ist.¹⁶⁴¹ 2295. Damit eine Abrede als Preisabrede gilt, kann sie beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis und zwar auf allen Vertriebsstufen. Die Qualifikation als Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.¹⁶⁴² 2296. Eine sogenannte direkte Preisfixierung liegt dann vor, wenn die Parteien direkt den Endverkaufspreis bzw. Teile davon vereinbaren. Direkte Preisfestsetzungen umfassen also auch das Setzen von Minimal- oder Maximalpreisen.¹⁶⁴³ So fällt auch das Erstellen einer gemeinsamen Preisliste oder von „Basispreisen“ unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, selbst wenn die beteiligten Unternehmen in der Ausgestaltung ihrer Zahlungsbedingungen und der Rabattpolitik frei bleiben.¹⁶⁴⁴ 2297. Wird die Höhe des Preises durch das Aufstellen von Kriterien und Bedingungen – also indirekt – beeinflusst, liegt eine indirekte Preisfestlegung vor. Als Beispiele sind etwa die Festlegung von Preisnachlässen, Rabatte, Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschläge, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodelle zu nennen.¹⁶⁴⁵ Ferner ist die Festlegung der Preiskalkulation oder eines bestimmten Preiszuschlags als indirekte Preisabrede zu qualifizieren.¹⁶⁴⁶ Kalkulationshilfen sind dann indirekte Preisabreden, wenn sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge, andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten oder ihnen Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben.¹⁶⁴⁷ 2298. In der Lehre wird auch die Festlegung von Preisstrategien grundsätzlich als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aufgefasst.¹⁶⁴⁸ Die Frage sei jedoch im Einzelfall zu

¹⁶³⁸ FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 115, 122; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. ¹⁶³⁹ JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktposition, in: Handbücher für Rechtsanwälte, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 Rn 8.14. ¹⁶⁴⁰ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 398; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Kartellgesetz, Basler Kommentar,

Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 383; RPW 2005/1, 240, Rz 15, Klimarappen. 1641 KOSTKA (Fn 1639), 452 Rz 1325; vgl. in diesem Sinne RPW 2013/2, 194 f., Rz 261, Rz 267, Rz 272, Abrede im Speditionsbereich. 1642 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. 1643 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 402 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 396. 1644 HOFFET, in: Homburger et al. (Fn 1638), Art. 5 N 117. 1645 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 409 ff. 1646 CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 397. 1647 RPW 1998/2, 351 ff., Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 399. 1648 KOSTKA (Fn 1639), 459 f. Rz 1353 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 402. 22-00055/COO.2101.111.7.135680 549

beurteilen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Preisstrategie eine Preisabrede ist, kommt gemäss AMSTUTZ/CARRON/REINERT dem Konkretisierungsgrad der Strategie eine entscheidende Rolle zu. Es genüge nicht, eine dermassen vage Strategie festzulegen, die es den beteiligten Unternehmen nicht erlauben würde einen konkreten Preis festzulegen, wie z.B. die Abrede „den Preis nachdrücklich“ mit den Handelspartner zu verhandeln („négocier fermement les prix“). 1649 2299. Die folgende Übersicht über die einschlägige Schweizer und EU-Rechtsprechung zeigt, dass die Einordnung der vorliegenden Sachverhalte unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gesetzes- und praxiskonform ist. Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden 2300. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden 1650 wurde eine Vielzahl von Sachverhalten unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG subsumiert. Vorliegend sind nur diejenigen aufgeführt, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind: i. In der Verfügung in Sachen Speditionsbereich beurteilte die WEKO die Koordinierung verschiedener Luftfrachtspediteuren, ihre Kunden mit verschiedenen Gebühren zu belasten, als Gesamtabrede über Preise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 1651 ii. Die WEKO hielt im Entscheid Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen fest, die Abrede zwischen Wettbewerbern über den Zeitpunkt und die prozentuale Höhe von Bruttopreiserhöhungen stelle eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. 1652 Die gegenseitig kommunizierten Preiserhöhungen wichen voneinander im Umfang von 1.5 % bis 2 % ab. 1653 iii. Im Fall Markt für Schlachtschweine qualifizierte die WEKO wöchentlich organisierte Schweinebörsen und Telefonkonferenzen, an denen künftige Tendenzpreise und marktkonforme Preise zwischen Schweinehändlern diskutiert und anschliessend in der landwirtschaftlichen Presse und im Internet publiziert wurden, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 1654 Die WEKO erachtete die Preisdifferenz von 2 % bis 3 % des Verkaufspreises der Schlachtschweinehändler als einheitliches Preisniveau. 1655 iv. Die ursprünglich von einem Verband herausgegebenen Preisempfehlungen für Fahrstunden, die offiziell nicht mehr galten, aber von den Mitgliedern des Verbands weiterhin befolgt wurden und zu deren Einhaltung der Verbandspräsident aufrief, qualifizierte die WEKO im Fall Fahrschule Graubünden als horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 1656 Die Preise für Autofahrstunden und obligatorischen Verkehrskundeunterricht bewegten sich bei 68 %

bzw. 69 % der Fahrlehrer innerhalb einer Spannbreite von +/-5 %, was die WEKO als nahe genug beieinander liegend erachtete, um eine Preisabrede anzunehmen.1657

1649 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 402. 1650 Vgl. für eine umfassende Darstellung bis 2009: BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 413 f. 1651 RPW 2013/2, 155, Rz 76 ff.; 195, Rz 272, Abrede im Speditionsbereich. 1652 RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. Die WEKO entschied gleich im ähnlich gelagerten, noch nicht rechtskräftigen Fall RPW 2010/4, 755 f., Rz 347, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. 1653 Vgl. RPW 2012/3, 627, Tabelle 3; 635, Tabelle 4, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. 1654 RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B. 1655 RPW 2004/3, 736, Rz 35, Markt für Schlachtschweine – Teil B. 1656 RPW 2003/2, 283 f., Rz 49 f., Fahrschule Graubünden. 1657 RPW 2003/2, 288 f., Rz 70 ff., Fahrschule Graubünden.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 550

v. In den Vorabklärungen Interprofession du Gruyère und Interprofession Emmentaler ging das Sekretariat davon, dass die Vereinbarung im Rahmen eines Berufsverbands über einen Referenzpreis eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen könne, wenn sich ein Grossteil der Verbandsmitglieder ihre Preise innerhalb einer Preisspanne von +6.4 % bis -8.2 % festlegten.1658 vi. Die WEKO qualifizierte die Konvention zwischen einem Uhrenlieferantenverband und dem Verband der Goldschmiede und Uhrenfachgeschäften, sich an eine Bruttomarge zwischen 45 %–50 % (MwSt von 7.6 % enthalten) zu halten, als Festlegung identischer Margen und als Preisabrede.1659 vii. Auch die Vereinbarung, dass die Hersteller und Importeure von der Grossistenmarge nur mittels Rabatten im Umfang von +/- 2 % vom Fachhandelspreis abweichen dürfen, stellt gemäss WEKO eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar.1660 viii. Die WEKO erachtete die Tariflisten zweier Berufsverbände, welche die Ansätze und Zuschläge für Dienstleistungen der Verbandsmitgliedern und Abonnementspreise regelt, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, da die Verbandsmitglieder sich weitgehend an die Tarifvorgaben hielten. An diesem Resultat änderte gemäss WEKO auch der Umstand nichts, dass die Verbandsmitglieder gelegentlich durchschnittlich etwa zu 10 % von den Vorgaben abwichen.1661 EU-Praxis 2301. Gemäss der EU-Kommission bzw. den EU-Gerichte liegen in einer Vielzahl von Konsultationen Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV vor. Die anschliessenden Entscheide sind im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung:1662 i. Im Urteil Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG bestätigte das europäische Gericht die Ansicht der Kommission, dass erstens die jährliche Koordinierung von Preiserhöhungen und weiterer Preisgestaltungselemente durch Hersteller von Badezimmerausstattungen im Rahmen regelmässiger Treffen nationaler Verbände, zweitens die Festsetzung oder Koordinierung der Preise bei besonderen Anlässen, wie dem Anstieg der Rohstoffkosten, der Einführung des Euro oder der Einführung einer Strassenmaut, sowie drittens die Offenlegung und der Austausch sensibler Geschäftsinformationen insgesamt verbotene Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellten. Ferner bestätigte das Gericht, dass die jährliche Festsetzung von Preislisten für Badezimmerausstattungen der Hersteller Preisabreden darstellen.1663 ii. Gemäss Praxis der EU-Kommission stellte die von Methyglukamin-Herstellern ausgehandelte Erhöhung von Listenpreisen für das kommende Jahr um einen gewissen

1658 RPW 2002/1, 68 ff., Rz 22 f., Interprofession du Gruyère; RPW 2002/3, 429, Rz 17, Interprofession Emmen- taler. 1659 RPW 2001/3, 516, Rz 23c; 521, Rz 36, SUMRA/Distribution de montres. 1660 RPW 2000/3, 358, Rz 90; 379 f., Rz 141 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. 1661 RPW 1998/3, 387 ff., Rz 38 ff., Service- und Reparaturleitungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärme- zentralen. 1662 Für eine ausführliche Darstellung der EU-Rechtsprechung vgl. BUNTE (Fn 1572), Art. 81 Rz 101 ff.; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immen- ga/Mestmäcker (Hrsg.), 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rz 306 ff.; WOLLMANN/SCHEDL (Fn 1628), Art. 81 EG Rz 112 ff. 1663 Urteil des EuG vom 16. September 2013 T-386/10 Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG Rz 2, 100 ff., noch nicht in der amtl. Slg.; vgl. ferner Zusammenfassung des KOMME, ABl. C 348/12, Rz 4 f. Badezimmersaus- stellungen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 551

Prozentsatz, so dass die Abredepartner ein bestimmtes Preisniveau erreichten, eine Preisabrede dar.1664 iii. Im Entscheid Industriegase und medizinische Gase hielt die EU-Kommission fest, die Vereinbarungen über den Prozentsatz und den Betrag von Preiserhöhungen zu ei- nem bestimmten Zeitpunkt sowie die Festlegung von Mindestpreisen auf Flaschen- gasen stellte eine Preisabrede im Sinne von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV (damals Art. 81 Abs. 1 lit. a EGV) dar.1665 iv. Im Urteil Hüls1666 hielt der EuGH den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV für erfüllt, als verschiedene Hersteller Preisinitiativen bzw. „Preisschübe“ oder „Preisof- fensiven“ starteten, denen die anderen Hersteller folgten, um das Preisniveau auf ei- ne bestimmte Höhe anzuheben.1667 v. Im Urteil Thyssen Stahl AG beurteilte das Gericht die von einem Unternehmen ge- genüber den Konkurrenten angekündigte Preiserhöhung verbunden mit der Aufforde- rung, dieser Erhöhung zu folgen, im Wissen darum, dass die Konkurrenten nachfol- gen würden, und die Ankündigung eines Unternehmens, die Preise zu erhöhen, nachdem es von Konkurrenten dazu aufgefordert worden war, als Preisabreden.1668 vi. Gemäss Kommission stellten die von PVC-Herstellern geplanten gemeinsamen Preisinitiativen und vereinbarten Zielpreise ab einem vereinbarten Zeitpunkt Preisab- reden dar, mit welchen die Risiken einer einseitig versuchten Preiserhöhung ausge- schaltet werden sollten.1669 vii. Der EuGH qualifizierte im Fall Imperial Chemical Industries die abgestimmten Erhö- hungen von Farbstoffpreisen durch mehrere Farbstoffhersteller in verschiedenen EU- Mitgliedstaaten im gleichen oder ähnlichen Umfang und zum selben Zeitpunkt oder in geringem zeitlichem Abstand als Preisabrede.1670 Anwendung auf den vorliegenden Fall 2302. In Übereinstimmung mit den oben genannten Ausführungen steht fest, dass die fol- genden verbandsinternen Vereinbarungen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen: i. Die verbandsweite Entscheidung gemeinsame Bruttopreise bis 2007 (Rz 1839, Rz 1865 ff.) zu führen, stellt eine Vereinbarung über einen gemeinsamen Basispreis bzw. einen erheblichen Preisbestandteil dar. Denn wie bewiesen, hängen von der Höhe der Bruttopreise, die Höhe der Rabatte und die Höhe der Nettopreise ab, wel- che der Sanitärinstallateur bezahlt (Rz 337 ff., Rz 730 ff.). Zumal der Vermutungstat- bestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat

1664 KOMM, ABl. 2004 L 38/18, Rz 84 ff., 182 ff., Methylglukamin; vgl. zum Preisniveau auch etwa das Urteil des EuG T-224/00 Archer Daniels Midland et al./Kommission, Slg. 2003 II- 2597 Rz 120 und die dort angegebe- ne Rechtsprechung. Die dagegen erhobene

Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, vgl. EuGH C- 397/03 P Archer Daniels Midland et al./Kommission, Slg. 2006 I-4429. 1665 KOMM, ABl. 2003 L 84/1, Rz 101, 354 ff., Industriegase und medizinische Gase; bestätigt durch EuG T- 303/02 Westfalen Gasser Nederland BV, Slg. 2006 II-04567. 1666 EuGH C-199/92 Hüls, Slg. 1999 I-04287. 1667 KOMM, ABl. 1996 L 203/9 Rz 24 f., Rz 86 ff. Polypropylen; EuGH C-199/92 Hüls, Slg. 1999 I-04287, Rz 20. 1668 EuG T-141/04 Thyssen Stahl AG, Slg. 1999 II-00347 Rz. 234 ff., Rz 248 ff., Rz 299 f. 1669 KOMM, ABl. 1994 L 239, Rz 7, 35, PVC; vgl. auch EuG T-141/89 Tréfileurope Sales, Slg. 1995 II 797 Rz 28, 79 ff. 1670 EuGH 48-69, Imperial Chemical Industries Ltd. Slg. 1972, 00619 ff., vgl. insbes. Rz 52/56 ff.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 552

der Botschaft Rz 2292)1671, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Auch die bereits zitierte Literatur und rechtskräftige Praxis der WEKO qualifiziert Abreden, die beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis auf allen Vertriebsstufen als Preisabrede. Die Qualifikation als Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.1672 ii. Der Entscheid, Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), hatte zweierlei zur Folge. Erstens gewährte ein Sanitär-grosshändler in einer Rechnung für alle Produkte, die einer bestimmten Rabattgruppe zugehörten, einen einheitlichen Rabatt. Zweitens umfasste eine Rabattgruppe eine gewisse Rabattbandbreite (Rz 424 ff.). Damit trafen die SGVSB-Mitglieder Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren ist (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292).1673 iii. Die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886) hatte einen direkten Einfluss auf die Verkaufspreise gegenüber den Installateuren. Es sei auf das bereits Gesagte verwiesen: Zumal der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292)1674, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Auch die bereits zitierte Literatur und rechtskräftige Praxis der WEKO qualifiziert Abreden, die beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis auf allen Vertriebsstufen als Preisabrede. Die Qualifikation als Preisabrede hängt also nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern betroffen sind.1675 Diese Ausführungen gelten a fortiori für Margenfestlegungen, welche die WEKO rechtskräftig als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG qualifizierte.1676 iv. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), stellt eine Abrede über die Preisstrategie dar. Denn indem sich die SGVSB-Mitglieder darauf einigten, ihre Produkte nicht mit Nettopreisen anzuschreiben, stellten sie klar, dass sie beim alten System der Rabattgruppen verbleiben wollten, welches sie zusammen mit Sanitas Troesch erarbeitet hatten. Ein individuell unterschiedliches Preissystem hätte es den SGVSB-Mitgliedern erlaubt, Sanitärinstallateur-freundliche oder Kunden-freundliche Brutto- bzw. Nettopreise zu setzen. Die unterschiedlichen Preissysteme wären geeignet gewesen, den Wettbewerb zu verstärken. Die Vereinbarung, ein einheitliches Preissystem zu führen, verunmöglichte einen Wettbewerb der Preissysteme (bzw. zwischen Nettopreisen und Bruttopreisen) innerhalb des Verbandes. Ferner wurden dadurch indirekt die Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren ist, vereinbart. Insgesamt vereinbarten die Verbandsmitglieder

1671 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1672 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. 1673 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1674 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1675 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. 1676 RPW 2001/3, 516, Rz 23c; 521, Rz 36, SUMRA/Distribution de montres.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 553

also wesentliche Preisbestandteile. Die Vereinbarung stellt daher eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. v. Die Abrede die verbandsinternen Basisrichtpreise (Rz 1957 f.) unterjährigen Herstellerpreisänderungen anzupassen, stellt ebenfalls eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. Denn einerseits stimmte auf diese Weise der Zeitpunkt der Bruttopreiserhöhung oder -senkung der verschiedenen SGVSB-Mitglieder überein und andererseits der Umfang der unterjährigen Preisanpassung. Die Vereinbarung dieser automatischen Anpassung eines Preiselements stellt eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. 1677 vi. Bis 2012 legten die SGVSB-Mitglieder zudem die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) fest, was einen Preiszuschlag bzw. -bestandteil betrifft, der in jeder Rechnung eines Sanitär-grosshändlers berücksichtigt wird. Eine Vereinbarung über dieses Preiselement ist daher eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor. vii. Auch die einheitliche Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.) durch die SGVSB-Mitglieder für von ausländischen Herstellern in Euro verrechneten Produkten beschlägt einen festen Preisbestandteil. Die Vereinbarung dieses Preiselementes erfüllt daher den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. viii. Schliesslich bedeutete die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043 f.) der sogenannten Teampurhändler, dass die SGVSB-Mitglieder einen erheblichen Preisbestandteil vereinbarten. Die Festlegung führte dazu, dass die Bruttopreise von Burgener, Kappeler und Sanidusch identisch waren. Zudem führten sie dadurch immer die höchsten Bruttopreise im Markt für Sanitär-grosshandel. Beim Bruttopreis handelt es sich um einen Preisbestandteil, weshalb die Abrede über die Teampur-Preise eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist. 2303. In Übereinstimmung mit den vorangehenden Feststellungen steht ferner fest, dass die folgenden Vereinbarungen zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen: i. Die Vereinbarungen zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern (Rz 2270) gilt Folgendes: Die Vereinbarungen das Bruttopreis- und Rabattniveau a. für das Jahr 1997 (Rz 822 f.), b. für das Jahr 1998, inkl. Margen (Rz 841), c. für das Jahr 1999 (Rz 865 f.; die im Jahr 2000 nachwirkte [Rz 878]), d. für das Jahr 2001 (Rz 935 ff.), e. selektiv für das Jahr 2003 (Rz 1036 ff.) und f. für das Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) zu senken, betreffen allesamt die Preiselemente der

Bruttopreise und der Rabatte. Es sei erneut erwähnt, dass die Höhe der Rabatte und die Höhe der Nettopreise, welche der Sanitärinstallateur bezahlt (Rz 337 ff., Rz 730 ff.), von den Bruttopreisen abhängt. So ging die Senkung der Bruttopreise immer mit einer entsprechende Senkung der Rabatte einher (Rz 454) wurden durch die Vorgabe des Bruttopreisniveaus auch das Rabattniveau mitbestimmt. Zumal der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a

1677 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 412, wonach das Festelegen von Teuerungszuschlägen indirekte Preisfestesetzungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sind.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 554

KG gemäss KG-Botschaft und Bundesgericht jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292)1678, sind auch Bruttopreise als Preisabreden zu qualifizieren. Die Qualifikation als Preisabrede hängt nicht davon ab, ob Herstellerpreise, Grossistenpreise oder Preise von Einzelhändlern von der Abrede betroffen sind.1679 Die Vereinbarung über die Bruttopreise enthielt zugleich eine implizite Vereinbarung über die Kriterien zur Anwendung von Rabatten. Sowohl die Abrede über die Bruttopreise als auch über die gleichzeitige entsprechende Senkung der Rabatte sind gemäss KG-Botschaft unter den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren (vgl. auch Zitat der Botschaft Rz 2292), da sie Abreden über Preiselementen oder Preiskomponenten bzw. über Kriterien zur Anwendung von Rabatten darstellen.1680 ii. Die Vereinbarungen g. gemeinsam Rabattgruppen zu erarbeiten, inkl. die Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 zu schaffen (Rz 935 ff.) und h. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.) hatte die Einteilung von Produkten in Rabattgruppen mit unterschiedlichen Rabattbandbreiten zur Folge und stellte sicher, dass diese Rabattgruppen in der Zusammenarbeit mit den Installateuren tatsächlich angewendet wurden. Pro Rabattgruppe erteilten die einzelnen Sanitär-grosshändler innerhalb derselben Rechnung einen einheitlichen Rabatt (vgl. zu den Rabattgruppen Rz 424 ff.). Die Rabatte der einzelnen Sanitär-grosshändler konnten innerhalb dieser Bandbreiten variieren und die vom SGVSB angegebenen Höchststrabatte konnten überschritten werden. Nichtsdestotrotz war die Rabattbandbreite je nach Rabattgruppe unterschiedlich. Also z.B. bei CRH lag das Rabattniveau für die Rabattgruppe „Sanitärartikel“ [...] % höher als für die Rabattgruppe Wellness (vgl. Rz 402, zu den Rabattbandbreiten insgesamt Rz 395 ff.). Nach Abzug der Rabatte vom Bruttopreis bestand also ein vereinbarter Nettopreiskorridor für eine bestimmte Gruppe von Produkten, was eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist.1681 Gleichzeitig vereinbarten die Abredeteilnehmer Kriterien zur Anwendung von Rabatten, was gemäss Botschaft den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ebenfalls erfüllt.1682 iii. Die Vereinbarung über i. die einheitlichen Eurowechselkurse und die Einbaukosten (Rz 1036 ff.), hatte Preiselemente zum Gegenstand. Durch die Vereinbarung des Eurokurses wurde ein Preisbestandteil festgelegt. Die Kosten des Einbaus stellen je nachdem, ob der Betrag im

1678 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1679 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. 1680

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1681 KOTSKA (Fn 1639), 458 ff. Rz 1348 ff., Rz 1353 ff.; vgl. auch CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 395, 401 f.; die erwähnte Literatur qualifiziert grundsätzlich Preiskorridore bzw. Rahmenpreise („prix-cadres“) und Preisstrategien für bestimmte Produkte ebenfalls als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG qualifizieren. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 408, 410 KRAUSKOPF/SCHALLER sprechen von Preisspannen, Toleranzgrenzen, Handelsspannen, Preisnachlässe und Rabatte, welche unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren sind. 1682 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 555

Gesamtpreis oder getrennt ausgewiesen wird, die Vereinbarung eines Preisbestandteils oder eines Endpreises für eine Dienstleistung dar. Eine solche Vereinbarung erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 2304. Im Jahr 2012 haben Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag und Innosan gleichzeitig das Bruttopreis- und das Rabattniveau aufeinander abgestimmt (Rz 2272 f.). 2305. Mit Bezug auf die Bruttopreis- und Rabattniveausenkung im Jahr 2012 ist bewiesen, dass Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan unter Beteiligung des SGVSB miteinander diskutierten und wettbewerbsrelevante Informationen über die bevorstehende Bruttopreis- und Rabattniveausenkung ausgetauscht haben. Das vollständige Beweisergebnis zu den Kontaktaufnahmen und dem Informationsaustausch ist unter Rz 1721 ff. ausführlich dargelegt, es soll hier nicht erneut aufgeführt werden. Zur Erinnerung sei zusammenfassend auf gewisse Aspekte des Beweisergebnisses hingewiesen: Sanitas Troesch kündigte dem SGVSB eine Bruttopreissenkung im Umfang von 20 % an, diskutierte die Senkung in der Kooperation Sanitär Schweiz mit dem SGVSB Gétaz, Richner und Sabag. Ferner versicherte Sanitas Troesch die Senkung „klar und frühzeitig“ zu kommunizieren. Durch den Informationsaustausch (vgl. dazu ausführlich Rz 1744 ff.) und die dadurch erreichte gleichzeitige Bruttopreissenkung wollten sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan, als Vertreter des dreistufigen Absatzkanals vor dem Wettbewerb alternativer Absatzkanäle, welche Nettopreise führten, schützen. Zudem wollten sie den Wettbewerb innerhalb des dreistufigen Absatzkanals einschränken, um Marktanteils- bzw. Umsatzverluste zu verhindern. Ferner steht fest, dass sich Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan auf dem Markt tatsächlich gleichförmig verhalten haben (Rz 1747 ff.), indem sie ihre Bruttopreise zeitgleich und im gleichen oder ähnlichen Umfang senkten und parallel dazu die Rabatte im entsprechenden Umfang senkten. Schliesslich steht fest, dass der Informationsaustausch kausal für das gleichförmige Marktverhalten von Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan war (Rz 1751 ff.). Wie bereits dargelegt, stellt dieses Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Sanitas Troesch, CRH (Gétaz, Richner), Sabag und Innosan unter Beteiligung des SGVSB dar. Alle diese Unternehmen senkten ihre Bruttopreise und damit einhergehend ihre Rabatte in gleichem oder ähnlichem Ausmass. Es sei im Hinblick auf die Subsumierung dieses abgestimmten Verhaltens unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auf die soeben gemachten Ausführungen in Rz 2303 i verwiesen. Demnach steht fest, dass die Abstimmung einer Bruttopreissenkung für sich genommen eine Preisabrede darstellt. Zugleich ist die damit einhergehende abgestimmte Senkung der Rabatte eine Preisabrede.

Zusammen oder getrennt stellen beide Verhaltensweisen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. 1683 2306. Es ist bewiesen, dass Sanitas Troesch, Gétaz, Bringham und Burgener zwischen 1999 bis 2002 folgende Vereinbarungen getroffen haben (Rz 1773 ff. bzw. Rz 1809): i. Kleinlieferungen von Sanitas Troesch, Gétaz, Bringham und Burgener sollten nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt verkauft werden, ii. bei Bestellungen bis zu CHF 10'000.– sollten 1–10 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden zuzüglich der MWSt, iii. bei Bestellungen bis zu CHF 100'000.– sollten 1–15 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden zuzüglich der MWSt,

1683 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 377 f.; KOSTKA (Fn 1639), 452 f., Rz 1327 ff.; RPW 2004/3, 739 f., Rz 41 ff., Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2012/3, 642, Rz 257, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen; RPW 2000/3, 339 f., Rz 34 ff., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5; BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 556

iv. Installateure sollten für von Privaten bezogene Produkte 5 % Rabatt auf den Nettoverkaufspreis erhalten. 2307. Mit Bezug auf Punkt i haben die Parteien eine Vereinbarung über einen Endverkaufspreis getroffen. Eine solche Abrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 1684 Punkte ii bis iv sind Vereinbarungen über Rabatte bzw. über die Kriterien von Rabatten, was dazu führt, dass nach Abzug der Rabatte der Nettopreis in einem bestimmten Rahmen ausfällt. Solche Abreden stellen in Übereinstimmung mit einem gewichtigen Teil der Literatur¹⁶⁸⁵, der Botschaft¹⁶⁸⁶ und der Rechtsprechung¹⁶⁸⁷ Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar. 2308. Die Vereinbarung von 2003 bis 2010 zwischen Gétaz, Bringham und Suissetec, der Grosshandel solle Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkaufen (Rz 1811), ist eine Abrede über Endverkaufspreise. In Übereinstimmung mit den soeben gemachten Erläuterungen steht fest, dass diese Abrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt. 2309. Schliesslich ist bewiesen, dass Gétaz, Bringham und die Suissetec zwischen 2003- 2010 die folgenden „Spielregeln“ vereinbarten (Rz 1811): i. Der Grosshandel verkauft ausschliesslich über den Installateur, ii. der Installateur kauft ausschliesslich über die Sanitär-Grossisten des dreistufigen Absatzkanals ein, dies galt auch für Badezimmermöbel und Armaturen, iii. bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmern soll stets nach dem voraussichtlichen Installateur gefragt werden und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen (Rz 1784 ff.). 2310. Die Spielregeln im Kanton Wallis zielten darauf ab, den dreistufigen Absatzweg gegen andere Konkurrenten zu schützen. Konkret sollte sichergestellt werden, dass die von der Vereinbarung betroffenen Sanitärinstallateure und Sanitär-grosshändler nur voneinander Produkte beziehen und systemgemäss der Installateur Rabatte erteilt. Die Vereinbarung über die Zuteilung von Bezugsquellen ist geeignet, den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern und Vertriebskanälen zu beschränken. Die alternativen Anbieter sollten auf dem Markt „nicht Fuss fassen können“ (vgl. Rz 1789). Auf diese Weise entstand dem dreistufigen Absatzkanal keine Konkurrenz durch alternative Absatzkanäle wie Baumärkte, welchen der Vertrieb von dreistufig vertriebenen Produkten verwehrt blieb und die ihre Produkte zu Nettopreisen anboten. Die Vereinbarung schützte den dreistufigen Absatzkanal somit letztlich vor zusätzlicher Preiskonkurrenz. Mit anderen Worten entzogen sich die Vereinbarungsteilnehmer funktionierendem Wettbewerb durch die Vereinbarung und Einhaltung der Spielregeln. Sie verzichteten auf die ihnen

verfassungsrechtlich eingeräumte Freiheit, sich auf dem Markt unabhängig von ihren Konkurrenten zu verhalten. Es steht dadurch fest, dass die vereinbarten „Spielregeln“ Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.¹⁶⁸⁸

1684 BGE 129 II 18, 31 f. E. 6.5.5. 1685 KOTSKA (Fn 1639), 458 ff. Rz 1348 ff., Rz 1353 ff.; vgl. auch CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 395, 401 f.; die erwähnte Literatur qualifiziert grundsätzlich Preiskorridore bzw. Rahmenpreise („prix-cadres“) und Preisstrategien für bestimmte Produkte ebenfalls als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG qualifizieren. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 408, 410. KRAUSKOPF/SCHALLER sprechen von Preisspannen, Toleranzgrenzen, Handelsspannen, Preisnachlässe und Rabatte, welche unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren sind. 1686 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567. 1687 BGE 129 II 18, 31 E. 6.5.5. 1688 CR Concurrence, AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 110; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 150; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 KG N 4.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 557

C.4.3.3 Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. b KG Gesetzesmaterialien und Lehre 2311. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 versteht unter Abreden über Bezugs- und Liefermengen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. b KG unter anderem: [...]die vorherige Festlegung der jeweiligen Marktanteile der Kartellmitglieder und die Festlegung von Mengenzielen in gewissen Gebieten bezeichnet werden. Auch Gruppenboykotte erfüllen den vorliegenden Vermutungstatbestand, weil sie einer Beschränkung auf die Menge Null gleichkommen. In welcher Weise und für welche Marktstufen die Mengen festgelegt werden, ist für die Anwendung der Vermutung ohne Bedeutung [...]1689 2312. Gemäss einer Lehrmeinung reduzieren Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. b KG künstlich das Angebot oder die Nachfrage.¹⁶⁹⁰ Mit anderen Worten beschlägt die Mengenbeschränkung den Bezug oder den Absatz bestimmter Produkte¹⁶⁹¹. Wie auch die Botschaft zählt die Lehre den Gruppenboykott, dessen Zweck es sei, einen oder mehrere betroffene Kunden oder Lieferanten vom Eintritt in den Markt zu hindern, zu den Abreden über Bezugs- und Liefermengen.¹⁶⁹² Der Gruppenboykott führt, wie auch die Botschaft erwähnt, auf eine vollständige Unterdrückung der angebotenen Menge im Gebiet.¹⁶⁹³ 2313. In der Literatur werden auch von den Verbandsmitgliedern befolgte Empfehlungen eines Verbands über die höchstens abzusetzende Menge als Mengenabreden qualifiziert.¹⁶⁹⁴ 2314. Die Vereinbarung der Sortimentskommission, gewisse Produkte nicht in die Stammdaten und damit nicht in die Teamkataloge aufzunehmen, ist vor diesem Hintergrund als Mengenabrede zu qualifizieren. Denn die Nichtaufnahmen basierten unter anderem darauf, dass sich ein Lieferant nicht an den dreistufigen Absatzweg hielt (Rz 2055) oder dessen Preispolitik nicht mit den Wünschen Verbandsmitglieder übereinstimmte (Rz 2055, 2059) und kam daher einer Boykottmassnahme gleich. Wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, ist diese Qualifikation praxiskonform. Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden 2315. Für das vorliegende Verfahren können die folgenden Fälle als Vergleich herangezogen werden: i. In der Vorabklärung Reorganisation des Biomilchmarktes qualifizierte das Sekretariat eine Vereinbarung als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. b KG, wonach Milch nur als Biomilch mit einem Knospe-Label von Bio Suisse gehandelt werden durfte, wenn sie durch eine Milchhandelsorganisation gehandelt wurde, die eine Be-

willigung von Bio Suisse eingeholt hatte. Bio Suisse entschied zudem, welche Milch nicht über eine zugelassene Biomilchhandelsorganisation verkauft werden durfte.1695

1689 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567 f. 1690 PHILIP M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 N 27. 1691 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 417; HOFFET (Fn 1638), in: Homburger et al., Art. 5 KG N 122; KOSTKA (Fn 1639), 489 Rz 1451 f. 1692 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 423; vgl. auch HOFFET (Fn 1644), in: Homburger et al., Art. 5 N 122; KOSTKA (Fn 1639), 490 Rz 1453; 493, Rz 1462. 1693 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1569), Art. 5 N 454. 1694 KOSTKA (Fn 1639), 490 Rz 1454. 1695 RPW 2005/3, 458, Rz 2; 463, Rz 45 f., Reorganisation des Biomilchmarktes.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 558

ii. In der Untersuchung Markt für Strassenbeläge qualifizierte die WEKO den folgenden Sachverhalt als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. b KG:1696 Die ABM hatte mit Siderit vereinbart, dass Siderit eine Mindestmenge aus der Produktion der ABM in der Schweiz absetzte.1697 Die Vereinbarung bezweckte und bewirkte, dass der Bezug von Strassenbelägen nur noch beschränkt über andere Mischgutanlagen erfolgen konnte und zudem nur zu geregelten Mengen, Preisen und Gebieten.1698 iii. In der Vorabklärung FTTH Freiburg stellte das Sekretariat fest, dass eine Vereinbarung, der zufolge Gebäudefasern von den Telekommunikationsmärkten ausgeschlossen werden, obwohl sie zur Bereitstellung von Datenübertragungsdienstleistungen hätten verwendet werden können, zu einer Einschränkung der angebotenen Menge an Glasfasern auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur führte.1699 EU-Praxis 2316. Der dem Art. 5 Abs. 3 lit. b KG entsprechende Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV verbietet die Einschränkung des Absatzes von Produkten. Für den vorliegenden Fall haben die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung Erkenntniswert: i. Im Fall Dansk Rindindustrie bestätigte der EuGH einen Kommissionsentscheid, in dem diese u.a. den Beschluss von sieben an einem Kartell beteiligten Unternehmen, die Kunden und Zulieferer eines nicht am Kartell beteiligten Unternehmens zu boykottieren, als verbotene Abrede im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert hatte.1700 ii. In der Entscheidung Elektrotechnische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte beurteilte die Kommission die von den Kartellmitgliedern ergriffenen Boykottmassnahmen im Lichte von Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV. Die Kartellmitglieder stellten Produkte aus Kohlenstoff her und verkauften zugleich Kohlenstoffblöcke an sog. Zuschneider. Die Zuschneider verarbeiteten die Kohlenstoffblöcke zu Fertigprodukten. Auf diese Weise waren die Zuschneider zugleich Kunden und Konkurrenten der Kartellmitglieder. Im Bereich der Fertigprodukte aus Kohlenstoff konkurrierten sie ihre Lieferanten. Um die Konkurrenz einzudämmen, beschlossen die Kartellmitglieder u.a., die Zuschneider mit gewissen Rohmaterialien nicht mehr zu beliefern.1701 Anwendung der genannten Praxis auf den vorliegenden Fall 2317. Wie bereits gesagt, kam die Vereinbarung der Sortimentskommission, gewisse Produkte nicht in die Stammdaten und nicht in die Teamkataloge aufzunehmen (Rz 2078 f.), einer Boykottmassnahme gleich. Sie dauerte bis 2012 an. Diese Beschlüsse der Sortimentskommission als Verbandsorgan waren gemäss Statuten (vgl. Rz 140 f.), für alle Verbandsmitglieder verbindlich. Deren Missachtung konnte zu einer Sanktion oder gar dem Verbandsabschluss führen. In Übereinstimmung mit der aufgeführten

Rechtsprechung (v.a. SVIT- Honorarrichtlinien) und Doktrin (Rz 2255) stellen die Beschlüsse somit rechtlich erzwingbare Vereinbarungen zwischen sämtlichen SGVSB-Verbandsmitgliedern dar. Gewisse Aspekte

1696 RPW 200/4, 618, Rz 135, Markt für Strassenbeläge. 1697 RPW 200/4, 597, Rz 43, Markt für Strassenbeläge. 1698 RPW 200/4, 608, Rz 88, Markt für Strassenbeläge. 1699 RPW 2012/2, 177, Rz 86 i.V.m. 180, Rz 123, FTTH Freiburg. 1700 EuGH verb. Rs C-189/02 et al. Dansk Rührindustrie, Slg. 2005, I-5488, Rz 23, 29. 1701

Kommissionsentscheid vom 3. Dezember 2003 in der Sache C.38.359 Rz 154 ff. Rz 237 ff., 278, Elektro- technische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38359/38359_35_1.pdf; gekürzte Version in KOMME, ABl. 2004 L 125/45, Elektrotechnische und mechanische Kohlenstoff- und Graphitprodukte; bestätigt durch EuG T-73/04 und EuGH C-554/08 P Le Carbone-Lorraine, ABl. 2010 C 11/5.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 559

des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts decken sich mit den bereits in der Praxis beurteilten Fällen: 2318. Ähnlich wie in der Vorabklärung Reorganisation des Biomilchmarktes war es ein Verband, der darüber entschied, ob ein gewisses Produkt in den Schweizer Markt eintreten konnte. Während der SGVSB über die Aufnahme der Produkte in die Stammdaten und damit in die Sortimente der Mitglieder beschloss, entschied Bio Suisse über den Verkauf eines Produktes als Biomilchprodukt. Zwar deckte der SGVSB im Unterschied zu Bio Suisse einzig 50 % des gesamten Marktes ab, dies ändert aber nichts am Umstand, dass der SGVSB mit der Ablehnung der Aufnahme in das Sortiment der SGVSB-Mitglieder, den Markteintritt der betroffenen Produkte bzw. Unternehmen wenn nicht verunmöglichte, so doch zumindest stark erschwerte. Der Bezug des abgelehnten Produktes war einzig noch über den Sanitär-grosshändler Sanitas Troesch möglich, dessen Sortiment stark demjenigen der SGVSB-Mitglieder ähnelte. Darin liegt zugleich eine Gemeinsamkeit mit dem Fall Markt für Strassenbeläge, wo die Vereinbarung der Kartellanten den Bezug von Strassenbelägen über alternative Anbieter einschränkte. Schliesslich gleicht der vorliegend zu qualifizierende Sachverhalt dem FTTH-Fall. Während im FTTH-Fall gewisse Gebäudefasern von den Telekommunikationsmärkten ausgeschlossen wurden, obwohl sie dazu geeignet gewesen wären, hinderte die Nichtaufnahme der Produkte in das SGVSB-Sortiment den Markteintritt, obwohl die Produkte dazu geeignet gewesen wären. 2319. Auch bestehen Parallelen zur genannten europäischen Praxis. Während im Fall Dansk Rührindustrie ein Unternehmen boykottiert wurde, das nicht am Kartell beteiligt war, boykottierten der SGVSB und seine Mitglieder Produkte bzw. Unternehmen, welche sich nicht zum dreistufigen Vertrieb oder der entsprechenden Preispolitik bekannten. In beiden Fällen richteten sich die Boykotte also gegen Marktteilnehmer, welche das Kartell destabilisierten. Die Parallele des vorliegenden Falles zum Kohlenstoff und Graphitprodukte-Fall besteht darin, dass sich die Boykotte in beiden Fällen gegen Marktteilnehmer richteten, welche zum einen Handelspartner und zum anderen Wettbewerber waren. In ersterem Fall waren dies die Zuschneider, in casu sind es die Hersteller, welche unter Umgehung des dreistufigen Absatzweges direkt an die Sanitärinstallateure lieferten und somit zu Konkurrenten der Sanitär-grosshändler wurden, welche ebenfalls die Sanitärinstallateure mit Sanitärprodukten bedienten. In beiden Fällen wurde dadurch der Wettbewerb eingeschränkt. 2320. Abschliessend steht somit fest, dass die Qualifizierung des vorliegenden Sachverhalts als Mengenabrede im Sinne von Art. 5

Abs. 3 lit. b KG sowohl mit der schweizerischen als auch der europäischen Praxis übereinstimmt. Die Schweizerische Praxis stimmt zudem mit der auf der Doktrin basierenden Qualifikation des Sachverhaltes als Mengenabrede überein. Die genannte europäische Praxis ist diesbezüglich weniger differenziert, zumal sie einfach auf das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV hinweist, ohne abschliessend auf einen bestimmten Tatbestand dieses Absatzes Bezug zu nehmen.

C.4.4 Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

C.4.4.1 Ablauf der Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung 2321. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 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.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 560

2322. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede zumindest wirksamer Restwettbewerb besteht. Um zu prüfen, ob wirksamer Restwettbewerb besteht, untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum einen, wie wichtig die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter waren. Je unbedeutender der Wettbewerbsparameter war, desto geringer ist die Auswirkung einer Abrede über diesen Parameter auf den Wettbewerb. Zum anderen prüfen die Wettbewerbsbehörden, welche disziplinierenden Kräfte auf die Partner der Abrede einwirkten. Je stärker diese disziplinierenden Kräfte wirkten, desto geringer war deren Auswirkung auf den Wettbewerb.

2323. Um zu entscheiden, ob die gesetzliche Vermutung widerlegt ist, untersuchen die Wettbewerbsbehörden praxisgemäss zwei Arten von disziplinierenden Kräften. Erstens wird der Wettbewerbsdruck von nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen geprüft (Aussenwettbewerb). Zweitens betrachten die Wettbewerbsbehörden den allenfalls verbleibenden Wettbewerb unter den Teilnehmern der Abreden (Innenwettbewerb).

2324. Bei der Analyse des Aussenwettbewerbs überprüfen die Wettbewerbsbehörden die disziplinierende Wirkung sowohl aktueller als auch potentieller Konkurrenten. 1702 Aktueller Wettbewerb geht von Unternehmen aus, welche vergleichbare Produkte und Leistungen auf demselben Markt anbieten. Potentielle Wettbewerber sind Unternehmen, die mittelfristig mit einem vergleichbaren Angebot in den Markt eintreten können.

2325. Mit Bezug auf den Innenwettbewerb ist gemäss Bundesgericht zu prüfen, ob die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder ob trotz Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren wirksamer Wettbewerb fortbesteht. 1703 Beim Innenwettbewerb wird demnach geprüft, in welchem Ausmass sich die Partner der Abrede effektiv an die Abrede hielten (quantitative Komponente des Innenwettbewerbs). Ferner wird geprüft, welche Wettbewerbsparameter von der Abrede betroffen sind (qualitative Komponente des Innenwettbewerbs). Sind keine dominanten Wettbewerbsparameter von der Abrede betroffen, besteht in der Regel ein gewisser qualitativer Restwettbewerb.

2326. Kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden, ist zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt. Bis anhin beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes sowohl nach qualitativen als auch nach quantitativen Kriterien. 1704 Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede

betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁰⁵ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁰⁶ In quantitativer Hinsicht ermittelt sie, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁰⁷ Gemäss Bundesgericht reicht es aus, dass die Abredeteilnehmer

¹⁷⁰² Vgl. bezüglich Aussenwettbewerb BGE 129 II 18, 35, E. 8.1. ¹⁷⁰³ BGE 129 II 18, 37, E. 8.1. ¹⁷⁰⁴ RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden, vgl. etwa RPW 2012/1, 109 Rz 189, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. ¹⁷⁰⁵ RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. ¹⁷⁰⁶ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte. ¹⁷⁰⁷ RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 561

zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁰⁸ Gemäss der bisherigen Praxis führt die Gesamtbetrachtung der qualitativen und quantitativen Kriterien zum Ergebnis, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. Nicht erforderlich ist, dass der Wettbewerb nach qualitativen Kriterien und nach quantitativen Kriterien jeweils als erheblich angesehen werden müsste.¹⁷⁰⁹ Horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden qualifizierte die WEKO bis anhin als besonders schwerwiegende Typen von Abreden, welche das qualitative Element der Erheblichkeit ohne weiteres erfüllten, weshalb sie an die Erfüllung des quantitativen Kriteriums der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen mehr stellte.¹⁷¹⁰ 2327. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hat diese Praxis nunmehr präzisiert. Das BVGer lässt es in seiner jüngsten Rechtsprechung zu direkt sanktionierbaren vertikalen Wettbewerbsabreden bereits genügen, dass ein qualitativ schwerwiegender Wettbewerbsverstoss vorliegt, um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen.¹⁷¹¹ Analog zur Erheblichkeitsprüfung bei vertikalen Abreden, muss der Schluss a fortiori auch bei horizontalen Abreden anwendbar sein, da die Schädlichkeit von Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprachen weitestgehend unbestritten und anerkannt ist.¹⁷¹² 2328. Folgende Passagen aus dem Urteil des BVGer, welche hier besonders interessieren, seien wörtlich zitiert: 2329. „Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“¹⁷¹³ Und weiter: „Das BVGer stellt nach dem Gesagten fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, Ziff. 3.2 stelle eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Damit handelt es sich, wie vorstehend ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede.“¹⁷¹⁴ In der Folge

prüfte das BVGer das quantitative Kriterium bloss noch „der Vollständigkeit halber“ und hielt in diesem Zusammenhang fest: „Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen.“¹⁷¹⁵ Mehrmals weist das BVGer sodann darauf hin, dass eine Rechtfertigung der Abreden aus wirtschaftlichen Effizienzgründen zulässig bleibt.²³³⁰ Das BVGer schliesst demnach aus der in Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung darauf, dass in Anbetracht des qualitativen Gehalts solcher Abreden immer zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben ist, und zwar losgelöst von allfälligen quantitativen Kriterien.¹⁷¹⁶ Aus Sicht des BVGer bein-

1708 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung. 1709 Vgl. RPW 2015/2, 309 Rz 368, Türprodukte; RPW 2012/4, 828 Rz 100, Vertrieb von Musik; Art. 12 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28.6.2010; abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (zuletzt aufgerufen am 13.1.2016). 1710 Vgl. RPW 2012/4 828 Rz 103, Vertrieb von Musik. 1711 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, Gaba/WEKO. 1712 Vgl. beispielsweise die Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3927. 1713 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, Gaba/WEKO. 1714 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.2.4, Gaba/WEKO. 1715 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, Gaba/WEKO. 1716 Dieser Auslegung der „erheblichen Beeinträchtigung“ durch das BVGer zustimmend ANJA WALKER, Golbalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter vom 10.2.2014, C.III., allerdings ohne vertiefte Analyse und mit der von ihr ohne Anhaltspunkte hierfür in dieses Urteil hineingelesenen Relativierung, dass bei Wi-
22-00055/COO.2101.111.7.135680 562

haltet mit anderen Worten die Beseitigungsvermutung a maiore ad minus eine Erheblichkeitsfiktion. Dies heisst nichts anderes, als dass eine Wettbewerbsabrede, welche vom Inhalt her unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt, in jedem Fall den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt und daher vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen unzulässig ist. Quantitative Kriterien, und damit unter anderem auch der Einhaltung- und Umsetzungsgrad, spielen hierbei keine Rolle.²³³¹ Diese zu Art. 5 Abs. 4 KG ergangene Rechtsprechung muss wie gesagt erst recht auch für unter Art. 5 Abs. 3 KG fallende Abreden gelten. Wie an anderer Stelle bereits festgehalten, sind die hier zu beurteilenden Abreden aufgrund ihres Inhalts unter Art. 5 Abs. 3 lit. a und b KG zu subsumieren. Infolgedessen sind sie – der zuvor dargestellten Rechtsprechung des BVGer folgend – per se als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren. Quantitative Kriterien sind bei dieser Beurteilung irrelevant.²³³² Vorliegend erfüllen die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern sowie die Abreden zwischen dem SGVSB und seinen Mitgliedern den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. b KG. Gemäss den Urteilen in Sachen Gaba und Gebro beeinträchtigen die Abreden damit den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.¹⁷¹⁷²³³³ Ob und inwiefern die WEKO bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3

und Abs. 4 KG weiterhin eine Prüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien durchzuführen hat, ist durch das Bundesgericht noch nicht geklärt. Aus diesem Grund überprüfen die Wettbewerbsbehörden vorliegend weiterhin die quantitativen und qualitativen Kriterien der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung des Wettbewerbs als erheblich, ist anschliessend zu prüfen, ob die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist.¹⁷¹⁸ C.4.4.2 Marktdefinition 2334. Um zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorangehend der von der Abrede betroffene Markt zu definieren. Namentlich ist der sachlich und räumlich relevante Markt abzugrenzen. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁷¹⁹

derlegung der Vermutung „in der Regel“ eine erhebliche Beeinträchtigung gegeben sei. Eine solche Relativierung findet sich im Urteil des BVGer aber nicht, vielmehr ist dieses ausgesprochen deutlich und absolut formuliert. Auch die Schlussfolgerung von WALKER, wonach das BVGer „nach Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte zum Schluss gelangt [sei], dass im konkreten Fall auf eine Marktanalyse verzichtet werden“ könne, steht nicht im Einklang mit den Ausführungen des BVGer in seinem Urteil. Denn das BVGer schloss aus der Subsumtion der Abrede unter Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund ihres Inhalts ohne Weiteres darauf, dass diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und dass quantitative Aspekte bei dieser Prüfung vollkommen unbeachtlich sind. Dies heisst aber denotwendigerweise nichts anderes, als dass nicht nur im konkreten Fall auf eine Marktanalyse verzichtet werden konnte, sondern dass dies immer der Fall ist, wenn eine Abrede aufgrund ihres Inhalts unter Art. 5 Abs. 4 und – erst recht – Abs. 3 KG fällt.¹⁷¹⁷ Die WEKO ist der Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro zuletzt gefolgt. Siehe insbesondere RPW 2015/2, 308 Rz 366 ff., Türprodukte; RPW 2015/2, 232 Rz 237 ff., Tunnelreinigung. ¹⁷¹⁸ RPW 2013/2, 194 Rz 258, Abrede im Speditionsbereich; RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC). ¹⁷¹⁹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 563

(i) Sachlich relevanter Markt 2335. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU1720, der hier analog anzuwenden ist). 2336. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁷²¹ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁷²² Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. ¹⁷²³ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.¹⁷²⁴ 2337. Die Partner der vorliegend in Frage stehenden Abreden sind Sanitär-grosshändler, welche sichtbare Sanitärprodukte anbieten (Sanitärprodukte vor der

Wand, vgl. B.4.3.1, Rz 303). Ihre direkten Nachfrager sind zur Hauptsache professionelle Sanitärinstallateure (90 %), zu einem geringen Anteil weitere professionelle Kunden (7 %) und zu einem minimalen Anteil private Endverbraucher (3 %). Aufgrund ihrer überwiegenden Nachfrage bilden die Sanitärinstallateure die zu beachtende direkte Marktgegenseite. Die Endkunden (Bauherr-schaft, Sanitärplaner, Architekten und Generalunternehmer) bestimmen die konkret nachge-fragten Produkte und bestimmen mit, bei welchem Grosshändler die Produkte eingekauft werden. Sie sind damit die zu beachtende indirekte Marktgegenseite (abgeleiteten Endnach-frage, vgl. B.4.3.1, Rz 303 ff. und Rz 546 ff.). 2338. Für die Nachfrager der Sanitär-grosshändler ist es wichtig, die für ein Objekt benötigten Produkte überwiegend bei einem einzigen Anbieter beziehen zu können. Mit anderen Worten fragt die Marktgegenseite ein gesamtes Sortiment von sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitär- produkte vor der Wand) nach. Von den Absatzkanälen von sichtbaren Sanitärprodukten bie-tet nur der dreistufige Fachhandel, also der Sanitär-grosshandel, die gesamte Sortimentsbrei-te an sichtbaren Sanitärprodukten an. Für die Sanitärinstallateure als direkte Marktgegensei-te ist zudem der Sanitär-grosshandel der weitaus bedeutendste Lieferant. (vgl. B.4.3.1, Rz 307 ff.). Aus der Sicht der Marktgegenseite ist der Sanitär-grosshandel daher nicht mit den anderen Vertriebskanälen substituierbar. Der sachlich relevante Markt besteht somit aus den Produkten des Sanitär-grosshandels. 2339. Alternative Absatzkanäle (Baumärkte, Einzelhandel und Direktvertrieb) decken jeweils nur einen geringen Teil des Sortiments eines Sanitär-grosshändlers ab und üben daher ge-ringen Wettbewerbsdruck aus. Somit besteht zwar ein indirekter Wettbewerbsdruck von den anderen Vertriebsformen (vgl. B.4.8(ii)b, Rz 745 ff.). Dieser indirekte Wettbewerbsdruck rechtfertigt die Einbeziehung der weiteren Absatzkanälen in den sachlich relevanten Markt jedoch nicht, sie werden aber dennoch bei der Analyse der Beseitigung des Wettbewerbs mit berücksichtigt. 2340. Sanitär-grosshändler vertreiben auch Waschautomaten und Wäschetrockner, wobei diese Produkte im Angebot der Sanitär-grosshändler eine Sonderstellung einnehmen. Denn

1720 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 1721 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 1722 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), Buchpreisbindung. 1723 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 1724 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 564

wie bereits nachgewiesen, bezieht die Marktgegenseite Waschmaschinen und Wäsche-trockner vor allem über Absatzkanäle ausserhalb des Sanitär-grosshandels (Rz 308, Rz 711 f.). Mit andern Worten gehören Waschmaschinen und Wäschetrockner nicht zum nachge-fragten gesamten Sortiment an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand). Sie werden vielmehr zusätzlich zu diesem Sortiment vertrieben. Es gelten entsprechend an-dere Wettbewerbsbedingungen als für die vom Grosshandel angebotenen Sanitärprodukte. Bei der Festlegung des Bruttopreises wird abweichend von anderen Sanitärprodukten der empfohlene Preis des Herstellers übernommen und die Rabattierung erfolgt teilweise auch für die verschiedenen Marken unterschiedlich 1725. Insgesamt unterliegen Waschautomaten und Wäschetrockner nicht der ansonsten vorherrschenden

„Preisordnung“¹⁷²⁶ im Sanitär- grosshandel. 2341. Entsprechend umschreibt die WEKO in Zusammenschlussverfahren im Sanitär- grosshandel den sachlich relevanten Markt mit sichtbaren Sanitärprodukten (z.B. Badewannen, Waschtische, Armaturen, Duschen, Badgarnituren).¹⁷²⁷ In ihrer späteren Praxis zu Zusammenschlüssen in Sachen Coop/Fust ordnete die WEKO Waschautomaten und Wäschetrockner einem Markt für Weisswaren zu, welcher in weitere Märkte unterteilt werden kann.¹⁷²⁸ 2342. Zusammenfassend steht somit fest, dass der sachlich relevante Markt aus dem Sortiment an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) des Sanitär- grosshandels besteht. Die ebenfalls durch die Sanitär- grosshändler angebotenen Waschautomaten und Wäschetrockner gehören zu einem anderen sachlich relevanten Markt. (ii) Räumlich relevanter Markt 2343. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist). 2344. In der bisherigen Praxis der WEKO in Zusammenschlussverfahren wurde als Absatzmarkt für den Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand) ein regionaler Markt abgegrenzt.¹⁷²⁹ Dies wurde unter anderem mit dem zumeist auf 50-60 km beschränkten Transportradius von den Lagern zum Kunden sowie den räumlich beschränkten Aktivitäten einiger Händler begründet. Die Auswertungen der räumlichen Ausdehnung der Grosshandelstätigkeit (B.4.4, Rz 314 ff.) bestätigen das Bild eines regionalen Wettbewerbs. Somit ist der räumlich relevante Markt regional abzugrenzen.

¹⁷²⁵ Dies zeigt sich beispielsweise in den separaten Rabattkategorien in Act. 370.1, 21-24 und Act. 469 Beilage 3 Register VI.m. ¹⁷²⁶ Vgl. dazu Act. 427 jeweils die Warenumsatz-Kategorie 3, welcher die Waschautomaten und Wäschetrockner zugewiesen sind. Über den gesamten Zeitraum von 1999 bis 2011 findet sich die Beschreibung „Verschiedene Artikel des Sortimentes werden über unterschiedliche Vertriebswege den Endverbrauchern angeboten. Solche Apparate lassen sich nicht in die Struktur der Preisordnung einbauen und werden deshalb der Warenumsatz-Kategorie 3 (UMK 3) zugeordnet.“ ¹⁷²⁷ RPW 2000/1, 56, Gétaz Romang/Miauton, RPW 2002/3, 492 ff. Richner AG/Vicom Baubedarf AG, RPW 2002/4, 620, Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG, RPW 2005/2, 338, Saint-Gobain/Sanitas Troesch, RPW 2007/2, 311, CRH Gruppe/Gétaz Romang. ¹⁷²⁸ RPW 2008/3, 481 Rz 72, 84 ff., Coop/Fust. ¹⁷²⁹ In RPW 2000/1 Gétaz Romang/Miauton, 58 f., und RPW 2005/2 Saint-Gobain/Sanitas Troesch, 339. Wird ein regionaler Markt für die Romandie abgegrenzt, in Richner AG/Vicom Baubedarf AG (RPW 2002/3, 493 ff.) werden als regionale Märkte den Grossraum Bern und Luzern abgegrenzt und in RPW 2002/4, 620, Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG wird als regionaler Markt das Gebiet Grossraum Zürich/“nördliches Mittelland“ abgegrenzt.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 565

(iii) Konklusion 2345. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Marktgegenseite die Installateure sind, deren konkret nachgefragten Produkte wesentlich von der abgeleiteten Endnachfrage der Bauherren bzw. Architekten abhängt. Der sachlich relevante Markt besteht aus dem Sanitär- grosshandel und umfasst das Sortiment der Sanitär- grosshändler an sichtbaren Sanitärprodukten (Sanitärprodukte vor der Wand). Waschmaschinen und Wäschetrockner sind nicht Bestandteil des Sortiments des sachlich relevanten Marktes. In räumlicher Hinsicht ist der Markt regional abzugrenzen. 2346. Die Merkmale des Marktes (Produkte und Vertrieb, Marktteilnehmer, Wettbewerbsparameter, räumliche Ausdehnung und Wettbewerbsdruck) wurden im Rahmen des Sachverhaltes bereits bewiesen.

Diesbezüglich sei auf Titel B.1 bzw. Rz 294 ff. verwiesen. Die anschliessenden Ausführungen stützen sich auf die dort gemachten Feststellungen und Konklusionen, ohne diese Beweise erneut herzuleiten und zu erklären. Zusammenfassend seien die folgenden Beweise, welche der Marktabgrenzung zu Grunde liegen, noch einmal in Erinnerung gerufen: - Die bedeutendsten Marktteilnehmer sind Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Bringhen. Von den übrigen Anbietern von Sanitärprodukten, also weitere Sanitär-grosshändler oder Anbieter in anderen Absatzkanälen, geht geringer Wettbewerbsdruck aus (vgl. dazu B.4.8, Rz 740ff.). - Der dominante Wettbewerbsparameter im Sanitär-grosshandel ist der Preis. Weitere Wettbewerbsparameter können zwar festgestellt werden, sind jedoch von sekundärer Bedeutung (Vgl. B.4.6, Rz 458 ff.). Beim Wettbewerbsparameter Preis gilt es die verschiedenen Preisbestandteile zu berücksichtigen. Sowohl der Bruttopreis als auch die darauf gewährten Rabatte sind im Wettbewerb bedeutend (vgl. B.4.7, Rz 470 ff.).

C.4.4.3 Überprüfung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 2347. Bei der Prüfung der Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung werden zuerst die Wettbewerbsabreden überprüft an denen der SGVSB, seine Mitglieder und Sanitas Troesch beteiligt waren (C.4.4.3.1, Rz 2349 ff.). Im Anschluss daran überprüfen die Wettbewerbsbehörden die Wettbewerbsabreden, die sich innerhalb des SGVSB abgespielt haben (C.4.4.3.2, Rz 2401 ff.) und schliesslich die Wettbewerbsabreden, welche den Kanton Wallis betreffen (C.4.4.3.3.2431 ff.).

C.4.4.3.1 Wettbewerbsabreden zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch 2348. Die Wettbewerbsabreden zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch können in drei zeitliche Abschnitte unterteilt werden. Die Frage, ob die gesetzliche Vermutung aufgrund der Abreden, welche zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch abgeschlossen wurden, umgestossen werden kann, ist entsprechend für jeden dieser drei Teile zu beantworten. (i) Preisabreden zwischen 1997-2004 (Koordinierung der Bruttopreisniveaus) 1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung 2349. Zwischen 1997 und 2004 schlossen der SGVSB, seine Mitglieder sowie Sanitas Troesch folgende Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG: a. Die Koordinierung der Bruttopreisniveau- und Rabattniveausenkung für das Jahr 1997 (Rz 822 f.),

22-00055/COO.2101.111.7.135680 566

b. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1998 (Rz 841), c. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 1999 (Rz 865 f.), die im Jahr 2000 nachwirkte (Rz 878), d. die Koordinierung des Bruttopreis- und Rabattniveaus für das Jahr 2001, die gemeinsame Erarbeitung von Rabattgruppen, inkl. die gemeinsame Schaffung der Rabattgruppe Wellness im Jahr 2001 und die selektive Bruttopreis- und Rabattherabsetzung im Bereich Wellness im Umfang von 15 % (Rz 935 ff.), e. die Koordinierung der Bruttopreissenkung 2003 sowie die gemeinsame Festlegung des Eurowechselkurses (Rz 1036 ff.), f. die gemeinsame Koordinierung der Bruttopreissenkung und Rabattsenkung im Jahr 2004/2005 (Rz 1140 ff., Rz 1159, Rz 1183) und g. die Weiterentwicklung und Integration der Rabattgruppen in die Installateursoftware (Rz 1211 f.) 2350. Mit Bezug auf diese Abreden fragte es sich, ob genügend Aussenwettbewerb oder Innenwettbewerb gegeben war, um die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen. a. Aussenwettbewerb 2351. Die exakten Marktanteile der Verfahrensparteien in der Periode von 1997 bis 2004 sind nicht mehr feststellbar. Allerdings hält der Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärgewerbe von 1991 fest, dass der SGVSB im Wesentlichen den Sanitärfach-grosshandel

repräsentierte und nach eigenen Angaben einen Marktanteil zwischen 67 % (Armaturen) und 90 % (Keramik) hielt.¹⁷³⁰ Dabei ist zu bedenken, dass im Jahr 1991 Sanitas Troesch noch Mitglied des SGVSB war. Ferner ist erwiesen, dass die Mitglieder des SGVSB und Sanitas Troesch im Jahr 2004 kumulativ zumindest 90 % der Marktanteile innehatten (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Die kumulierten Marktanteile von Sanitas Troesch und den Mitgliedern des SGVSB waren 1991 und 2004 praktisch identisch. Aufgrund dieser Faktenlage kann ausgeschlossen werden, dass sich die kumulativen Marktanteile zwischen diesen beiden Zeitpunkten in relevanter Weise verändert hätten. Bei kumulativen Marktanteilen in der Höhe von 90 % der Partner der Abrede, ist der Einfluss allfälliger aktueller Aussenwettbewerber mit Marktanteilen von insgesamt rund 10 % gering. Da die Sanico Hub AG sich 1997 der gleichzeitigen Senkung von Bruttopreisen und Rabatten widersetzte, bestand 1997 immerhin eine Ausweichmöglichkeit. Sanico Hub erklärte sich für das Jahr 1998 zur Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des SGVSB bereit und begann ihr Preisniveau dem der Mitglieder des SGVSB und damit Sanitas Troesch auf das Jahr 1998 anzupassen. Im Jahr 1998 fusionierte die Sanico Hub AG mit einem SGVSB-Mitglied zur Sanico Wunderli und anschliessend mit der Jura-Holding (heute CRH, Rz 809). Dies zeigt, dass Sanico als Aussenwettbewerber nicht disziplinierend wirkte, sondern sich ihrerseits anpasste und eingebunden wurde. Somit bestanden keine Aussenwettbewerber, welche eine disziplinierende Wirkung in den Jahren 1997 bis 2004 entfalten konnten. 2352. Ferner steht fest, dass in der Zeitperiode zwischen 1997 und 2004 keine Markteintritte erfolgten, welche die Abrede destabilisiert hätten. Anders ausgedrückt vermochten auch aus damaliger Sicht potentielle Wettbewerber keinen genügenden Wettbewerbsdruck aufzubauen, um die Wettbewerbsbeschränkung durch die Abreden aufzuwiegen.

¹⁷³⁰ Vgl. dazu VKKP 1991/2, 23, Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitärgewerbe.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 567

b. Innenwettbewerb 2353. Sämtliche SGVSB-Mitglieder verfügten zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise, weshalb lediglich Sanitas Troesch durch ein Abweichen Wettbewerbsdruck innerhalb des Kartells hätte erzeugen können. Genau dies war jedoch nicht der Fall. Es beteiligte sich somit rund 90 % des dreistufigen Grosshandelsmarkts an der Abrede. Die Abrede bezog sich auf Bruttopreise und Rabatte und damit auf die zentralsten Parameter im Wettbewerb um Installateure und Endkunden. Da die Bruttopreise identisch waren, fand kein Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden statt. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler weitgehend darauf, sich gegenseitig mit unterschiedlichen Rabatten, gestützt auf unterschiedliche Bruttopreise, einem Wettbewerb um die Installateure auszusetzen. Da den Installateuren die Rabatte objektindividuell gewährt wurden, bestand jedoch ein gewisser Restwettbewerb um die Installateure. Mit anderen Worten war der wirksame Wettbewerb zwischen den Sanitär-grosshändlern um Installateure und Endkunden zwar schwerwiegend verfälscht, jedoch nicht vollständig ausgeschaltet. 2354. Zusammenfassend haben die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel in der Zeitspanne von 1997 bis 2004 zwar schwerwiegend verfälscht, jedoch bestand ein schwacher Restwettbewerb, der bei der rechtlichen Würdigung zugunsten der Parteien zur Umstossung der gesetzlichen Vermutung führt. Es fragt sich daher, ob die Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt haben. 2. Prüfung der Erheblichkeit a. Qualitative Kriterien 2355. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxismässig die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im

betroffenen Markt¹⁷³¹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷³² Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷³³ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷³⁴ Nichtsdestotrotz sei darauf hingewiesen, dass die Parteien erwiesenermassen die Bruttopreissetzung, die Rabattsetzung und damit die Nettopreise beeinflusst haben. Damit griffen die Parteien in die Preissetzung und damit den zentralen Wettbewerbsparameter ein (vgl. Rz 733 ff.). Der vorliegende Restwettbewerb, der auf einer objektindividuellen Rabattierung basiert, vermag die umfassende Verfälschung des wirksamen Wettbewerbs nicht auszugleichen. Denn Sanitas Troesch und die Mitglieder des SGVSB verfügten aufgrund der Abrede zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise. Dadurch entzogen sich diese Grosshändler dem Wettbewerb mit Bruttopreisen um die Endkunden und deren professionelle Vertreter wie Architekten, Generalunternehmer und Sanitärplaner. Die Endkunden und ihre Vertreter hatten keine Möglichkeit, den für sie günstigsten Sanitär-grosshändler aufgrund

1731 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

1732 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte. 1733 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567. 1734 RPW 2015/2, 233 Rz 244, Tunnelreinigung; RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 568

unterschiedlicher Bruttopreise zu erkennen, wie dies bei wirksamen Wettbewerb der Fall wäre. Die Sanitär-grosshändler waren nicht gezwungen, ihre Bruttopreise dem günstigsten Konkurrenten anzupassen und damit auch die Nettopreise zu senken. Sanitas Troesch und die Mitglieder des SGVSB verzichteten darauf, mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise andere Grosshändler ebenfalls zu höheren Rabatten und damit tieferen Nettopreisen zu zwingen. Bei wirksamen Wettbewerb hätte die Möglichkeit bestanden, dass Endkunden gestützt auf tiefere Bruttopreise günstiger hätten einkaufen können und dass Installateure aufgrund von Rabattunterschieden auf höhere Rabatte und damit tiefere Nettopreise hinwirken hätten können. 2357. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern zu einheitlichen Bruttopreisen und den damit einhergehenden Rabatten betraf den zentralen Wettbewerbsparameter Preis, weshalb eine in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegende Abrede vorliegt. b. Quantitative Kriterien 2358. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷³⁵ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu

bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷³⁶ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu.²³⁵⁹ Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.). i. Aussenwettbewerb 2360. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2351 f.). Zusammenfassend sei nochmals Folgendes erwähnt: 2361. Der SGVSB repräsentierte zwischen 1997 bis 2004 im Wesentlichen den Sanitärfach-grosshandel und hielt einen Marktanteil zwischen 67 % (Armaturen) und 90 % (Keramik).¹⁷³⁷ Ferner ist erwiesen, dass die Mitglieder des SGVSB und Sanitas Troesch im Jahr 2004 kumulativ zumindest 90 % der Marktanteile auf sich vereinigten (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Mit anderen Worten waren sämtlichen führenden Sanitär-grosshändler der Schweiz an der Abrede über den Wettbewerbsparameter Preis beteiligt. Bei kumulativen Marktanteilen der Partner der Abrede von 90 % ist der Einfluss allfälliger aktueller Aussenwettbewerber mit Marktanteilen von insgesamt rund 10 % gering. Gemäss Bundesverwaltungsgericht reichen Marktanteile von Aussenwettbewerbern im Umfang von 10 % nicht aus, um wirksamen Aus-

¹⁷³⁵ RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230. ¹⁷³⁶ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung. ¹⁷³⁷ Vgl. dazu VKKP 1991/2, 23, Die Wettbewerbsverhältnisse im Sanitär-gewerbe.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 569

senwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen.¹⁷³⁸ 2362. Da die Sanico Hub AG sich 1997 der gleichzeitigen Senkung von Bruttopreisen und Rabatten widersetzte, bestand 1997 immerhin eine Ausweichmöglichkeit. Sanico Hub erklärte sich aber für das Jahr 1998 zur Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des SGVSB bereit und begann ihr Preisniveau dem der Mitglieder des SGVSB und damit Sanitas Troesch auf das Jahr 1998 anzupassen. Im Jahr 1998 fusionierte die Sanico Hub AG mit einem SGVSB-Mitglied zur Sanico Wunderli und anschliessend mit der Jura-Holding (heute CRH) (Rz 809). Dies zeigt, dass Sanico als Aussenwettbewerber nicht disziplinierend wirkte, sondern sich ihrerseits anpasste und eingebunden wurde. Somit bestanden keine Aussenwettbewerber, welche eine disziplinierende Wirkung in den Jahren 1997 bis 2004 entfalten konnten. 2363. Ferner steht fest, dass zwischen 1997 und 2004 keine neuen Sanitär-grosshändler in den Markt für Sanitär-grosshandel eintraten. Die Abrede wurde also auch nicht dadurch destabilisiert. Anders ausgedrückt vermochten auch aus damaliger Sicht potentielle Wettbewerber keinen genügenden Wettbewerbsdruck aufzubauen, um die Wettbewerbsbeschränkung durch die Abreden zu kompensieren. ii. Innenwettbewerb 2364. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2353 f. gemachten Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend steht fest, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder zwischen 1997–2004 über identische Bruttopreise verfügten, weshalb einzig Sanitas Troesch durch ein Abweichen, Wettbewerbsdruck innerhalb des Kartells hätte erzeugen können. Durch die Preisabsprache

war dies nicht der Fall. Es beteiligten sich somit rund 90 % des dreistufigen Grosshandelsmarkts an der Abrede. Die Abrede bezog sich auf Bruttopreise und Rabatte und damit die zentralsten Parameter im Wettbewerb um Installateure und Endkunden. Da die Bruttopreise identisch waren, fand kein funktionierender Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Sanitär-grosshändler um Endkunden statt. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler durch die gemeinsam entwickelten Rabattgruppen und Rabattbandbreiten einander unabhängig zu konkurrieren. Der Rabattwettbewerb war von vornherein stark eingeschränkt. Der Umstand, dass die Sanitär-grosshändler objektindividuell Rabatte gewährten, vermag diesen Eingriff in den Preiswettbewerb nicht aufzuwiegen. c. Konklusion 2365. Zusammenfassend haben die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel in der Zeitspanne zwischen 1997 bis 2004 umfassend verfälscht. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG: (ii) Preisabrede 2004/2005 (Koordination der Senkung des Bruttopreinsniveaus 2004/2005) 1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung 2366. Der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch koordinierten die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 (B.5.2.1.9, Rz 1040 ff., 1140, Rz 1146 ff.). Die Abrede umfasst sowohl die Festlegung des Bruttopreinsniveaus als auch die Senkung des Ra-

1738 Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, Sigenia Aubi AG/WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 570

battniveaus. Somit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen. a. Aussenwettbewerb 2367. Sanitär-grosshändler, welche nicht an der Abrede beteiligt sind, weisen bei der Umsetzung der Abrede im Jahr 2005 einen Marktanteil von weniger als 5 % aus (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Diese 5 % Marktanteile setzen sich aus mehreren sehr kleinen Sanitär-grosshändlern zusammen, welche geringen Wettbewerbsdruck auf die Partner der Abrede auszuüben vermögen. 2368. Weiter kann Wettbewerbsdruck von anderen Vertriebskanälen ausgehen, wobei die dadurch entfaltete disziplinierende Wirkung geringer ist als bei Unternehmen im Sanitär-grosshandel. Andere Vertriebskanäle vereinigten im Jahr 2005 einen Umsatzanteil von 14 % des Handels mit Sanitärprodukten auf sich (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Die gemeinsame Bruttopreissenkung auf das Jahr 2005 hatte u.a. zum Ziel, den Wettbewerbsdruck dieser weiteren Absatzkanäle zu neutralisieren. Damit steht fest, dass der Wettbewerbsdruck alternativer Absatzkanäle die Abrede nicht destabilisierte, sondern das gemeinsame Vorgehen der Verfahrensparteien gerade begünstigte. Wie zudem die Auswertung der Markteintrittsschranken und der verschiedenen Markteintritte zwischen 2004 und 2012 ergab (vgl. Rz 749 ff.), bestand kaum spürbarer Wettbewerbsdruck seitens potentieller Konkurrenten. 2369. Insgesamt ist also festzustellen, dass Aussenwettbewerb im festgestellten Umfang und in seiner Struktur zu gering war, um die Partner der Abrede zu disziplinieren. b. Innenwettbewerb 2370. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu bedenken, dass die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 von sämtlichen Teilnehmern der Abrede erfolgreich umgesetzt wurde (vgl. Rz 1148 ff.). Es gab keine internen Abweichungen von der Abrede. 2371. Die Tatsache, dass die Mitglieder des SGVSB ihre Bruttopreise mit 10 % und Sanitas Troesch die Bruttopreise mit 11 %

geringfügig unterschiedlich senkten, ist für sich genommen nicht relevant, dass diese Senkungen der Abrede entsprechen. Aus demselben Grund fällt die Erhöhung des Bruttopreisniveaus durch Sanitas Troesch Mitte 2005 um 2 % immer noch in den Rahmen der Absprache und stellt keine relevante Abweichung dar.¹⁷³⁹ Die Bruttopreise waren auch 2005 noch beinahe identisch, weshalb kaum Wettbewerb zwischen den an den Abreden beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden stattfand. Mit der gleichzeitigen Senkung der Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % verhinderten die Grosshändler, dass ein Wettbewerb um Installateure mit unterschiedlichen Rabattniveaus gestützt auf unterschiedliche Bruttopreisniveaus überhaupt entstehen konnte. Die Installateure hatten keine Möglichkeit der Rabattekürzung durch die Grosshändler zu entgehen und auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Da den Installateuren die Rabatte objektindividuell gewährt wurden, bestand jedoch ein gewisser Restwettbewerb um die Installateure. Der Wettbewerb wurde daher nicht vollständig ausgeschaltet, sondern es bestand noch ein gewisser stark eingeschränkter Restwettbewerb.²³⁷² Da die Preissetzung von der Abrede betroffen ist, jedoch noch geringfügige Abweichungen in den Bruttopreis- und Rabattsatzungen bestehen, gehen die Wettbewerbsbehörden von einem gewissen Restwettbewerb aus. Die Wettbewerbsbehörden schliessen zugunsten der Parteien darauf, dass gerade so viel Innenwettbewerb besteht, um die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen.

1739 RPW 2012/3, 627, Tabelle 3, 635, Tabelle 4, 642 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 571

2373. Insgesamt steht somit fest, dass die Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2004/2005 den Wettbewerb im Sanitär-grosshandel nicht beseitigt hat und die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen ist. Es ist daher anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen, ob die Abrede erheblich war. 2. Prüfung der Erheblichkeit a. Qualitative Kriterien 2374. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxismässig die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁴⁰ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁴¹ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁴² Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁴³ 2375. Die Koordination der Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch umfasst sowohl die Festlegung des Bruttopreisniveaus als auch die Senkung des Rabattniveaus. Damit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen. 2376. Da sich Sanitas Troesch, der SGVSB bzw. seine Mitglieder aufeinander abstimmten, die Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % zu senken, sorgten sie dafür, dass 2005 die Bruttopreise von Sanitas Troesch und den Mitgliedern des SGVSB nur geringfügig voneinander abwichen. Dadurch verhinderten sie, dass sich aufgrund einer stärkeren Senkung der Bruttopreise eines Grosshändlers ein wirksamer Wettbewerb mit Bruttopreisen gegenüber den weiteren

Grosshändlern um Endkunden entfalten konnte. Die Sanitär-gross- händler verhinderten, dass sie ihre Bruttopreise dem günstigsten Konkurrenten anpassen und damit ihre Nettopreise senken mussten. Sanitas Troesch konnte aufgrund des mangeln- den Wettbewerbs um Bruttopreise im Jahr 2005 sogar seine Marge durch ein Anheben der Bruttopreise erhöhen. Durch die gleichzeitige Senkung der Bruttopreise und Rabatte um 10 % bzw. 11 % verhinderten Sanitas Troesch, der SGVSB bzw. seine Mitglieder, dass sich Installateure der Rabattkürzung entziehen konnten. Die Installateure hatten keine Möglichkeit auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Ra- battniveau auszuweichen. Damit verhinderten sie zum einen Marktanteilsverluste aufgrund abwandernder Installateure. Zum andern verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten, welcher zu eine Senkung der Nettopreise geführt hätte. 2377. Folglich liegt mit der Abrede zwischen Sanitas Troesch, dem SGBSB und seinen Mit- gliedern, die Bruttopreise und Rabatte auf 2005 um 10 % bzw. 11 % zu kürzen, eine in quali- tativer Hinsicht besonders schwerwiegende Abrede über die im Wettbewerb zentralen Preis- bestandteile Bruttopreis und Rabatte vor.

1740 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/ SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, O- esch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. 1741 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte. 1742 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. Novem- ber 1994, BBl. 1995 I 567. 1743 RPW 2015/2, 233 Rz 244, Tunnelreinigung; RPW 2009/2, 151 Rz 69, Sécateurs et cisailles.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 572

b. Quantitative Kriterien 2378. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwer- wiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt. 1744 Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteil- nehmer einen erheblichen Marktanteil halten. 1745 Den Marktanteilen kommt also bei der Prü- fung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu. 2379. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussen- wettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaus- senseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beur- teilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.) i. Aussenwettbewerb 2380. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2367 ff.). An der Abrede hatten sich Sanitär-grosshändler beteiligt, welche kumulativ 90,7 %–95,4 % Marktanteile des Sanitär-grosshandels auf sich vereinigten. Sanitär-grosshändler, welche nicht an der Abrede beteiligt waren, wiesen im Jahr 2005 einen Marktanteil von weniger als 5 % aus (vgl. Tabelle 4, Rz 748). Diese 5 % der aktuellen

Aussenwettbewerber setzen sich aus mehrere sehr kleinen Sanitär-grosshändlern zusammen, die kaum Wettbewerbsdruck auf die Partner der Abrede auszuüben vermochten, wie die Umsetzung der Abrede bewies. Gemäss Bundesverwaltungsgericht vermögen Aussenwettbewerber mit Marktanteilen im Umfang von 10 % keinen wirksamen Aussenwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen. 1746 Ebenso ist erwiesen, dass kaum Wettbewerbsdruck aufgrund von neu in den Markt eintretenden potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.) bestand. 2381. Insgesamt war die gleichzeitige Senkung von Bruttopreisen und Rabatten um 10 % bzw. 11 % auf das Jahr 2005 war eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. ii. Innenwettbewerb 2382. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2370 ff. gemachten Ausführungen verwiesen. Es sei zusammenfassend noch einmal darauf hingewiesen, dass die Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus 2004/2005 von sämtlichen Teilnehmern der Abrede erfolgreich umgesetzt wurde (vgl. Rz 1148 ff.). Es gab keine internen Abweichungen von der Abrede. 2383. Die leicht unterschiedliche Senkung der Bruttopreise im Umfang von 10 % durch die SGVSB-Mitglieder und 11 % durch Sanitas Troesch, stellt keine Abweichung dar, sondern entspricht der Abrede. Auch die Erhöhung des Bruttopreisniveaus durch Sanitas Troesch

1744 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230. 1745 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung. 1746 Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, Sigenia Aubi AG/WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 573

Mitte 2005 um 2 % stellt keine relevante nachträgliche Abweichung dar. 1747 Die Bruttopreise waren auch 2005 noch beinahe identisch, weshalb kaum Wettbewerb zwischen den an den Abreden beteiligten Sanitär-grosshändlern um Endkunden stattfand. Mit der gleichzeitigen Senkung der Bruttopreise und Rabatte im Rahmen von 10 % bis 11 % verhinderten die Grosshändler zudem, dass ein funktionierender Wettbewerb um Installateure mit unterschiedlichen Rabattniveaus gestützt auf unterschiedliche Bruttopreisniveaus überhaupt entstehen konnte. Die Installateure hatten keine Möglichkeit der Rabattkürzung durch die Grosshändler zu entgehen und auf einen Grosshändler mit einem gegenüber 2004 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Gleichzeitig verzichteten die Grosshändler durch die gemeinsam entwickelten Rabattgruppen und Rabattbandbreiten einander unabhängig zu konkurrieren. Der Rabattwettbewerb war von vornherein stark eingeschränkt. Der Umstand, dass die Sanitär-grosshändler objektindividuell Rabatte gewährten, vermag diesen Eingriff in den Preiswettbewerb nicht aufzuwiegen. c. Konklusion 2384. Die Absprache durch die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveau 2004/2005 gemeinsam zu senken, verfälschte den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. (iii) Preisabrede 2012 (Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2012) 1. Umstossung der gesetzlichen Vermutung 2385. Sanitas Troesch, CRH, Sabag und Innosan koordinierten 2012 eine Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus (vgl. B.5.2.4, Rz 1235 ff., B.5.2.4.13, Rz 1720ff.). Somit ist der dominante Wettbewerbsparameter Preis umfassend von der Abrede betroffen. a. Aussenwettbewerb 2386. Sanitas Troesch, CRH und Sabag wiesen im Markt für Sanitär-grosshandel in der ge-

samten Schweiz einen gemeinsamen Marktanteil von 85.6 % im Jahr 2011 auf und im Jahr 2012 von 85.9 % (vgl. vgl. Tabelle 3, Rz 742). Die Teampur-Grossisten Sanidusch, Burgenner, Kappeler, San Van und Spaeter sind im Vergleich dazu jeweils sehr klein; alle diese Unternehmen verfügen über weniger als 1 % Marktanteile und sind nur regional tätig. Der grösste Aussenwettbewerber und viert grösste Sanitär-grosshändler in der Schweiz, Bringhen, ist ebenso wenig in der gesamten Schweiz tätig und verfügt landesweit über [5-10 %] Marktanteile. Bereits anhand dieser Marktanteile ist ersichtlich, dass kaum wirksamer Aussenwettbewerb bestand. Die geringe disziplinierende Wirkung von Bringhen auf die Teilnehmer der Abrede kam zum Vorschein, als diese 2012 im Rahmen der allgemeinen Brutto-preissenkung mit ihren Preisen über 10 % von ihren Konkurrenten abwich. Bringhen sah sich daraufhin veranlasst, ihre Bruttopreise im Februar 2012 anzupassen (vgl. Rz 1645) und die bereits gedruckten Kataloge einzustampfen. Mit anderen Worten passte sich die Aussenseiterin der Abrede den von den Teilnehmerinnen der Abrede geschaffenen Marktgegebenheiten an und nicht die Teilnehmerinnen der Abrede dem Aussenseiter der Abrede. 2387. Im Hinblick auf allfällige Wettbewerber ausserhalb des relevanten Marktes für Sanitär-grosshandel gilt Folgendes: Die Vertriebskanäle ausserhalb des Sanitär-grosshandels erreichten im Jahr 2012 einen Umsatzanteil am Handel mit Sanitärprodukten von 21 % (vgl. [Anhang]). Es ist zu bedenken, dass das Angebot dieser Konkurrenten sehr eingeschränkt ist

1747 RPW 2012/3, 627, Tabelle 3, 635, Tabelle 4, 642 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 574

und sie kein breites und vollständiges Produktesortiment wie die Verfahrensparteien anbieten können. Dieser Umstand und die verhältnismässig geringen Anteile am Handel mit Sanitärprodukten vermögen das Verhalten der Teilnehmer der Abrede kaum zu disziplinieren. Zumindest verhinderte dies nicht, dass Sanitas Troesch, Richner und Gétaz (CRH) sowie Sabag die Bruttopreise aufeinander abgestimmt haben, um dem Wettbewerbsdruck der anderen Vertriebskanäle zu entgehen. 1748 2388. Wie zudem die Auswertung der verschiedenen Markteintritte zwischen 2004 und 2012 ergab, entstand kaum eingeschränkter Wettbewerbsdruck von potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.). Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann somit nicht allein aufgrund von Aussenwettbewerb umgestossen werden. b. Innenwettbewerb 2389. Bezüglich des Innenwettbewerbs der Teilnehmer der Abrede steht fest, dass die Umsetzung der koordinierten Bruttopreissenkung 2012 heterogen erfolgte. So beschloss Sanitas Troesch eine Senkung um 20 % (Rz 1449), Sabag eine Senkung um 20 % (Rz 1556) und CRH eine Senkung um 18 % (Rz 1431). Die tatsächliche Senkung über das Sortiment ergab weitere Unterschiede. Das Bruttopreisniveau von Sabag sank im Schnitt um bis zu 2,2 % weniger als das von Sanitas Troesch, das Bruttopreisniveau von CRH sank gegenüber Sanitas Troesch um bis zu 4,1 % weniger (Rz 1644 ff.). Trotz dieser Unterschiede steht zweierlei fest: Erstens wurde die Abrede über die grundlegende Senkung der Bruttopreise umgesetzt, zweitens wurde das Bruttopreisniveau in ähnlichem Ausmass gesenkt. Wie gesagt, bezog sich die Abrede auf das Bruttopreisniveau und das damit einhergehende Rabattniveau, womit der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen war. Mit der Senkung im Rahmen der beschlossenen 18 % bis 20 % behielten die Sanitär-grosshändler ein vergleichbares Bruttopreis- und Rabattniveau bei. Die Installateure konnten nicht auf einen anderen im Wettbewerb bedeutenden Grosshändler

mit einem gegenüber 2011 vergleichbaren Bruttopreis- und Rabattniveau ausweichen. Dadurch verhinderten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan einerseits eine Abwanderung von Installateuren und damit einhergehenden Marktanteilsverlusten. Andererseits verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten. Dadurch hätten sie eine Erhöhung der Rabatte und damit ein Abfallen der Nettopreise riskiert. Zumal die Sanitär-grosshändler den Installateuren aber objektindividuelle Rabatte gewährten, die Bruttopreise und Rabatte der Abredeteilnehmer in eingeschränktem Mass voneinander abwichen und Bringhen, Burgener, Kappeler, Sanidusch, Spaeter und San Vam sich nicht an der Abrede beteiligten, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass ein beschränkter Innenwettbewerb bestand. c. Konklusion 2390. Zumal der Aussenwettbewerb und Innenwettbewerb nicht vollständig beseitigt sind, kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs im Sanitär-grosshandel mit Bezug auf die Koordination der Senkung des Bruttopreisniveaus 2012 umgestossen werden. Es sind daher die qualitativen und quantitativen Kriterien der Erheblichkeit zu prüfen.

1748 Vgl. hierzu Beispielsweise Act. 356, Besprechungsbericht Kooperation Sanitär Schweiz, 4. November 2009, 215.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 575

2. Prüfung der Erheblichkeit a. Qualitative Kriterien 2391. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁴⁹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁵⁰ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁵¹ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁵² 2392. Die vom SGVSB, von Sanitas Troesch, Sabag und Innosan abgestimmte Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus auf das Jahr 2012 umfasste sowohl die Festlegung des Bruttopreisniveaus als auch die Senkung des Rabattniveaus. Damit war der dominante Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich von der Abrede betroffen. 2393. In dem die Abredeteilnehmer die Bruttopreise und Rabatte zwischen 18 % bis 20 % senkten, sorgten sie dafür, dass sie ein für alle ähnliches Bruttopreis- und Rabattniveau für das Jahr 2012 beibehielten. Dadurch konnten sie verhindern, dass sich ein intensiver Wettbewerb um die Endkunden entfaltete. Denn kein anderer Grosshändler senkte seine Bruttopreise früher oder in einem anderen Umfang. Sie verhinderten auf diese Weise, dass die Installateure sich der Rabattkürzung entziehen konnten, indem sie auf einen anderen bedeutenden Sanitär-grosshändler auswichen. Es bestand keine Möglichkeit auf einen anderen bedeutenden Grosshändler mit einem gegenüber 2011 gleichbleibenden Bruttopreis- und Rabattniveau auszuweichen. Die Abredeteilnehmer verhinderten folglich Marktanteilsverluste. Zudem verhinderte die Koordination, dass die Sanitär-grosshändler auf eine Abwanderung von Installateuren mit einer Rabatterhöhung und damit Margen- und Nettopreissenkung hätten reagieren müssen. 2394. Insgesamt ist die zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB, Sabag, CRH und Innosan abgestimmte gleichzeitige Senkung der Bruttopreise und Rabatte von rund 18 % bis 20 % eine qualitativ besonders schwerwiegende Abrede, da sie die im Wettbewerb zentralen

Preisbestandteile Rabatt und Bruttopreis betraf. b. Quantitative Kriterien 2395. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt. 1753 Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche

1749 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. 1750 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte. 1751 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567. 1752 RPW 2015/2, 233 Rz 244, Tunnelreinigung; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., Vertrieb von Musik; RPW 2009/2, 151 Rz 69, Sécateurs et cisailles. 1753 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 576

Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten. 1754 Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu. 2396. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.)

i. Aussenwettbewerb 2397. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Umstossung der gesetzlichen Vermutung verwiesen werden (Rz 2386). Wie vorangehend festgestellt, verfügten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan in den Jahren 2011 und 2012 kumulativ über einen Marktanteil von zumindest 85.6 %. Die marktstärksten Sanitär-grosshändler waren also an der Abrede beteiligt. Ausweichmöglichkeiten bestanden folglich nur begrenzt. Gemäss Bundesverwaltungsgericht reichen Marktanteile von Aussenwettbewerbern im Umfang von 10 % nicht aus, um wirksamen Aussenwettbewerb zu begründen, wenn die Abredeteilnehmer Marktanteile von über 80 % auf sich vereinigen. 1755 Diese Rechtsprechung ist auch auf die vorliegende Konstellation anlog anwendbar. Für den Kanton Wallis ist zudem zu beachten, dass sich Bringhen als regional einziges Gegengewicht zu CRH und Sanitas Troesch, der gemeinsamen Abrede von CRH und Sanitas Troesch anpassen musste. Bringhen senkte seine Bruttopreise innert Monatsfrist nach der Preissenkung von Sanitas Troesch und CRH. 2398. Nicht zuletzt die Umsetzung der Absprache beweist, dass kaum Wettbewerbsdruck aufgrund von neu in den Markt eintretenden potentiellen Konkurrenten (vgl. Rz 749 ff.) bestand.

ii. Innenwettbewerb 2399. Bezüglich des Innenwettbewerbs sei auf die oben in Rz 2389 f. gemachten Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei noch einmal festgehalten, dass Sanitas Troesch eine Senkung um 20 % (Rz 1449), Sabag eine Senkung um 20 % (Rz 1556) und CRH eine Senkung um 18 % (Rz 1431) vollzogen. Die tatsächliche Senkung über das

Sortiment ergab weitere Unterschiede. Das Bruttopreisniveau von Sabag sank im Schnitt um bis zu 2,2 % weniger als das von Sanitas Troesch, das Bruttopreisniveau von CRH sank gegenüber Sanitas Troesch um bis zu 4,1 % weniger (Rz 1644 ff.). Dies zeigt, dass keiner der Abredepartner von Umsetzung der Bruttopreissenkung abwich. Die Abrede bezog sich auf das Bruttopreisniveau und das damit einhergehende Rabattniveau und deckte den dominanten Wettbewerbsparameter Preis vollumfänglich ab. Mit der Senkung im Rahmen der beschlossenen 18 % bis 20 % behielten die Sanitär-grosshändler ein vergleichbares Bruttopreis- und Rabattniveau bei. Die Installateure konnten nicht auf einen anderen im Wettbewerb bedeutenden Grosshändler mit einem gegenüber 2011 vergleichbaren Bruttopreis- und Rabattniveau ausweichen. Dadurch verhinderten Sanitas Troesch, Sabag, CRH und Innosan einerseits eine Abwanderung von Installateuren hin zu anderen Sanitär-grosshändlern und damit einhergehenden Marktanteilsverlusten. Andererseits verhinderten sie, dass sie sich gegenseitig einem wirksamen Wettbewerb mit höheren Rabatten gestützt auf höhere Bruttopreise aussetzten. Damit hätten sie eine Erhöhung der Rabatte und ein Abfallen der Nettopreise riskiert.

1754 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung. 1755 Urteil des BVGer, B-8399/2010, vom 23. September 2013, E.6.2.12, Sigenia Aubi AG/WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 577

c. Konklusion 2400. Die Absprache durch die SGVSB-Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveau 2012 gemeinsam zu senken, verfälschte den Preiswettbewerb im Sanitär-grosshandel umfassend. Die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch die Parteien waren sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwerwiegend. Die Wettbewerbsbeschränkung war mit anderen Worten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. C.4.4.3.2 Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB (i) Umstossung der gesetzlichen Vermutung a. Aussenwettbewerb 2401. Für die Beurteilung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB (B.5.5, Rz 1820 ff.) sind zwei Zeiträume zu unterscheiden. Bis ins Jahr 2005 koordinierten der SGVSB bzw. seine Mitglieder mit Sanitas Troesch die Bruttopreise und Rabattsetzung (vgl. B.5.2, Rz 797 ff.). Sanitas Troesch hatte in dieser Zeit als Abredeteilnehmer keine disziplinierende Wirkung auf die übrigen Beteiligten. Ab dem Jahr 2006 ist Sanitas Troesch mit Bezug auf die Abreden innerhalb des SGVSB hingegen als Aussenwettbewerber einzustufen. Zwar tauschten sich der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch in den Sitzungen des Kooperationsrates bis 2008 über das bevorstehende Bruttopreisniveau aus (vgl. Rz 1227). Das Verhalten von Sanitas Troesch zeigt jedoch eine gewisse Unabhängigkeit, wenn auch nicht in Bezug auf die koordinierte Bruttopreissenkung von 2012. Da Sanitas Troesch als grösster Sanitär-grosshändler über einen Marktanteil von [40-45 %] verfügt (vgl. vgl. Tabelle 3, Rz 742), ist das Unternehmen im Zeitraum von 2006 bis 2011 ein Aussenwettbewerber mit einem grossen Marktgewicht. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird somit für die Wettbewerbsabreden innerhalb des SGVSB (B.5.5, Rz 1820 ff.) während des Zeitraums von 2006 bis 2011 umgestossen. Weiter ist daher zu prüfen, ob diese Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten. Diese Frage ist anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen. (ii) Prüfung der Erheblichkeit a. Qualitative Kriterien 2402. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁵⁶ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁵⁷ Es ist dabei zu beachten, dass der

Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG sowie bei Abreden über den Wettbewerbsparameter Menge gemäss Art. 5 Abs. lit b KG das qualitative Gewicht von Preis- und Mengenabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁵⁸ Das bedeutet, dass

¹⁷⁵⁶ RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/ SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. ¹⁷⁵⁷ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte. ¹⁷⁵⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 578

selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁵⁹ 2403. Wie bewiesen (Rz 2334), ist der Preis der dominante Wettbewerbsparameter im Sanitär-grosshandel. Wie bereits festgestellt, sind sowohl der Preisbestandteil Bruttopreis als auch der Preisbestandteil Rabatt im Wettbewerb im Sanitär-grosshandel von zentraler Bedeutung (vgl. B.4.7, Rz 470 ff.). Sowohl Abreden über den Bruttopreis als auch Abreden über Rabatte sind rechtlich als Preisabreden zu qualifizieren. Gemäss der gesetzgeberischen Wertung sind Abreden über solche Preiselemente besonders schwerwiegend. Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung ist daher davon auszugehen, dass das qualitative Element der Erheblichkeit erfüllt ist.¹⁷⁶⁰ 2404. Dementsprechend sind die folgenden Preisabreden in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegend: a. Die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839), b. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886), c. der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), d. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), e. die verbandsinternen Anpassung der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), f. die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.), g. die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.), h. die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) und i. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.). 2405. Die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsame Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839) führten zu identischen Bruttopreisen. Mit den identischen Bruttopreisen verhinderten die Mitglieder des SGVSB wirksamen Wettbewerb um die Endkunden, welche sich an den Bruttopreisen orientierten. Da die SGVSB-Mitglieder untereinander keinen Druck auf die Bruttopreise ausübten, zwangen sie sich nicht gegenseitig zu einer Anpassung der Bruttopreise und damit Nettopreise auf ein tieferes Niveau. Durch die identischen Bruttopreise verhinderten die SGVSB-Mitglieder, auch wirksamen Wettbewerb um Installateure. Denn wie bewiesen, führen höhere Bruttopreise zur Erteilung höherer Rabatte. Installateure vergleichen die unterschiedlich hohen Rabatte und verlangen auch von den anderen Sanitär-grosshändlern höhere Rabatte. Durch die Erhöhung der Rabatte erzeugen die Sanitär-grosshändler mit hohen Bruttopreisen und hohen Rabatten Druck auf die Sanitär-grosshändler mit tieferen

Bruttopreisen und tieferen Rabatten ebenfalls höhere Rabatte zu gewähren (vgl. Rz 587 ff.). Diese Entwicklung führt letztlich zu einer „Margenerosion“ bzw. sinkenden Nettopreisen, was Sanitas Troesch als „Teufelskreis Bruttopreisentwicklung“ bezeichnete (vgl. z.B. Rz 531 ff.). Einem solchen Wettbewerb untereinander wichen die SGVSB-Mitglieder durch ihr Vor- gehen so weit als möglich aus.

1759 RPW 2015/2, 233 Rz 244, Tunnelreinigung; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., Vertrieb von Musik ; RPW 2009/2, 151 Rz 69, Sécateurs et cisailles. 1760 RPW 2012/4, 828 Rz 101, Vertrieb von Musik.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 579

2406. Mit der Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886) stei- gerten die Abredeteilnehmer gemeinsam die Marge und erhöhten die Nettopreise. Sie ver- hinderten, dass Endkunden oder Installateure auf einen anderen, nicht an der Abrede betei- ligten Sanitär-grosshändler ausweichen konnten, welcher nicht mittels Bruttopreisen seine Margen und Nettopreise erhöhte. 2407. Durch die Entscheide, Sanitärprodukte verschiedenen Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906) vereinbarten die Abredeteilnehmer einerseits, bei welchen Produkten sie den Installa- teuren reduzierte Rabatte gewährten. Andererseits vereinbarten sie, dass in der Rabattgrup- pe Sanitär Allgemein unterschiedliche Produktarten verschiedener Marken zusammenge- fasst wurden. Folglich verhinderten die Abredeteilnehmer, dass bei einem Auftrag separate Rabatte für diese unterschiedlichen Produktarten bzw. verschiedenen Marken gewährt wur- den. Mit anderen Worten schränkten sie die Rabattverhandlungen weitgehend auf einen ein- zeln Rabatt ein und verhinderten folglich, dass höhere Rabatte für einzelne Produktarten bzw. Marken innerhalb dieser Rabattgruppe gewährt werden. Dadurch verhinderten sie, dass in Rabattverhandlungen bei bestimmten Produktgruppen bzw. Marken höhere Rabatte ge- währt werden mussten, weil andere Grosshändler diese Produkte bzw. Marken in einer an- deren Rabattgruppe führten. 2408. Der Entscheid, nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) verhinderte die Innovation eines alternativen Preissystems. Mit dem Verzicht auf ein Net- topreissystem umzusteigen, vermieden die Sanitär-grosshändler, dass Endkunden bei den Sanitär-grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals zu Nettopreisen der Grosshändler an den Installateurs einkaufen konnten. Da der gesamte dreistufige Absatzkanal das Brutto- preissystem beibehielt, verhinderten die Abredeteilnehmer dadurch Marktanteilsverluste auf- grund einer Abwanderung von Endkunden von Grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals mit einem Bruttopreissystem zu solchen mit einem Nettopreissystem. 2409. Die verbandsinternen Anpassungen der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.) bewirkten eine Änderung der Bruttopreise und damit der Nettopreise zum gleichen Zeitpunkt und in glei- chem Umfang. Die Abredeteilnehmer verhinderten bei Preissenkungen eines Lieferanten, dass ein Mitglied des SGVSB vor dem anderen seine Bruttopreise senkte und damit die Preissenkung weitergab. So konnten die SGVSB Mitglieder ihre Lagerbestände mit den alten höheren Bruttopreisen verkaufen. Sie verhinderten, dass sich die SGVSB-Mitglieder durch frühere Bruttopreissenkungen gegenseitig unter Druck setzten, die Bruttopreise und damit die Nettopreise ebenfalls zu senken. Auf diese Weise verhinderten sie wirksamen Wettbe- werb um die Kunden selbst. 2410. Die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.) bewirkte, dass sämtliche SGVSB-Mitglieder die Transportkosten in Prozent der Bruttopreise und die Einbaukosten in Franken in den Rechnungen zusätzlich zum Preis für die Produkte aufschlugen. 2411. Mit der Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.) in der Kalkulation der

Bruttopreise bestimmten die Abredeteilnehmer gemeinsam, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Wechselskursvorteile bei in Euro eingekauften Produkten an die Kunden weitergegeben werden sollten. Damit verhinderten sie, dass ein Grosshändler mit einer eigenständigen Kalkulation des Eurokurses tiefere Bruttopreise setzte und damit die weiteren Abredeteilnehmer unter Druck setzte, ihre Brutto- und Nettopreise ebenfalls zu senken. 2412. Mit der Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) verhinderten die grossen Sanitär-grosshändler, dass die Teampur-Mitglieder tiefere Bruttopreise festlegten. Folglich verzichteten Burgener, Kappeler, Sanidusch und Innosan darauf, mit tieferen Bruttopreisen in einem wirksamen Wettbewerb zu den weiteren Abredeteilnehmern zu treten. Ein solcher Wettbewerb hätte die grossen Sanitär-grosshändler zur Senkung der Bruttopreise und damit Nettopreise zwingen können.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 580

2413. Die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) sorgte dafür, dass lediglich bestimmte Produkte im Schweizer Markt für Sanitär-grosshandel angeboten wurden. Der Wettbewerb von alternativen Absatzkanälen wurde beschränkt, indem die SGVSB-Mitglieder über alternative Kanäle gehandelte Produkte nicht in ihr Sortiment aufnahmen. 2414. Zur Beurteilung, ob der Wettbewerb qualitativ schwerwiegend beeinträchtigt wurde, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, weshalb die vorangehend genannten Abreden kumulativ zu betrachten sind. Dabei steht fest, dass sie gemeinsam den zentralen Wettbewerbsparameter Preis beeinflussten (Bruttopreis, Nettopreis, Marge, Rabattgruppen, Transportkosten, Einbaukosten und Europeise). Zudem verhinderten sie gemeinsam den Eintritt bestimmter Produkte in den Sanitär-grosshandelsmarkt und damit die Menge der angebotenen Produkte. Insgesamt liegt somit eine qualitativ besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung vor. b. Quantitative Kriterien 2415. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt. 1761 Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten. 1762 Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu. 2416. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.). i. Aussenwettbewerb 2417. Die Mitglieder des SGVSB vereinigten in der Zeitperiode von 2006 bis 2012 einen schweizweiten Marktanteil von über 50 % auf sich. Ein Marktanteil, bei welchem die WEKO beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bereits mehrfach auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung schloss. 1763 2418. Der gewichtigste Aussenwettbewerber des SGVSB und seinen Mitgliedern ist Sanitas Troesch mit einem schweizweiten Marktanteil von [40-45 %] im Sanitär-grosshandel (vgl. Tabelle 3, Rz 742). Sanitas Troesch tauschte sich mit dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern in den

Sitzungen des Kooperationsrates indirekt über das bevorstehende Bruttopreisniveau aus (Rz 1227). So wussten die Mitglieder des SGVSB zumindest bis 2008, dass keine relevanten Bruttopreisänderungen bevorstanden. Ab 2009 waren die Mitglieder des SGVSB über die 1761 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230. 1762 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung. 1763 RPW 2012/2, 399 Rz 400, Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2004/3, 751 Rz 73, Markt für Schlachtschweine – Teil B; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2003/4, 871 E. 8, Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2000/2, 178 Rz 57, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC].

22-00055/COO.2101.111.7.135680 581

bevorstehende grosse Bruttopreissenkung informiert und konnten daher weiterhin das Wettbewerbsverhalten des stärksten Konkurrenten einschätzen. Somit ist die disziplinierende Kraft von Sanitas Troesch eher als gering einzustufen. Übrige Sanitär-grosshändler, Anbieter in alternativen Absatzkanälen oder potentielle Konkurrenten üben – wie auch schon bei der Prüfung der Beseitigung des Wettbewerbs festgestellt – einen vernachlässigbaren Wettbewerbsdruck aus (vgl. B.4.8, Rz 740 ff.). ii. Innenwettbewerb 2419. Die folgenden Preisabreden wurden von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern umgesetzt: a. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839), b. die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886), c. der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), d. der Entscheid, nicht vom Bruttopreis auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), e. die verbandsinternen Anpassung der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), f. die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) 2420. Die Abrede über gemeinsame Bruttopreise bis Ende 2007 und die Margenfestlegung für das Jahr 2007 umfasste das ganze Sortiment und damit mehr als 50 % sämtlicher Produkte, die über den Sanitär-grosshandel vertrieben wurden. Alleine im Jahr 2007 machte der Umsatz mit diesen Produkten mehr als 400 Mio. CHF aus. 2421. Der Entscheid Sanitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen, betraf sämtliche Mitglieder des SGVSB gleichermassen. Auf diese Weise nahmen die SGVSB-Mitglieder Einfluss auf die Rabattbandbreite. Der Rabattwettbewerb wurde auf diese Weise für die eingeteilten Produkte bis mindestens das Jahr 2010 eingeschränkt und zwar von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern. 2422. Mit Entscheid, nicht vom Bruttopreis auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.) stellte der SGVSB sicher, dass über 50 % des Marktes für Sanitär-grosshändler dasselbe Preissystem führte. Verbandsinterner Wettbewerb durch alternative Preissysteme war dadurch ausgeschaltet. Da der gesamte dreistufige Absatzkanal das Bruttopreissystem beibehielt, verhinderten die Abredeteilnehmer dadurch Marktanteilsverluste aufgrund einer Abwanderung von Endkunden von Grosshändlern des dreistufigen Absatzkanals mit einem Bruttopreissystem zu solchen mit einem Nettopreissystem. 2423. Ferner passten die SGVSB-Mitglieder auch nach 2007 die Basisrichtpreise gemeinsam an. Damit legten sie unter anderem den Zeitpunkt und Umfang von Preisänderungen von Geberit fest (Rz 1946 ff.). Geberit ist der bedeutendste Lieferant der Verfahrensparteien, dessen Marktanteil von Sanitas Troesch im Jahr 2010 auf [85-90] % geschätzt wurde. 1764 Die Abrede betraf als Produkte, mit welchen Geberit im den

Jahren 2008-2011 einen jährlichen Umsatz mit CRH, Sabag und Bringhen von über CHF [40-60 Mio.] erzielte. Die Verkaufsumsätze der Sanitär-grosshändler macht damit einen Verkaufsumsatz von über CHF 200 Mio. aus. Alleine daraus folgt, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung der Basispreise quantitativ schwerwiegend war.

1764 Vgl. Act. 445, 241.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 582

2424. Bis 2012 bestimmten die SGVSB-Mitglieder den Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produkt-kataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.) gemeinsam. Bis Ende 2008 wurden Produkte nur in die Stammdaten und erwähnten Kataloge aufgenommen, wenn das Produkt zum Sanitär-sortiment der SGVSB-Mitglieder gehörte und der Beschluss einstimmig fiel. Ab 2009 musste ein Hersteller sich zum 3-stufigen Vertriebsweg bekennen, Preisunterlagen mit einer Basismarge für den Sanitär-fachhandel lieferten, nach Ansicht der Sortimentskommission überregionalen Bedürfnissen entsprechen und die Vorstellung der Kommissionsmitglieder bezüglich Konditionen und Lieferbedingungen erfüllte. Damit kam der Sortimentskommission ein erheblicher Ermessensspielraum zu, ob gewisse Produkte in die Kataloge aufgenommen werden sollten. Da die SGVSB-Mitglieder rund 50 % der Marktanteile des Schweizer Sanitär-grosshandelsmarktes auf sich vereinigten kam diesem Entscheid eine grosse Tragweite zu. Denn der Verkaufserfolg eines Produktes hing davon ab, in die SGVSB-Kataloge aufgenommen zu werden. Die Sortimentskommission bestimmte also mit, welche Produkte im Schweizer Markt für Sanitär-grosshandel angeboten wurden. Insbesondere sollten keine Produkte in den Katalog aufgenommen werden, welche über alternative Absatzkanäle in die Schweiz geliefert wurden. Die SGVSB-Mitglieder beschränkten durch ihr gemeinsames Vorgehen, denn Wettbewerb untereinander, da ihr Sortiment bis 2006 identisch und danach mit Ausnahme der Exklusivartikel sehr ähnlich war, zumal der Teampur-Katalog als Basis für die anderen Kataloge diente. Den Wettbewerb gegenüber alternativen Absatzkanälen beschränkten sie gemeinsam, indem sie über alternative Kanäle gehandelte Produkte nicht in ihr Sortiment aufnahmen. Der Vertrieb dieser Produkte durch die SGVSB-Mitglieder wurde auf die Menge Null reduziert. Diese Wettbewerbsbeschränkung betraf mehr als die Hälfte des Marktes für Sanitär-grosshandel und betraf mit CRH (Richner, Gétaz, Regusci), Sabag und Bringhen drei der vier marktstärksten Unternehmen in der Schweiz. Die Einschränkung war daher quantitativ schwerwiegend. 2425. Insgesamt wich also keines der SGVSB-Mitglieder von den in Rz 2419 a-f genannten Preisabreden ab. Diese Preisabreden bezogen sich zudem auf das gesamte SGVSB-Sortiment. Damit schränkten Sanitär-grosshändler, welche mehr als 50 % der Marktanteile auf sich vereinigten, den Wettbewerb mit Bezug auf Preise mit Bezug auf das gesamte Sortiment ein. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist nicht nur marginal sondern beeinträchtigte den Wettbewerb in quantitativ schwerwiegender Weise. g. die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.), 2426. Ab 2008 hielten die SGVSB-Mitglieder daran fest, die Wechselkurse festzulegen. Die gemeinsame Festlegung des Wechselkurses wirkte sich zwar nicht auf das gesamte Sortiment aus, sondern nur auf gewisse Produkte wie etwa den Badewannenhersteller Kaldewei. Doch ist bereits Kaldewei mit einem Marktanteil von [25-30] % bis [40-45] % ein bedeutender Anbieter von Badewannen (Rz 1995). Der Umsatz, welche die SGVSB-Mitglieder mit Kaldewei-Produkten erzielt, beträgt jährlich über 10 Mio. CHF. Dieser Umsatz ist damit um ein vielfaches höher, als etwa das gesamte

Auftragsvolumen von Tunnelreinigungsunternehmen in den Jahren 2010-2012 (je 0,5–2 Mio. CHF bzw. insgesamt 1,5 bis 6 Mio. CHF), deren Abreden über die Auftragsvergabe von der WEKO als quantitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs eingestuft wurde.¹⁷⁶⁵ Die vorliegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung der Wechselkurse ist damit ebenfalls als schwerwiegend einzustufen. h. Die SGVSB-Mitglieder legten zudem die Teampur-Preise gemeinsam fest (Rz 2043).²⁴²⁷. Dies bedeutete, dass die Teampur-Kataloge immer die höchsten Bruttopreise enthielten. Auch diese Abrede wurde von sämtlichen SGVSB-Mitgliedern befolgt. Die Teampur-Mitglieder erzielten gemeinsam in den Jahren 2008-2011 einen jährlichen Umsatz von über

1765 RPW 2015/2, 229, Rz 219 Tabelle 5, Rz 252, Tunnelreinigung.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 583

19 Mio. CHF, was über die gesamte Zeitspanne einem Gesamtumsatz von 79 Mio. CHF entspricht. Auch dieser Umsatz liegt um ein Vielfaches höher als die Abreden über die Auftragsvolumen der Tunnelreinigungsunternehmen, welche die WEKO als schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung qualifizierte. Die vorliegenden Abreden sind daher ebenfalls als quantitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten.²⁴²⁸. Die SGVSB-Mitglieder vereinbarten zudem i. die Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.).²⁴²⁹. Diese Preisabrede hatte zweierlei zur Folge: Einerseits verrechnete jedes Mitglied Transport- und Einbaukosten und andererseits wurden diese Kosten getrennt aufgeführt. Teilweise wichen die SGVSB-Mitglieder mit der Höhe der Transport- und Einbaukosten voneinander ab. Dennoch hielten sich sämtliche SGVSB-Mitglieder daran, die Preisaufschläge für Transport- und Einbaukosten zu verrechnen und in den Rechnungen getrennt aufzuschlagen. Diese Preiselemente wurden dank der Abrede von über 50 % der Marktteilnehmer einheitlich gehandhabt und verrechnet. Die dadurch resultierende Wettbewerbsbeschränkung war daher quantitativ schwerwiegend. c. Konklusion ²⁴³⁰. Zusammenfassend steht also fest, dass jede der genannten Abreden zwischen dem SGVSB und seinen Mitgliedern – also über 50 % der kumulativen Marktanteile des Sanitär-grosshandels – entweder das gesamte Sortiment oder zumindest bedeutende Teile davon betraf. Die qualitative und quantitative Beeinträchtigung jedes dieser Abreden war schwerwiegend. Dieser Effekt verstärkte sich dadurch, dass die Abreden nicht getrennt sondern nebeneinander bestanden. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den SGVSB und seine Mitglieder sind folglich erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. b KG. In Übereinstimmung mit dem soeben gesagten, schloss die WEKO schon mehrfach beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bei einem Marktanteil von 50 % auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.¹⁷⁶⁶ C.4.4.3.3

Wettbewerbsabreden zwischen Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch betreffend den Kanton Wallis. (i) Umstossung der gesetzlichen Vermutung ²⁴³¹. Bei den Abreden über den Schutz des dreistufigen Vertriebswegs im Kanton Wallis sind die folgenden beiden Konstellationen zu unterscheiden: i. Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener beschlossen zwischen 1999-2002 im Kanton Wallis, dass - die Sanitärinstallateure ihre Waren ausschliesslich bei Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener einkaufen sollten, - Kleinlieferungen von Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt zu verkaufen seien,

¹⁷⁶⁶ RPW 2012/2, 399 Rz 400, Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2004/3, 751 Rz

73, Markt für Schlachtschweine – Teil B; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2003/4, 871 E. 8, Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2000/2, 178 Rz 57, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC].

22-00055/COO.2101.111.7.135680 584

- bei Bestellungen bis zu CHF 10'000.– 1–10 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden sollten zuzüglich der MWSt, - bei Bestellungen bis zu CHF 100'000.– 1–15 % Rabatt auf die Teampreise gewährt werden sollten zuzüglich der MWSt, - Installateure für von Privaten bezogene Produkte 5 % Rabatt auf den Nettoverkaufspreis erhalten sollten und - Waschapparate nicht von diesem Beschluss betroffen seien (Rz 1807 ff.). ii. Gétaz, Bringhen und die Suissetec vereinbarten zwischen 2003-2010 „Spielregeln“, wonach - der Grosshandel ausschliesslich über den Installateur verkauft, - der Grosshandel Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen verkauft, - der Installateur ausschliesslich über die Sanitär-Grossisten des dreistufigen Absatzkanals einkauft und dies auch für Badezimmermöbel und Armaturen galt, - Waschmaschinen von dieser Vereinbarung ausgeschlossen seien, - bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmern stets nach dem voraussichtlichen Installateur gefragt werden sollte und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen sollte (Rz 1807 ff.). a. Aussenwettbewerb 2432. Bringhen und Gétaz verfügten im Kanton Wallis über einen gemeinsamen Marktanteil im Sanitär-grosshandel von [70-75] %. Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch verfügten im Sanitär-grosshandel im Kanton Wallis über einen kumulativen Marktanteil von [85- 90] %.1767 2433. Bei grösseren Objekten muss berücksichtigt werden, dass Installateure ihrerseits regelmässig einen Rabatt an die Endkunden gewähren. Dadurch besteht beim Direktverkauf von Sanitärapparaten für grosse Objekte von Grosshändlern an Endkunden Aussenwettbewerb durch Installateure. Für grössere Objekte besteht damit hinreichend Aussenwettbewerb, um die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs durch die Abrede zwischen den Sanitär-grosshändlern über den Direktverkauf an Endkunden umzustossen. 2434. Einzel- und Ersatzteile werden von Endkunden auch direkt bei einer Verkaufsstelle bezogen. Aus diesem Grund ist für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs bei einer Abrede über die Preise der Sanitär-grosshändler an Endkunden die Anzahl Verkaufsstellen zu berücksichtigen. Bringhen, Burgener, Gétaz und Sanitas Troesch verfügen über insgesamt acht Niederlassungen im Wallis. Die weiteren Sanitär-grosshändler Lietti, Zen-Ruffinen und Delaloye + Joliat verfügen gemeinsam über vier Standorte.1768 Damit schien genügend Aussenwettbewerb zu bestehen, dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs zwischen Sanitär-grosshändler bei einem Direktverkauf von Kleinlieferungen, Einzel- und Ersatzteilen an Endkunden umzustossen ist.

1767 Der Marktanteil errechnet sich aus den Umsatzangaben für 2008 von Bringhen für das Oberwallis, Mittelwallis und Unterwallis (Act. 441.01, Antwort auf Frage 15), Umsatzangaben für 2008 von Gétaz für Oberwallis und Mittelwallis (Act. 469, Antwort auf Frage 15), Umsatzangaben für 2008 von Burgener (Act. 395, Antwort auf Frage 3), sowie einer internen Einschätzung von Sanitas Troesch zu Umsätzen im Jahr 2008 weiterer Grosshändler (Act. 445, Seite 413). 1768 Vgl. Act. 445, Seite 413. Sanitas Troesch ist in Sierre vertreten; Bringhen in Visp, Sierre, Sion und Martigny; Gétaz in Visp und Sion; Lietti in Sion und Monthey; Brugener in Steg; Zen-Ruffinen in Naters und Delaloye + Joliat in Conthey.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 585

(ii) Prüfung der Erheblichkeit a. Qualitative Kriterien 2435. Als qualitative Kriterien prüft die WEKO praxisgemäss die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt¹⁷⁶⁹ und das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter.¹⁷⁷⁰ Es ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über den Wettbewerbsparameter Preis gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG das qualitative Gewicht von Preisabreden unterstreicht, indem er bei Preisabreden die Vermutung aufstellt, sie beseitigten den Wettbewerb. Diese Vermutung gilt auch für das Festsetzen von Preiselementen oder Preiskomponenten.¹⁷⁷¹ Das bedeutet, dass selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, der Gegenstand der Abrede qualitativ gravierender Art ist.¹⁷⁷² 2436. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener betrafen den Endkundenpreis vom Sanitär-grosshändler an den Endkunden. Bei Kleinlieferungen waren die Produkte nur zu Bruttopreisen inkl. MWSt zu verkaufen. Damit liegt eine direkte Festsetzung von Preisen bei Kleinlieferungen an Endkunden vor. Die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener ist damit qualitativ besonders schwerwiegend. 2437. Bringhen und Gétaz vereinbarten bis 2010 in den „Spielregeln“ Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen zu verkaufen. Dies ist eine direkte Festsetzung von Preisen für Einzel- und Ersatzteile. Die Abrede zwischen Bringhen und Gétaz ist damit qualitativ besonders schwerwiegend. b. Quantitative Kriterien 2438. Für die Beurteilung, ob eine Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat, ermittelt die WEKO, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten untersucht sie das „Gewicht“ der Abrede und der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, indem sie z.B. auf Anzahl, Marktanteile und Umsätze abstellt.¹⁷⁷³ Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, auf dem die Abredeteilnehmer einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁷⁴ Den Marktanteilen kommt also bei der Prüfung der quantitativen Kriterien ein besonderes Gewicht zu. 2439. Konkret prüft die WEKO den Aussen- und Innenwettbewerb. Im Rahmen des Aussenwettbewerbs prüft sie den aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter. Die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter ist für den hier zu beurteilenden relevanten Markt für Sanitär-grosshändler zu prüfen (zur Marktabgrenzung vgl. Rz 2335 ff.).

1769 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

1770 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils; RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 Rz 367, Türprodukte.

1771 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567.

1772 RPW 2015/2, 233 Rz 244, Tunnelreinigung; RPW 2012/4 828 Rz 101 f., Vertrieb von Musik ; RPW 2009/2, 151 Rz 69, Sécateurs et cisailles.

1773 RPW 2015/2, 232 RZ 241, Tunnelreinigung; RPW 2015/2, 308 f. Rz 367, Türprodukte; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 KG N 230.

1774 BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung.

i. Aussenwettbewerb 2440. Bringhen und Gétaz sind die beiden grössten Anbieter von Sanitärprodukten im Kanton Wallis. Gemeinsam verfügen sie über mehr als 70 % Marktanteile im Kanton Wallis. Bringhen, und Gétaz verfügen über insgesamt sechs Niederlassungen im Kanton Wallis. Die weiteren Sanitärengrosshändler Burgener, Sanitas Troesch, Lietti, Zen-Ruffinen und Delaloye + Joliat verfügen kumulativ über sechs Standorte. Somit kommen Bringhen und Gétaz auch die Hälfte der Gesamtzahl Verkaufsstellen im Wallis zu. Die WEKO schloss schon mehrfach beim Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Preisabrede bei einem Marktanteil von 50 % auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.¹⁷⁷⁵ Angesichts des Marktgewichts von Bringhen und Gétaz ist die Preisabrede als quantitativ schwerwiegend anzusehen. Gleiches trifft auf die Abrede zwischen Sanitas Troesch, Gétaz, Bringhen und Burgener zu. ii. Innenwettbewerb 2441. Wie beweisen hielten sich die Abrededpartner während der angegebenen Zeitspannen an die Abreden. Es gab daher kein Abweichen von der Abrede. Zumal der Preis bereits von Gesetzes wegen der Wettbewerbsparameter schlechthin ist, kann eine Abrede fällt ein allfälliger Teil- oder Restwettbewerb nicht dermassen ins Gewicht, um die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen. c. Konklusion 2442. Die Abreden zwischen Bringhen, Gétaz, Sanitas Troesch und Burgener sowie die Abreden zwischen Bringhen und Gétaz führten sowohl unter qualitativen als auch quantitativen Gesichtspunkten zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die Wettbewerbsbeschränkungen sind somit erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. C.4.4.4 Gesamtwürdigung: Erheblichkeit aller betrachteter Wettbewerbsabreden 2443. Die Gesamtwürdigung der Erheblichkeit aller betrachteten Wettbewerbsabreden ist auch vor dem Hintergrund der Botschaft aus dem Jahre 1994 zu betrachten. Gemäss Botschaft „soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ von den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes erfasst werden. Die Wettbewerbsbehörden sollten sich nicht mit „Bagatellen [...] beschäftigen müssen.“¹⁷⁷⁶ Vor diesem Hintergrund sei noch einmal klargestellt, dass die WEKO in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht davon ausgeht, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zumindest dann zu bejahen ist, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.¹⁷⁷⁷ 2444. Der Bruttopreis stellt einen zentralen Wettbewerbsparameter im relevanten Markt dar (vgl. B.4.7, insbesondere 521 f., 589). Er beeinflusst das Nachfrageverhalten von privaten und professionellen Endkunden. Zudem steuerten die Sanitärengrosshändler mit dem Bruttopreis ihre Margen und ihre Nettopreise. Die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern betrafen in den Jahren 1997–2004 rund 90 %, in den Jahren

¹⁷⁷⁵ RPW 2012/2, 399 Rz 400, Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2004/3, 751 Rz 73, Markt für Schlachtschweine – Teil B; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2003/4, 871 E. 8, Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2000/2, 178 Rz 57, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC]. ¹⁷⁷⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 554. ¹⁷⁷⁷ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), Buchpreisbindung.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 587

2004–2005 90 %–95.4 % und im Jahr 2012 rund 85.6 % des relevanten Marktes. Wettbewerbsabreden dieses Ausmasses über Bruttopreisabreden sind keine Bagatellen, sondern beeinträchtigen den Wettbewerb, wie dargelegt, in quantitativer und qualitativer Hinsicht in schwerwiegender Weise. Sie sind für sich alleine betrachtet erheblich im Sinne von Art. 5 Abs.1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG und können nicht durch Rabattwettbewerb kompensiert werden. 2445. Auch die Rabatte sind relevante Wettbewerbsparameter (vgl. B.4.7.3, Rz 590). Abreden über die Einteilung von Rabatten in Rabattgruppen und über die Senkung des Rabattniveaus, woran sich zwischen 85-95% des relevanten Marktes beteiligen, sind keine Geringfügigkeiten. Mit den vorliegenden Abreden griffen die Verfahrensparteien sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht schwerwiegend in das freie Spiel des Wettbewerbs ein. Auch diese Abreden sind für sich genommen erheblich im Sinne von im Sinne von Art. 5 Abs.1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 2446. Es ist daran zu erinnern, dass die SGVSB-internen Abreden, d.h. die gemeinsame Stammdatenverwaltung und gemeinsamen Bruttopreisfestlegung bis 2007 (Rz 1839), die Bruttopreisfestlegung und Margenfestlegung für das Jahr 2007 (Rz 1886), der Entscheidung Sa-nitärprodukte Rabattgruppen zuzuteilen (Rz 1906), der Entscheidung, nicht vom Bruttopreis auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1933 f.), die verbandsinternen Anpassung der Basisrichtpreise (Rz 1957 f.), die Festlegung der Transport- und Einbaukosten (Rz 1979 f.), die Eurokursfestlegung (Rz 2010 f.), die Festlegung der Teampur-Preise (Rz 2043) und die Festlegung des Inhalts der Stammdaten, des Katalogsortiments, der Online-Produktkataloge „teamonline“ sowie der Papier-Produktkataloge und des Katalogsortiments der Teampurhändler (Rz 2078 f.), rund 50% des relevanten Marktes betrafen. Jede einzelne dieser Abreden war für sich genommen erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs.3 lit. a oder lit. b KG (Rz 2413; Rz 2424). 2447. Schliesslich hatten die Abreden zwischen Bringhen, Gétaz, Sanitas Troesch und Burgener sowie die Abreden zwischen Bringhen und Gétaz den zentralen Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand. Die Abredeteilnehmer verfügten im Kanton Wallis über rund 70 % der Marktanteile. Solche lokalen Abreden sind keine Bagatellen, sie sind unter qualitativen als auch quantitativen Gesichtspunkten schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs. Diese Wettbewerbsbeschränkungen sind erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. 2448. Zusammenfassend haben die Abreden zwischen Sanitas Troesch, dem SGVSB und seinen Mitgliedern einerseits und zwischen dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern andererseits, sowie die Abreden zwischen Sanitas Troesch, Bringhen, Gétaz und Burgener bzw. zwischen Bringhen und Gétaz den Wettbewerb je einzeln in qualitativ und quantitativ schwerwiegender Weise eingeschränkt. Die Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind daher allesamt erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. b KG. Sie sind daher, vorbehaltlich der nachfolgenden Prüfung der Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen, unzulässig und sanktionierbar. C.4.5 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen 2449. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG 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.

2450. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, welche kumulativ vorliegen müssen, um eine Abrede zu rechtfertigen: Erstens bedarf es eines in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG aufgelisteten Effizienzgrundes, zweitens muss die Abrede für den Effizienzgrund notwendig sein und drittens darf die Abrede nicht die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen.¹⁷⁷⁸ 2451. Diese Aufzählung von Rechtfertigungsgründen ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer dieser Gründe gegeben ist.¹⁷⁷⁹ Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist. Vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.¹⁷⁸⁰ 2452. Sanitas Troesch und der SGVSB haben nicht darlegt, dass die gemeinsame marktweite Bruttopreissenkung und die damit einhergehende Senkung der Rabatte volkswirtschaftlich effizient seien. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern dadurch Herstellungs- oder Vertriebskosten gesenkt, Produkte oder Produktionsverfahren verbessert, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gefördert oder Ressourcen rationeller genutzt werden sollten. 2453. Die SGVSB-Mitglieder haben verschiedentlich vorgetragen, dass die gemeinsame Stammdatenverwaltung und die gemeinsame Produktion der Kataloge effizienzsteigernd seien. So führte der SGVSB an, dass i) die gemeinsamen unverbindlichen Bruttopreiskataloge eine Effizienzsteigerung des Absatzkanals bewirkt hätten, da weniger Stammdatenverwaltungs- und Katalogproduktionskosten angefallen wären und dass ii) auf diese Weise die Vielfalt der Wettbewerbsteilnehmer erhalten geblieben wäre, indem auch kleineren und mittleren Sanitärfachhändlern die Marktteilnahme erleichtert worden wäre.¹⁷⁸¹ In diesem Sinne führte auch [...] Sabag aus, dass der Verband mit der Artikelbewirtschaftung von über 100'000 Artikeln eine wichtige und wertvolle Arbeit erbringe.¹⁷⁸² 2454. Es steht fest, dass die Stammdatenverwaltung technische und preisliche Angaben über eine Vielzahl von Badezimmerprodukten umfasst (vgl. Rz 1820). Die Erfassung von Daten, das Erstellen von Massbildern sowie die Verknüpfung und Verwaltung der Daten von Sanitärprodukten ist notwendig für die Produktion von physischen und elektronischen Katalogen. Für die erstmalige Erfassung, Erstellung und Verknüpfung von Daten fallen naturgemäss relativ hohe Kosten an. Für die Vervielfältigung dieser Daten fallen hingegen vergleichsweise geringe Kosten an. Durch die gemeinsame Stammdatenverwaltung fallen die Kosten für die erstmalige Erfassung, Erstellung und Verknüpfung der Daten nur einmal beim Verband an und nicht für jedes Mitglied des Verbands einzeln. Mit anderen Worten ist die gemeinsame Stammdatenverwaltung geeignet, Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken. Auf den ersten Blick scheint daher das Vorliegen eines Effizienzgrundes nicht ausgeschlossen und damit eines der drei gesetzlich vorgesehenen Tatbestandsmerkmale gegeben. Doch bei näherem Betrachten fällt auf, dass die Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bereits am zweiten Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit scheitert. Die effizienzsteigernde Wirkung einer gemeinsamen Stammdatenverwaltung beschränkt sich auf die Erfassung und Einspeisung der technischen Produktangaben des Lieferanten. 2455. Im Gegensatz dazu ist die marktweite gemeinsame Senkung des Bruttopreis- und Rabattniveaus, die Entwicklung gemeinsamer Rabattkategorien, die gemeinsame Festlegung von Endverkaufspreisen bei Direktverkäufen, gemeinsame Festlegung von Bruttopreisen al-

¹⁷⁷⁸ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E.10.2, Bayrische Motoren Werke AG/WEKO; gleich wie hier: RPW 2011/4, 640 Rz 796, ASCOPA; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1640), Art. 5 N 300; SHK-REINERT (Fn 1688), Art. 5 N 9. ¹⁷⁷⁹ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3 (=RPW 2002, 747),

Buchpreisbindung. 1780 Vgl. RPW 2012/4, 829 Rz 111, Vertrieb von Musik; RPW 2011/4, 641 Rz 804, ASCOPA. 1781 Vgl. Act. 381, 2 f. 1782 Act. 287, Zeile 265 ff.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 589

ler SGVSB-Mitglieder oder der Teampur-Grossisten (Burgener, Kappeler und Sanidusch), die gemeinsame Bestimmung von Basispreisen, die gemeinsame Bestimmung von Rabatten in der SGVSB-Artikelverwaltung, die Zuteilung von Produkten in Rabattgruppen, der Beschluss von einem Bruttopreissystem nicht auf ein Nettopreissystem umzusteigen, die gemeinsame Festlegung von Transport- und Einbaukosten, die gemeinsame Festlegung des Eurokurses, die gemeinsame Bestimmung des Katalogsortiments aller SGVSB-Mitglieder und der Teampur-Grossisten (Burgener, Kappeler und Sanidusch) für die Senkung der Herstellungs- oder Verwaltungskosten nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG. Der SGVSB und seine Mitglieder bewiesen dies selbst, indem sie ab 2008 sukzessive Kataloge mit individuellen Preisen und Sortimenten für jedes Verbandsmitglied einführten. Ferner ist erwiesen, dass die Kosteneinsparungen durch einen erneuten Beitritt von Sanitas Troesch zum SGVSB und der damit verbundenen SGVSB-Katalogproduktion von Sanitas Troesch nicht als genügend hoch erachtet wurden, um effizienzsteigernd zu sein. Vielmehr stellte sich Sanitas Troesch auf den Standpunkt, dass allfällige Einsparungen durch die Verbandsbeiträge wieder konsumiert würden. Sanitas Troesch erachtete ferner die Teilnahme am Verband als Quersubventionierung kleiner Konkurrenten (Rz 183). 2456. Schliesslich ist zu beachten, dass die Senkung der Herstellungskosten aus volkswirtschaftlicher Sicht zu einem Effizienzgewinn führen müsste. Es genügt nicht, dass die Wettbewerber betriebswirtschaftliche Einsparungen geltend machen. Die Wettbewerbsbehörden beurteilen die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen (Art. 1 KG). 2457. Zusammenfassend steht fest, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. C.4.6 Ergebnis 2458. Zusammenfassend handelt es sich bei den zwischen dem SGVSB, seinen Mitgliedern und Sanitas Troesch koordinierten Bruttopreissenkungen von 2005 bzw. 2012 um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, welche eine den Wettbewerb in erheblicher Weise beschränkten und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt waren. 2459. Bei den Wettbewerbsabreden des SGVSB und seiner Mitglieder handelt es sich gesamthaft um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt waren. Davon sind die in Rz 2302 und Rz 2303 aufgeführten Abreden unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Die in Rz 2314 aufgeführten Abreden sind unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. b KG. C.5 Massnahmen 2460. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 2461 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 2468 ff.). C.5.1 Anordnung von Massnahmen 2461. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen,

22-00055/COO.2101.111.7.135680 590

weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.¹⁷⁸³ 2462. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.¹⁷⁸⁴ 2463. Die Handlungen, welche zu den vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen führten, lassen sich beseitigen, indem sie nicht mehr ausgeübt werden. Als Massnahme ist daher an- zuordnen, dass diese Handlungen zu unterlassen sind. Aus diesen Gründen werden die folgenden Verhaltensweisen verboten: 2464. Erstens wird dem SGVSB und seinen Mitgliedern verboten, i. gemeinsame Bruttopreise zu führen; ii. gemeinsame Margenerhöhungen durchzuführen; iii. gemeinsam die Höhe und Bandbreite von Rabatten zu bestimmen; iv. gemeinsam zu entscheiden, ob Rabatte gewährt werden; v. im Falle von unterjährigen oder jährlichen Herstellerpreisänderungen, die im System hinterlegten Basisrichtpreise dieser Hersteller vom SGVSB im selben Umfang und Zeitpunkt anpassen zu lassen; vi. gemeinsam zu entscheiden, ob ein Bruttopreis- oder Nettopreissystem angebracht ist; vii. gemeinsam die Höhe von Transport- und Einbaukosten zu bestimmen; viii. gemeinsam für von Herstellern in Euro verrechnete Produkte Eurokurse zu berechnen oder festzulegen; ix. gemeinsam die Bruttopreise irgend eines SGVSB-Mitgliedes festzulegen; x. gemeinsam zu bestimmen, welche Produkte in die Stammdaten aufgenommen werden sollen; xi. gemeinsam zu bestimmen, welche Produktauswahl in Bruttopreis-Katalogen irgend eines Mitglieds zu führen ist. 2465. Zweitens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB verboten: i. gemeinsam die Bruttopreise inkl. Margen festzulegen oder aufeinander abzustimmen; ii. gemeinsam das Bruttopreisniveau festzulegen oder aufeinander abzustimmen; iii. gemeinsam verschiedene Warenumsatzkategorien und Rabattgruppen festzulegen oder aufeinander abzustimmen. 2466. Drittens wird Sanitas Troesch, Burgener, Bringhen und Gétaz (CRH) verboten:

1783 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 114), Art. 30 KG N 58 f. 1784 Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 114), Art. 30 KG N 107 f. m. w. H.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 591

i. gemeinsam festzulegen, ob bei Lieferungen in einem bestimmten Umfang ein Rabatt zu gewähren ist und welcher Endverkaufspreis für die entsprechenden Produkte zu verrechnen ist; ii. gemeinsam festzulegen, welche Rabatte und Rabattspannbreiten bei Verkäufen einer bestimmten Höhe zu verrechnen sind; iii. gemeinsam festzulegen, welche Rabatte Installateuren auf den Nettoverkaufspreis zu gewähren sind. 2467. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnende Massnahme können nach Massgabe von Art. 50 bzw. Art. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁷⁸⁵ C.5.2 Sanktionierung C.5.2.1 Allgemeines 2468. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der

mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. 2469. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. 1786 Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden. 1787 C.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 2470. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Demnach können erstens nur Unternehmen, die zweitens eine unzulässige Verhaltensweise begangen haben und denen dieses Verhalten drittens vorwerfbar ist, sanktioniert werden. In der Folge werden diese Tatbestandsmerkmale der Reihe nach geprüft. C.5.2.2.1 Unternehmen 2471. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2

1785 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique. 1786 Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022 ff., 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRICK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 1787 Botschaft vom 7.11.2001 (Fn 1786), BBl 2001, 2034.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 592

Abs. 1 und 1bis KG abgestellt. 1788 Die Parteien der vorliegenden Untersuchung sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen in Rz 2224 ff. verwiesen. C.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG (i) Grundsatz 2472. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede. 1789 2473. Präzisierend sei hinzugefügt, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede auch unzulässig ist, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG hängt die Sanktionierbarkeit einer unzulässigen Abrede nicht davon ab, dass sie einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung erreicht. Anders ausgedrückt ist eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sanktionierbar, unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird. 1790 Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht. 1791 Entsprechend geht die bisherige Praxis der WEKO von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus. 1792 Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Praxis jüngst in seinen noch nicht rechtskräftigen Entscheiden „Gaba“ und „Gebro“

ausdrücklich.1793 (ii) Zeitlicher Geltungsbereich 2474. Am 1. April 2004 wurde mit der Revision des Kartellgesetzes die direkte Sanktionierbarkeit von den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eingeführt. Ein Teil der vorliegenden Sachverhalte, welche als Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert wurden, spielte sich vollständig vor der Inkrafttreten der Kartellgesetzrevision per 1. April 2004 ab. Eine Abrede begann zwar vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision, wurde aber zum Teil erst nach dessen Inkrafttreten umgesetzt. Es fragt sich daher, ob das neue Recht auch auf diese Sachverhalte angewendet werden kann und sie somit potentiell sanktionierbar sind. Mit anderen Worten stellt sich die Frage der Rückwirkung des neuen Rechts. 2475. Gemäss gefestigter Lehre und Rechtsprechung widerspricht die Rückwirkung dem Grundsatz der Rechtsicherheit, welcher sich aus dem in Art. 5 BV1794 festgelegten Rechts-

1788 Statt vieler: BORER (Fn 1570), Art. 49a KG N 6; DUCREY (Fn 1786), Art. 50 KG N 8. 1789 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34. 1790 RPW 2013/4, 605 Rz 910, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1791 BBl 2002 2022, 2037; vgl. auch die Ausführungen im Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 E.14.2.4.3., Gaba International AG/WEKO. 1792 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 108 Rz 332, Gaba; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung i.S. Nikon, Rz 534, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Nikon: Verfügung (5.4.2014); RPW 2013/4, 605 Rz 910, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1793 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 E.14.2.1 ff., Gaba International AG/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 E.13.1., Gebro Pharma GmbH/WEKO. 1794 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

22-00055/COO.2101.111.7.135680 593

staatsprinzip ableitet. Danach hat sich das staatliche Handeln an das Recht zu halten.1795 Ferner ging auch der Bundesrat bei der Gesetzesrevision von der Anwendung des Rückwirkungsverbotes aus,1796 was von der WEKO in konstanter Praxis der WEKO beachtet wurde.1797 Das Rückwirkungsverbot ist neben dem Klarheitsgebot und Bestimmtheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände in Art. 7 EMRK bzw. Art. 15 UNO-Pakt II verbrieft. Das Bundesgericht überprüfte Art. 7 KG auf seine Übereinstimmung mit dem Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK bzw. Art. 15 UNO-Pakt II.1798 Es ist daher davon auszugehen, dass auch Art. 7 EMRK im Kartellverfahren anwendbar ist. 2476. Vom Rückwirkungsverbot ausgenommen sind hingegen Sachverhalte, welche unter altem Recht eingesetzt haben, aber beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauern. Eine solche sogenannte „unechte Rückwirkung“ eines Gesetzes ist gemäss Bundesgericht und Lehre zulässig, sofern dem nicht wohlervorbene Rechte bzw. Ansprüche aus Treu und Glauben entgegenstehen.1799 Dieser Auffassung steht gemäss Rechtsprechung des EGMR auch Art. 7 EMRK (bzw. Art. 15 UNO-Pakt II) nicht entgegen. Fortgesetzte Handlungen können auch nach neuem Recht beurteilt bzw. bestraft werden. Allerdings muss sich aus der Anklageschrift oder dem Strafurteil klar ergeben, dass nur die nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzes begangenen Handlungen berücksichtigt wurden.1800 2477. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass sämtliche Abreden, welche vor dem Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes am 1. April 2004 vollumfänglich abgeschlossen wurden, nicht

direkt sanktionierbar sind. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass diese Handlungen nicht dennoch gesetzeswidrig wären. 2478. Im Zusammenhang mit der für das Jahr 2005 vorgenommenen Bruttopreissenkung, welche die Wettbewerbsbehörden als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG qualifizieren, ist eine vertiefte Betrachtung angezeigt. Wie aufgezeigt, unternahmen der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch einen Teil der Vorbereitungs- bzw. Umsetzungs-handlungen bis nach Inkrafttreten der Gesetzesänderungen im Jahr 2004 vor (vgl. Rz 1110) Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. seine Mitglieder setzten die Bruttopreissenkung zudem konkret mit Wirkung für das Jahr 2005 um, wobei die Abrede wie dargelegt noch bis 2009 nachwirkte. 2479. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, wann die Abrede über die Bruttopreissenkung 2005 begangen wurde und ob das Rückwirkungsverbot überhaupt zum Tragen kommt. 2480. Mangels einer kartellrechtlichen Praxis mit Bezug auf die Dauer einer Tathandlung drängt sich ein Vergleich mit dem Strafrecht auf. Die Erkenntnisse daraus, können gegebenenfalls analog auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Gemäss Art. 2 StGB wird „nach diesem Gesetz [...] beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen verübt hat.“ Gemäss Doktrin ist für die Anwendung von Art. 2 StGB auf den Begehungszeitpunkt einer Tat abzustellen. Ausschlaggebend für die Bestimmung dieses Zeitpunkts ist das tatbestandsmässige Handeln. Das tatbestandsmässige Handeln beginnt bei Überschreitung der Schwelle des Versuchs¹⁸⁰¹ und dauert bis zur Beendigung der Tat

1795 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, 72 N 329 f. 1796 BBl 2002 2022, 2048. 1797 Vgl. zuletzt RPW 2013/2, 197 Rz 283, Abrede im Speditionsbereich; 1798 BGE 139 I 72, 85 ff. E. 8.2.1 (= RPW 2013/1, 124 Rz 8.2.1), Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 1799 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2013, § 24 N 28; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (Rz 1795), 66 N 283; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2013, 409; BGE 126 V 134, 135 E.4a; BGE 133 II 97, 101 f. E. 4.1. 1800 Urteil des EGMR Ecer u.a. vom 27.2.2001, Nr. 29295/95, Z 33; ULRICH KARPENSTEIN/FRANZ C. MAYER, EMRK, 2012, Art. 7 EMRK N 19. 1801 PETER POPP/ANNE BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 5 f.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 594

fort.1802 In BGE 107 IV 1 erblickte das Bundesgericht die Tat als beendet, nachdem ein Be-träger die ertrogenen Blankowechsel bei der Bank einwechselte.¹⁸⁰³ 2481. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der SGVSB (bzw. seine Mitglieder) noch am 29. Juni bzw. 9. Juli 2004 (vgl. Rz 1110) beschloss, die mit Sanitas Troesch vereinbarte Bruttopreissenkung mitzutragen. Der formelle Beschluss der Abrede wurde folglich zu einem Zeitpunkt nach Inkrafttreten des neuen Rechts gefasst. Die Ausführung des Beschlusses fand zudem zumindest teilweise erst per 1. Januar 2005 statt, denn damals wurden die neuen Preislisten an die Sanitärkunden versandt. Ferner wurden auch noch lange nach dem 1. Januar 2005 Offerten erstellt, welche auf den Preisen 2005 basierten. Zumal das Kartellgesetz gemäss Art. 1 KG bezweckt, die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen zu verhindern und bei der Beurteilung der Unzulässigkeit einer Abrede dessen Auswirkung ein Teil des „objektiven“ Tatbestandes ist, kann für die Beurteilung für den Abschluss der Tat die Wirkung nicht ausser Acht gelassen werden. Die Tathandlung war somit erst nach dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes beendet. 2482.

Folgte man der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 107 IV 1 analog, ist die Tat erst beendet, nachdem die Rechnungen, welche auf Offerten mit den Preisen aus dem Jahr 2005 beruhen, bezahlt wurden. Dies war teilweise erst nach dem Jahr 2009. Die Auswirkung der Abrede und damit Teil des objektiven Tatbestandes von Art. 5 Abs. 3 KG war folglich frühestens 2009 abgeschlossen. Zusammenfassend steht somit fest, die Abrede zur Bruttopreissenkung 2005 nach strafrechtlichen Massstäben erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts beendet wurde. Zieht man also die strafrechtliche Sicht analog herbei, findet das Rückwirkungsverbot auf die Abrede zur Bruttopreissenkung 2005 keine Anwendung. 2483. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht kann nichts anderes gelten, es liegt somit gar keine Rückwirkung vor. Art. 49a KG ist daher grundsätzlich auf die Bruttopreissenkung 2005 anwendbar. Die Frage der Verjährung, welche von der Frage des Rückwirkungsverbots zu trennen ist, wird sogleich noch genauer betrachtet. (iii) Anwendung auf den vorliegenden Fall 2484. Die folgenden Abreden erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (Rz 2302 f.) und können daher sanktioniert werden: Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. dessen Mitglieder i. Sanitas Troesch und der SGVSB bzw. dessen Mitglieder vereinbarten gemeinsam eine Bruttopreissenkung und Rabattsenkung für das Jahr 2005, welche sich bis ins Jahr 2009 auswirkte; ii. Sanitas Troesch stimmte zusammen mit Gétaz und Richner (CRH), Sabag und Inno- san über eine Bruttopreissenkung im Umfang von 20 % für das Jahr 2012 ab. SGVSB und seine Mitglieder i. Gétaz, Bringhen und die Suissetec vereinbarten zwischen 2003-2010, - dass der Grosshandel ausschliesslich über den Installateur verkaufte; - dass der Grosshandel Privaten Einzel- und Ersatzteile nur zu Bruttopreisen ver- kaufte;

1802 STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Trechsel/Pieth (Hrsg.) Praxiskommen- tar, 2013, Art. 2 N 4; PETER POPP/ANNE BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 6. 1803 BGE 107 IV 1, 2.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 595

- dass der Installateur ausschliesslich über die anwesenden Sanitär-Grossisten einkaufte und dies auch für Badezimmermöbel und Armaturen galt; - dass Waschmaschinen von dieser Vereinbarung ausgeschlossen seien; - dass bei Anfragen von Privaten oder Generalunternehmer stets nach dem vo- raussichtlichen Installateur gefragt werden sollte und die Rabattierung durch den Installateur erfolgen sollte. ii. Zwischen 1991 bis heute führte der SGVSB eine gemeinsame Stammdatenverwal- tung für seine Mitglieder. Gestützt auf diese Stammdaten führten die SGVSB- Mitglieder bis Ende 2007 gemeinsame Bruttopreise. iii. Für das Jahr 2007 bestimmten die SGVSB-Mitglieder eine generelle Margenerhö- hung von 3 % bzw. 5 %. Bei anderen Produkten wurde auf eine Margenerhöhung verzichtet. Überdies legte die Sortimentskommission durch einstimmigen Beschluss detaillierte Rabatte pro Produktkategorie fest. Diese Anpassungen wurden vom Vor- stand angenommen. iv. Die SGVSB-Mitglieder teilten die Produkte in Rabattgruppen ein. v. Das SGVSB-Sekretariat passte die in den Stammdaten hinterlegten Basispreise, mit welchen die Bruttopreise jedes Mitgliedunternehmens berechnet wurden, bis ins Jahr 2012 an. Damit erhöhten sich die Bruttopreise der Mitglieder im gleichen Ausmass. vi. Der SGVSB bestimmte in Zusammenarbeit mit den Mitgliedern nicht nur die getrenn- te Ausweisung von Transport- und Einbaukosten, sondern ab 2004 auch die maxima- le Höhe von 2 % dieser Preisbestandteile. Der Verband legte auch die Preisrun- dungsregeln fest. Somit bestimmten der SGVSB und seine Mitglieder mit andern Worten den Preisbestandteil

der Transportkosten und der Einbaukosten. vii. Zwischen 1999 bis 2011 legte der Verband die Eurowechselkurse bzw. vor Einführung des Euro im Jahr 2002 die Wechselkurse für in ausländischer Währung eingekaufte Produkte fest. viii. Ab Einführung der getrennten Bruttopreiskataloge für Gétaz und Richner (CRH), Sa-bag, Bringhen und die Teampur-Mitglieder im Jahr 2008 bis ins Jahr 2011 bestimmten die SGVSB-Mitglieder, dass immer der höchste der in den Katalogen der SGVSB-Mitglieder aufgenommene Bruttopreis in den Teampur-Katalog einfließen sollte. Die Teampur-Grossisten setzten folglich bis 2012 ihre Bruttopreise nicht selbständig fest. Ihnen wurde ein Bruttopreis von den anderen Mitgliedern vorgegeben. ix. Die Sortimentskommission bzw. die SGVSB-Mitglieder bestimmten, welche Produkte in die Stammdaten und, gestützt darauf, in die Bruttopreiskataloge der Mitglieder aufgenommen werden sollten. Ferner bestimmten die grösseren Mitglieder das in den Teampur-Katalogen aufzunehmende Sortiment. C.5.2.3 Verjährung 2485. Während die Verfolgungsverjährung für im Kartellgesetz mit Strafsanktionen bedrohten Straftaten (Art. 54 f. KG) im Kartellgesetz ausdrücklich geregelt ist (Art. 56 KG), fehlt eine entsprechende Vorschrift mit Bezug auf Kartellrechtsverstösse, die mit Verwaltungsanktionen (Art. 49a–52 KG) bedroht sind. 1804 Vorliegend steht die Sanktionierung von Abreden

1804 MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 N 163; RPW 2013/4, 632 Rz 1010, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 596

nach Art. 5 Abs. 3 KG in Frage, wofür einzig Art. 49a KG eine Zeitvorgabe macht. Art. 49a Abs. 3 lit. b KG sieht vor, dass eine Sanktionsbelastung entfällt, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist“. Im Folgenden ist zu klären, ob nebst dieser Frist für Verwaltungsanktionen gemäss Art. 49a KG noch weitere Fristen bestehen und gegebenenfalls wie lange diese sind. Die Verjährungsfristen für die übrigen Verwaltungsanktionsbestimmungen (Art. 50–52 KG) sind vorliegend nicht von Belang und bleiben ausser Acht. 1805 2486. Zur Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG äussert sich die Botschaft nicht. 1806 In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei dieser Fünfjahresfrist um eine Verfolgungsverjährungsfrist¹⁸⁰⁷ oder eine Verwirkungsfrist¹⁸⁰⁸ handelt. Die Frage nach der Natur der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Aufgrund des Wortlautes und der Gesetzssystematik der Norm steht zumindest fest, dass sich Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ungeachtet der Natur der darin enthaltenen Fünfjahresfrist einzig auf die Möglichkeit zur Verhängung einer Sanktion bezieht. Die Norm macht jedoch keine Aussagen zur Möglichkeit, ein Kartellverwaltungsverfahren zu eröffnen, um die Rechtswidrigkeit einer Verhaltensweise zu untersuchen und gegebenenfalls für die Zukunft zu untersagen. Aus diesem Grund können die Wettbewerbsbehörden auch seit mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübte Verhaltensweisen untersuchen. 1809 2487. Ebenfalls unabhängig von der Beantwortung der Frage nach der Natur der Fünfjahresfrist in Art. 49a KG kann das Bestehen einer zusätzlichen Verfolgungsverjährungsfrist ausgeschlossen werden. Insbesondere finden – wie dies von NIGGLI/RIEDO¹⁸¹⁰ vertreten wird – die vierjährige Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR sowie die dreijährigen Verfolgungsverjährungsfrist des StGB, welche jeweils erst mit erstinstanzlichem Urteil gewahrt sind, keine Anwendung. 1811 Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG vorgesehenen Fünfjahresfrist. Dieser Bestimmung ist nämlich e

contrario zu entnehmen, dass Verhaltensweisen, die weniger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden sind, sanktioniert werden sollen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht eine in sich widersprüchliche Regelung und weitgehend inhaltsleere Norm schaffen wollte. Dies wäre jedoch gerade der Fall, wenn zusätzlich zu dieser Frist noch eine bedeutend kürzere (verwaltungs-)strafrechtliche Verfolgungsverjährungsfrist hinzutreten würde.

Beispielsweise würde bei einem seit viereinhalb Jahren vor Untersuchungsöffnung nicht mehr ausgeübten Verhalten zwar die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG noch laufen, die Verfolgungsverjährung wäre aber bereits eingetreten. Eine Sanktionierung

1805 Dazu etwa RPW 2006/1, 171 Rz 206, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 1806 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042. Nicht nachvollziehbar daher die Aussage von NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a–53 KG N 170, wonach es „gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers“ wäre, bei Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von einer Verfolgungsverjährungsbestimmung auszugehen. Diese Bestimmung wurde erst mit der Revision von 2002 eingeführt, wobei sich die Botschaft mit keinem Wort zu ihrer Natur äussert (so an sich treffend auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 KG N 164). Die Ausführungen bezüglich Verzicht auf Verjährungsregeln in der Botschaft zur Revision von 1995 können sich schon nur aus zeitlicher Sicht nicht auf den erst mehrere Jahre später geschaffenen Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ergo ist eine diesbezügliche „erklärte Absicht des Gesetzgebers“ nicht auszumachen. 1807 PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz 12.46. 1808 PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553–568, 564; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 241; BORER (Fn 1570), Art. 53 KG N 4. 1809 Hierauf hinweisend etwa DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 796; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 240; RPW 2013/4, 632 Rz 1011, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1810 NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a-53 KG N 169 ff. 1811 Eine Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des VStrR sowie des StGB verneinend bereits RPW 2010/1, 172 Rz 353, Preispolitik Swisscom ADSL, mit der Begründung, das Verfahren richte sich nach dem VwVG und die Regeln des VStrR und des StGB kämen nur ergänzend und analog zur Anwendung.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 597

wäre diesfalls wegen Zeitablaufs nicht mehr möglich, obwohl Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gerade von einer Sanktionierbarkeit ausgeht und e contrario sogar statuiert. Hinzu kommt, dass die (ohnehin kurzen) strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen erst mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewahrt werden, was für Kartellverwaltungsverfahren gänzlich unpassend erscheint. Im Gegensatz zu den Sachverhalten, für deren Verfolgung kurze Verjährungsfristen vorgesehen sind, involvieren Kartellverfahren regelmässig eine grosse Anzahl Parteien und zeichnen sich durch äusserst komplexe Sachverhalte aus, weshalb sie häufig mehrere Jahre dauern. Hinzu kommt, dass kurze Verjährungsfristen falsche Anreize setzen würden, da die Parteien versucht sein könnten, das Kartellverwaltungsverfahren absichtlich zu verzögern, um damit den Eintritt einer Verjährung zu erreichen. Es ist daher in Übereinstimmung mit der jüngsten Praxis der WEKO und mehreren Stimmen aus der Lehre¹⁸¹² festzuhalten, dass

neben der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist für die Verhängung von Sanktionen keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. Mit anderen Worten kann während einer laufenden Untersuchung keine Verjährung eintreten.¹⁸¹³ Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass selbst NIGGLI/RIEDO, welche sich – so weit ersichtlich als einzige Autoren – für eine grundsätzliche Anwendbarkeit der (verwaltungs-)strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsnormen aussprechen, dies primär mit Bezug auf Art. 50–52 KG tun; hinsichtlich der Sanktionen gemäss Art. 49a KG lassen sie die Frage aber letztlich offen.¹⁸¹⁴ 2488. Dieses Resultat wird durch die aktuelle Praxis des Bundesgerichts gestützt. Denn würden wettbewerbsrechtliche Sachverhalte einer Verjährung unterliegen, müsste das Bundesgericht diese von Amtes wegen berücksichtigen. Das Bundesgericht tut dies jedoch nicht. Bei Kartellverfahren, insbesondere Verfahren mit Sanktionen, berücksichtigt das Bundesgericht einzig den Beschleunigungsgrundsatz gemäss Art. 29 Abs. 1 BV.¹⁸¹⁵ Daraus folgt zumindest implizit, dass für Verwaltungssanktionen gemäss Kartellgesetz keine eigentliche Verjährung vorgesehen ist.¹⁸¹⁶ Abschliessend steht somit fest, dass die Wettbewerbsbehör-

¹⁸¹² RPW 2013/4, 633 Rz 1012, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; So DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797; SPITZ (Fn 1808), 564; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 114), Art. 49a KG N 239. ¹⁸¹³ RPW 2013/4, 633 Rz 1012, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797, erachten dies als rechtsstaatlich heikle Situation. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Situation einerseits durch das Beschleunigungsgebot entschärft wird, andererseits aber selbst im Kernstrafrecht eine solche „Unverjährbarkeit“ besteht, wenn auch nur, so doch immerhin, ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens. ¹⁸¹⁴ RPW 2013/4, 633 Rz 1012, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 1804), Vor Art. 49a–53 KG N 170: „Diese Regelung [Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG] kann nämlich – jedenfalls für die anderen Verwaltungssanktionen – nicht massgeblich sein, denn Art. 49a Abs. 3 lit. b lässt sich auch bei phantasievoller Auslegung schwerlich als eine Verjährungsbestimmung der Art. 50 ff. verstehen. Für die anderen Verwaltungssanktionen muss folglich jedenfalls die kernstrafrechtliche Regelung gelten“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Bloss am Rande sei erwähnt, dass die von NIGGLI/RIEDO (Fn 1804) vorgenommene Qualifikation der Sanktionen gemäss Art. 49a KG als strafrechtliche Übertretungen (vgl. Vor Art. 49a–53 KG N. 171 und 65 f.) zu formalistisch ist und wertungsmässig nicht überzeugt. Zutreffend ist zwar, dass einzig eine Geldstrafe (Busse) angedroht ist, was aus formaler Sicht für eine Übertretung sprechen würde (vgl. Art. 103 StGB). Doch liegt es in der Natur der Sache – nämlich dem Unternehmensstrafrecht – dass eine Freiheitsstrafe (die für Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt wird, vgl. Art. 10 StGB) gar nicht erst angedroht werden kann, ist der Täter doch eine juristische Person. Gerade das Merkmal Freiheitsstrafe kann daher nicht entscheidend sein, was NIGGLI/RIEDO übergehen. Ein Vergleich mit Art. 106 Abs. 1 StGB zeigt, dass der in Art. 49a KG vorgesehene Straf- bzw. Bussenrahmen den für Übertretungen üblicherweise vorgesehenen Rahmen um ein Vielfaches sprengt. Wertungsmässig handelt es sich daher bei Art. 49a KG, wenn schon eine strafrechtliche Qualifikation vorgenommen werden soll, zumindest um Vergehen, wenn nicht gar um Verbrechen, was im Übrigen auch zu anderen strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfristen führen würde als von NIGGLI/RIEDO propagiert (Art. 97

StGB anstatt Art. 109 StGB). 1815 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, Publigroupe SA et al./WEKO. 1816 Noch nicht veröffentlichte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013, Abreden im Bereich Luftfracht, Rz 113. 22-00055/COO.2101.111.7.135680 598

den immerhin das Beschleunigungsgebot zu beachten und eine allfällige übermässig lange Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung reduzierend zu berücksichtigen haben. 1817 2489. Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies grundsätzlich Folgendes: Das Sekretariat eröffnete die Untersuchung in Übereinstimmung mit einem Mitglied des Präsidiums am 22. November 2011. Aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG sind sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, welche ab dem 23. November 2006 nicht mehr „ausgeübt“ worden sind, nicht mehr sanktionierbar. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der deutsche Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG insofern verwirrend ist, als dass er vom „ausüben“ der Wettbewerbsbeschränkung spricht. Es ist nicht klar, was mit dem Ausdruck „ausüben“ einer Wettbewerbsbeschränkung gemeint ist. Das „Ausüben“ könnte lediglich eine Abredehandlung bzw. eine Missbrauchshandlung erfassen oder eben zusätzlich noch das Aufrechterhalten und somit die Wirkung der mit dieser Handlungen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Im Gegensatz dazu gehen der französische („a cessé de déployer ces effets“) und italienische („ha cessato di esplicare i suoi effetti“) Gesetzestext von Art. 49 Abs. 3 lit. b KG davon aus, dass die Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab welchem die Wettbewerbsbeschränkung keine Auswirkungen mehr zeitigt. Zumal die Sprachfassungen des Gesetzestextes in sämtlichen Landessprachen verbindlich für die Auslegung einer Norm sind, ist Art. 49a Abs. 3 lit. b KG so zu verstehen, dass der fristauslösende Zeitpunkt das Ende der Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung ist. 2490. Mit Bezug auf die Wettbewerbsabreden zwischen Sanitas Troesch und dem SGVSB bzw. seinen Mitgliedern steht fest, dass die vor der Bruttopreissenkung 2005 geschlossenen Preisabreden nicht mehr sanktionierbar sind. Mit Bezug auf die Bruttopreissenkung 2005 steht hingegen fest, dass sie sich bis ins Jahr 2009 auswirkte (Rz 1183, zum ganzen vgl. B.5.2.1.11, Rz 1160 ff.), weshalb sie sanktionierbar bleibt. Ebenso ist die Preisabrede bezüglich der Bruttopreissenkung für das Jahr 2012 sanktionierbar. 2491. Was die verbandsinternen Wettbewerbsabrede betrifft, sind sämtliche Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG und die Mengenabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. b KG sanktionierbar. Im Rahmen der Berechnung eines allfälligen Dauerzuschlags ist allerdings zu berücksichtigen, dass lediglich die Zeit ab dem 23. November 2006 herangezogen werden kann. C.5.2.4 Vorwerfbarkeit 2492. Für die Verhängung einer Verwaltungssanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit der Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vorausgesetzt. 1818 Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auch keine Vorwerfbarkeit verlangt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin in verschiedenen Fällen ein entsprechendes Erfordernis, 1819 weshalb auch nachfolgend kurz darauf eingegangen wird.

1817 RPW 2013/4, 633 Rz 1012, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; Zu weitgehend DAVID/JACOBS (Fn 1808), Rz 797, welche diesfalls als Grundsatz von einer gänzlichen Sanktionsbefreiung ausgehen. Eine solche kommt höchstens ausnahmsweise bei einer massiv übermässig langen Verfahrensdauer in Frage. 1818 RPW 2009/3, 196 Rz 105, Elektroinstallationsbetriebe Bern; vgl. etwa bereits die Entscheide der WEKO wie RPW 2001/1, 152 Rz 35, BNP/Paribas; RPW 2000/2, 262 f. Rz

30, X/C-AG und D-AG und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., Curti & Co. AG; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungsstrafmassnahmen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, 2001, 585 ff., 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2 (Kartellrecht), von Büren/David (Hrsg.), 2000, 520. 1819 Vgl. RPW 2006/4, 660, Unique; RPW 2007/2, 232, Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern/“Publigroupe“; RPW 2009/3, 212 Rz 106 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 599

2493. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoß gegen Art. 49a Abs. 1 KG – hier i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – erfüllt diese

Verschuldensvoraussetzungen regelmässig.¹⁸²⁰ Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.¹⁸²¹ Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden kann,¹⁸²² müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vornehmen, um sicherzustellen, dass von ihm die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.¹⁸²³ C.5.2.4.1 Abschluss der Vorabklärung vor dem Hintergrund des Prinzips von Treu und Glauben und des Willkürverbotes (i) Einleitung 2494. Im Sachverhalt wurde dargestellt, dass eine Vorabklärung des Sekretariats mit Abschluss schreiben vom 11. Oktober 2006 eingestellt wurde. Über den Ablauf der Vorabklärung und das Verhalten der Parteien wurde ausführlich Beweis geführt. Diesbezüglich und für die zusammenfassende Beweiswürdigung sei auf die bereits gemachten Ausführungen in Titel B.6 (Rz 2122 ff., Rz 2209 ff.) verwiesen. Vorliegend sind der Ablauf dieser Vorabklärung und der Umstand der Einstellung rechtlich zu würdigen. 2495.

Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung des bewiesenen Sachverhalts bildet der Standpunkt des SGVSB, dass soweit „die Herausgabe gemeinsamer Bruttopreiskataloge mit unverbindlichen Preisen immer noch zulässig [sei], müsste es begriffsnotwendig auch zulässig [sein], Informationen über die Bruttopreise auszutauschen und letztlich eben diese (unverbindlichen) Bruttopreise zu bestimmen, anders wäre die Herausgabe eines gemeinsamen Kataloges ja gar nicht möglich.“ Zweitens wäre eine Sanktionierung des SGVSB aufgrund des „Entscheidens der Wettbewerbskommission“, auf den sich der SGVSB verlassen habe und auch verlassen habe dürfen, nicht gerechtfertigt. Eine Sanktionierung würde „in krasser Weise gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung), das Vertrauensprinzip (Art. 9 Bundesverfassung) und das Willkürverbot (Art. 9 Bundesverfassung) verstossen.“¹⁸²⁴ 2496. Der erste Teil des Vorbringens des SGVSB, wonach die rechtliche Zulässigkeit der Herausgabe von Bruttopreiskatalogen bedeute, es sei zulässig Preisinformationen auszutauschen, ist undifferenziert und in seiner Allgemeinheit unzutreffend. Er bedarf daher der näheren Betrachtung, bevor auf die Verletzung der angerufenen Verfassungsbestimmungen eingegangen werden kann (vgl. unten C.5.2.4.1(ii) Punkte bis C.5.2.4.1(vii)). Konkret sind zwei Punkte klarzustellen: 2497. Erstens ist zwischen der technischen Aufbereitung und Eingabe von Daten durch den

Verband einerseits und der Bestimmung des Inhalts sowie der Berechnung der Daten des Kataloges andererseits zu unterscheiden. Die rein technische Aufbereitung und Eingabe von den von jedem einzelnen Mitglied vorgegebenen Daten durch den Verband wird durch die

1820 PETER REINERT in: Handkommentar zum Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a KG N 5; RPW 2007/2, 234 m.w.H. in Fn 63 Publigroupe. 1821 In diesem Sinne BORER (Fn 1570), Art. 50 KG N 7 i.V.m. Art. 49a KG N 10 ff. m.w.H. 1822 Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 285; Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512). 1823 RPW 2009/3, 212 Rz 106, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 1824 Act. 381, 7.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 600

vorliegende Verfügung nicht als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Unzulässig ist es hingegen, wenn die SGVSB-Mitglieder – wie aufgezeigt – über den Inhalt und die Höhe von Bruttopreisen, Rabatten und anderen Preisbestandteilen Abreden treffen. Die Zulässigkeit des technischen Vorganges bedingt somit in logischer Hinsicht nicht, dass die Berechnung der Daten und die Inhaltsbestimmung der Daten automatisch auch zulässig sind. Vielmehr kommt es diesbezüglich auf die Art und Weise an, wie die Stammdaten bzw. die Katalogdaten berechnet und bestimmt werden. Solange die Berechnung und Inhaltsbestimmung der Katalogdaten durch jedes Mitglied individuell vollzogen wird, ist die rein technische Aufbereitung zulässig. 2498. Zweitens ist beim Austausch von Preisinformationen danach zu unterscheiden, zwischen wem diese Informationen ausgetauscht werden. Solange der Informationsaustausch strikt vertraulich zwischen jedem einzelnen SGVSB-Mitglied und dem SGVSB stattfindet, ist der Informationsaustausch unter den hier beobachteten Umständen zulässig. Werden jedoch wesentliche Informationen zwischen den einzelnen Mitgliedern ausgetauscht, wie z.B., wann und in welchem Umfang Margenerhöhungen durchzuführen sind, wie hoch der Eurokurs einzuschätzen ist, wie hoch die Preise in gewissen (Teampur-)Katalogen sein müssen, in welchem Umfang die Bruttopreise herabzusetzen sind etc., dann ist der Informationsaustausch unzulässig. Es kann also auch mit Bezug auf den Informationsaustausch klar danach unterschieden werden, wo die Grenze zwischen legalem und illegalem Austausch liegt. 2499. Der erste Teil der Einwände des SGVSB sind somit nicht gerechtfertigt. In der Folge ist der zweite Teil des Vorbringens zu analysieren, wonach die WEKO treuwidrig und willkürlich gehandelt haben soll. (ii) Keine Berufung auf Treu und Glauben möglich 2500. Der SGVSB wendet u.a. ein, die Sanktionierung des Verbands würde gegen Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung (BV) 1825 und das Vertrauensprinzip gemäss Art. 9 BV verstossen. 2501. Gemäss Art. 5 Abs. 3 BV handeln staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben. Mit anderen Worten bindet dieses Verfassungsprinzip staatliche Organe und Private. 1826 Art. 9 BV verdichtet die in Art. 5 Abs. 3 BV angelegten Schranken rechtsstaatlichen Handelns zu einem individuellen Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat nach Treu und Glauben behandelt zu werden. 1827 2502. Zur Klarstellung kann folglich festgehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden die vorgebrachte Verletzung von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensprinzips nicht als zwei voneinander getrennte Verfassungssätze zu prüfen hätte, wie dies der SGVSB mit seinem Vorbringen zumindest insinuiert. Vielmehr handelt es sich bei Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV um die zwei Seiten derselben Medaille. Während Art. 5 Abs. 3 BV den Staat bindet, nach Treu und Glauben zu

handeln, räumt Art. 9 BV dem Einzelnen ein Grundrecht ein, sich dem Staat gegenüber auf Treu und Glauben zu berufen.¹⁸²⁸ Konkret hat der Private einen „Anspruch darauf [...], in [seinem] berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.“¹⁸²⁹ Entsprechend der Verpflichtung, welche aus Art. 5 Abs. 3 BV folgt, kann sich ein

¹⁸²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101. ¹⁸²⁶ YVO HANGARTNER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 5 N 41; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 142 N 622 f. ¹⁸²⁷ CHRISTOPH ROHNER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 9 N 42. ¹⁸²⁸ Vgl. HANGARTNER (Fn 1823), Art. 5 N 41; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, 380 Rz 1989 ff. ¹⁸²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 143 N 627.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 601

Einzelner nur auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, wenn er nicht selber in relevanter Weise dagegen verstossen hat. Es ist daher unzulässig, wenn sich der Einzelne auf eigenes unredliches oder widersprüchliches Verhalten im Sachzusammenhang beruft.¹⁸³⁰ ²⁵⁰³. Wie bewiesen, hatten sowohl der SGVSB als auch Sanitas Troesch dem Sekretariat gegenüber teils unwahre und teils irreführende Sachverhaltsangaben gemacht (vgl. Rz 2209 ff.). So machten der SGVSB und Sanitas Troesch etwa unwahre Angaben über die gemeinsame Abrede über die Bruttopreisherabsetzung und verschweigen den Umstand, dass der Verband bzw. seine Mitglieder zusammen mit Sanitas Troesch Rabattgruppen entwickelt hatte. Der SGVSB machte zudem verwirrende Angaben, indem er darlegte, er sei seinen Mitgliedern behilflich gewesen bei der Eingabe der Bruttopreise, obwohl diese im Rahmen des Verbands gemeinsam festgesetzt wurden, und er verschwiegen den Umstand, dass die SGVSB-Mitglieder im Rahmen von Verbandssitzungen eine Margenerhöhung für das Jahr 2007 bestimmt hatten. ²⁵⁰⁴. Aufgrund dessen konnte der SGVSB nicht davon ausgehen, dass das Sekretariat die Wettbewerbssituation in Kenntnis sämtlicher Fakten beurteilte und seine Verhaltensweisen bedingungslos guthiess. Das Sekretariat beurteilte in der Folge anhand der im Rahmen der Vorabklärung eingeforderten teils unzutreffenden Angaben die Auswirkung der untersuchten Sachverhalte auf den Wettbewerb. Es kam zum Resultat, es bestünde ein „gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen.“ Mit anderen Worten schätzte das Sekretariat die Auswirkung der bestehenden Wettbewerbsabreden als weniger gravierend ein, als sie in Wirklichkeit waren. Denn hätte es gewusst, dass der SGVSB bzw. seine Mitglieder und Sanitas Troesch das Bruttopreisniveau gemeinsam festgelegt hatten und den Rabattwettbewerb gemeinsam einschränkten, wäre es mit Sicherheit zu einem anderen Schluss gekommen. Vor diesem Hintergrund kann der SGVSB keinen Vertrauensschutz geltend machen, ihm fehlt es an seiner eigenen Gutgläubigkeit. ²⁵⁰⁵. Man könnte einwenden, der SGVSB sei grundsätzlich nicht verpflichtet gewesen im Rahmen der Vorabklärung Angaben zu liefern, welche sich allenfalls belastend für ihn auswirken hätten, insbesondere nach Ablauf der im Kartellgesetz vorgesehenen Übergangsfrist vom April 2005. Diese Frage braucht vorliegend nicht beantwortet zu werden, denn selbst wenn man diese Auffassung teilen würde, ändert das nichts am Umstand, dass der SGVSB mit seinem Verhalten dazu beigetragen hatte, eine Beurteilung zu erwirken, die unter Kenntnis

aller relevanten Umstände anders ausgefallen wäre. 2506. Unabhängig von den soeben gemachten Feststellungen ist der bewiesene Umstand zu bedenken, dass der SGVSB seit spätestens dem 5. Juli 2004 (Rz 2144 f.) wusste, dass er entweder eine Widerspruchsmeldung oder eine Meldung gemäss der Schlussbestimmungen des KG beim Sekretariat einreichen konnte. Eine solche Meldung wäre einerseits geeignet gewesen, um die allfällige Rechtsunsicherheit des Verbands zu beheben und hätte andererseits den Ausschluss des Sanktionsrisikos bewirkt. Dies tat er jedoch nicht. Vielmehr wartete er bis zum 22. März 2005 – also kurz vor Ablauf der im KG vorgesehenen Übergangsfrist zur Meldung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung – bis er dem Sekretariat einen Brief sandte, in welchem er das Verhalten des Verbands in einem kurzen Abschnitt zusammenfasste. Daraufhin teilte ihm das Sekretariat umgehend mit, dass dieser Brief den Anforderungen

1830 BGE 121 I 177, 180 E. 2b.aa; ROHER (Fn 1827), Bundesverfassung, Art. 9 N 46; CLAUDE ROUILLER, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Thürrer/Aubert/Müller (Hrsg.), 2001, 688, Rz 27; BGE 132 II 21 ff.: Das Bundesgericht liess es nicht gelten, dass sich ein Beschwerdeführer auf Treu und Glauben berief, um dem Wiederherstellungsentscheid des Regierungsrats des Kantons Zürich zu entgehen, nachdem er sein Grundstück während 23 Jahren nicht zonenkonform gewerblich genutzt hatte. Der Beschwerdeführer hatte 1980 ein Baubewilligung für eine Scheune erteilt bekommen, wobei diese nur für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden durfte und jede Zweckänderung einer Bewilligungspflicht unterliege. In der Folge benutzte der Beschwerdeführer die Scheune samt dem Platz darum für sein Tiefbauunternehmen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 602

gen an eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmungen des SGVSB nicht genügte. Dennoch reichte der SGVSB keine neue Meldung ein. In Anbetracht dessen, dass dem SGVSB am 17. August 2001 vom Sekretariat mitgeteilt worden war, dass „Die in den Sanitärkatalogen aufgeführten Preislisten [...] unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art.

E. 5

Abs. 1/3 KG dar[stellten], “ konnte sich der SGVSB jedenfalls im März 2005 nicht darauf verlassen, sein Verhalten sei zulässig. Durch die Unterlassung einer Meldung setzte sich der SGVSB also bewusst dem Risiko aus, in eine Untersuchung mit Sanktionsfolgen verwickelt zu werden. Auch dieser Umstand zeigt, dass der SGVSB nicht an der Klärung des Sachverhaltes interessiert war und nicht gutgläubig handelte. 2507. Schliesslich ist noch festzuhalten, dass das Sekretariat mangels Kenntnis diverser Sachverhalte gar keine rechtliche Beurteilung derselben vornehmen konnte mit seinem Abschluss schreiben vom 11. Oktober 2006. Konkret wusste das Sekretariat nicht, dass der SGVSB Rabattgruppen und Rabatthöhen mit Sanitas Troesch besprochen hatte, sich zudem über die Bruttopreisherabsetzung für das Jahr 2005 (und 2012) mit Sanitas Troesch verständigt hatte, verbandsintern Eurokurspreise festlegte und eine verbandsweite Margenerhöhung für das Jahr 2007 verabredet hatte. Diese Sachverhalte wurden im Schreiben nicht angesprochen und fallen für eine allfällige Beurteilung des Vertrauensschutzes von Vornherein ausser Betracht. 2508. Aufgrund dieses Auslegungsergebnisses könnte die Prüfung des Vorliegens des Gutgläubensschutzes an dieser Stelle abgebrochen werden. Um

aufzuzeigen, dass sich der Verband auch dann nicht auf den Vertrauensschutz berufen könnte, wenn die Prüfung nicht am vorerwähnten Punkt gescheitert wäre, wird nachfolgend die einschlägige Rechtsprechung und Doktrin zum Vertrauensschutz auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt. (iii) Kein Vertrauensschutz aufgrund falscher Behördenauskünfte oder -zusicherungen 2509. Selbst wenn der SGVSB grundsätzlich Vertrauensschutz geltend machen könnte, wäre er nicht in seinem Vertrauen zu schützen. Vorab ist klarzustellen, dass das Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2006 nach bereits damals gültiger Rechtsprechung keine Verfügung oder Entscheidung der WEKO ist, 1831 wie dies der SGVSB in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2013 behauptet. Entsprechend entstehen dem SGVSB keine Rechte oder Pflichten durch das Abschluss Schreiben. Ferner wird ein Sachverhalt durch eine Vorabklärung nicht definitiv beurteilt, 1832 die Vorabklärung hat einzig eine Triage-Funktion beim Entscheid darüber, ob ein Sachverhalt noch näher untersucht werden soll. Bei diesem Entscheid kommt den Wettbewerbsbehörden ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. 1833 In Übereinstimmung damit war das Abschluss Schreiben vom Sekretariat weder als Verfügung bezeichnet worden, noch enthielt es eine Rechtsmittelbelehrung, wie dies Art. 35 Abs. 1 VwVG für Verfügungen verlangt. Beim Schreiben handelt sich um einfaches Verwaltungshandeln, das sich am ehesten mit einer Auskunft oder einer behördlichen Zusage vergleichen lässt. In Übereinstimmung damit beruft sich auch der SGVSB auf die Rechtsprechung über behördliche Auskünfte und Zusicherungen. 1834 2510. Gemäss bundesrichterlicher Rechtsprechung und Lehre darf sich die Empfängerin oder der Empfänger einer unrichtigen behördlichen Auskunft bzw. Zusicherung darauf berufen

1831 BGE 135 II 60, 67 f. E. 3.1.2; REKO/WEF, RPW 2004/2, 635 f. E. 1.2.3, Corner Banca SA/Telekurs Multipay AG/WEKO; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 26 N 32; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 44. 1832 BGE 135 II 60, 73 E.3.3.1. 1833 BGE 135 II 60, 67 E. 3.1.2. 1834 Act. 381, 3.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 603

und muss so gestellt werden, als ob die Auskunft oder Zusicherung richtig wäre. 1835 In diesem Zusammenhang sei sogleich klargestellt, dass Auskünfte, welche Dritten (z.B. Verbänden) erteilt werden und von diesen weitergeleitet werden, keine geeignete Vertrauensgrundlage für die indirekten Empfänger der Auskunft darstellen. Die von einer Behörde abgegebene Zusicherung gilt grundsätzlich nur für den unmittelbaren Empfänger. 1836 Ein Auskunfts- oder Zusicherungsempfänger ist ein seinem Vertrauen zu schützen, wenn die folgenden fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, 1837 wobei für Zusicherungsempfänger die Änderung der Rechtslage nicht immer eine Rolle spielt. 1838 i. Die Behörde handelte in einer konkreten Situation gegenüber einer bestimmten Person. Die Lehre verlangt zudem einhellig, dass die Auskunft vorbehaltlos erteilt wurde. 1839 ii. Die Behörde war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder der Bürger konnte sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten. iii. Der Bürger konnte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen. iv. Der Empfänger hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. v. Die Rechts- und Sachlage hat seit der Auskunftserteilung nicht geändert. 2511. In der Folge sind diese Punkte einzeln zu prüfen. In Bezug auf Punkt (i) ist unstrittig, dass das Sekretariat dem SGVSB eine „Auskunft“ oder

„Zusicherung“ erteilt und in einer konkreten Situation und gegenüber einer konkreten juristischen Person handelt. Insofern ist der erste Prüfungspunkt erfüllt. Nicht übereinzustimmen ist mit dem SGVSB hingegen, wenn er festhält, die WEKO [recte: das Sekretariat] habe bezüglich der rechtlichen Zulässigkeit der gemeinsamen Bruttopeiskataloge keine Vorbehalte angebracht. Sie hätte „zwar zum Ausdruck gebracht, dass sie es lieber sähe wenn in Zukunft nur noch firmenindividuelle Kataloge erstellt würden,“ sie habe „aber im Ergebnis ausdrücklich die Zulässigkeit der gemeinsamen Bruttopreiskataloge anerkannt.“ 2512. Vorab sei als Klammerbemerkung hinzugefügt, dass das Sekretariat und nicht die WEKO dem SGVSB erklärte, es stelle seine Vorabklärung ein. Dies folgt bereits aus dem Schreiben vom 11. Oktober 2006 selbst, wo es wörtlich heisst, dass das „Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Vorabklärung in dieser Sache einstellt.“ Ferner weist das Sekretariat darauf hin, dass die „Wettbewerbskommission [...] durch das Schreiben des Sekretariats nicht gebunden [wird].“ Ferner wurde das Schreiben alleine vom Sekretariat unterzeichnet. Der SGVSB wusste zudem bereits vor dem Abschluss schreiben über diesen Umstand Bescheid, was sich aus der damaligen Korrespondenz ergibt, welche immer an das Sekretariat adressiert war und wo nirgends von einem Entscheid der WEKO die Rede war. 1840 Schliesslich muss sich der SGVSB anrechnen lassen, dass sein seit rund 20 Jahren amtierender Verbandssekretär und Geschäftsleiter promovierter Jurist ist

1835 KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407. 1836 Entscheide der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, VPB 60 [1996], Nr. 17; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 152 N 669; 1837 BGE 121 V 65, 67 E.2a; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407; ROHNER (Fn 1827), Art. 9 Rz 52; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 165 f. Rz 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 152 ff., RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, 382 Rz 2002. 1838 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 168 f. Rz 19 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407 f. unter Hinweis auf BGE 103 Ia 505, 510 ff. E. 2c. 1839 KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 165 Rz 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 682 f., RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 382 Rz 2001. 1840 Act 529.09, 529.02, 529.04, 529.5.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 604

und als unabhängiger Anwalt- und Notar arbeitet. 1841 Ihm darf unabhängig von den soeben gemachten Feststellungen zugemutet werden, dass er sich darüber im Klaren ist, dass die WEKO verfügt bzw. entscheidet und das Sekretariat Untersuchungen durchführt. 1842 2513. Zum eigentlichen Argument des SGVSB ist folgendes zu sagen: Erstens ist seine Stellungnahme missverständlich. Einerseits gesteht der SGVSB ein, gewusst zu haben, dass laut Sekretariat in Zukunft nur noch individuelle Kataloge herausgegeben werden sollten. Andererseits soll aber das Sekretariat trotzdem die Herausgabe gemeinsamen Bruttopreiskataloge als zulässig anerkannt haben. Aus diesem Standpunkt folgt nicht klar, was der SGVSB unter der Herausgabe von „gemeinsamen Bruttopreiskatalogen“ meint. 2514. Soweit der SGVSB mit die „gemeinsamen Bruttopreiskataloge“ identische Bruttopreise meint, ist die Aussage widersprüchlich. Denn wenn das Sekretariat eine Individualisierung der Bruttopreise verlangt, was der SGVSB anerkennt, kann es in logischer Hinsicht nicht gleichzeitig die Zulässigkeit des Gegenteils (gleiche Bruttopreise) feststellen. Sollte der SGVSB also diesen Standpunkt vertreten, kann

er nicht in seinem Vertrauen geschützt werden. Er vertritt gleichzeitig zwei sich gegenseitig ausschliessende Standpunkte. 2515. Aus der missverständlichen Stellungnahme könnte auch gelesen werden, der SGVSB meine mit der Herausgabe von gemeinsamen Bruttopreiskatalogen die bloss technische Verarbeitung durch den SGVSB von individuell von jedem SGVSB-Mitglied bestimmten Preisdaten, um anschliessend als Verband unterschiedliche Kataloge für jedes einzelne SGVSB-Mitglied herstellen zu lassen. Soweit der SGVSB diesen Standpunkt vertritt, braucht er nicht in seinem Vertrauen geschützt zu werden, da die Wettbewerbsbehörden die bloss technische Koordination und Herstellungshilfe des Verbands für die Kataloge auch heute nicht verbieten und sanktionieren wollen. 2516. Dem Vorbringen des SGVSB, das Schreiben des Sekretariats enthalte generell keine Vorbehalte, ist erwiesenermassen unzutreffend (Rz 2166, Rz 2168). Es sei an die folgende Textpassage erinnert: IV. Vorbehalt Dieses Schreiben enthält einen zweifachen Vorbehalt: a) Die Wettbewerbskommission wird durch das Schreiben des Sekretariats nicht gebunden. b) Gegenstand der Vorabklärung waren die Preisbildungsmechanismen in der Sanitärbranche insgesamt in den Jahren 2004-2005. Sollten dem Sekretariat neue Tatsachen zur Kenntnis gelangen oder neue Anzeigen betreffend einzelner Produkte im Sanitärbereich, insbesondere in Bezug auf einen fehlenden Preiswettbewerb zukommen, behalten wir uns die erneute Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens ausdrücklich vor. 1843 [Fette Schrift durch die Autoren des Originalschreibens] 2517. Abgesehen davon, dass das Sekretariat wörtlich „einen zweifachen Vorbehalt“ anbringt, folgt aus dieser Passage, dass die zum Erlass von Verfügungen kompetente Behörde – die WEKO – durch dieses Schreiben „nicht gebunden“ würde. Gemäss Duden bedeutet das Wort „binden“ u.a. „verpflichten etwas zu tun; festlegen“. 1844 Diese Bedeutung wird dem Wort in der Alltags- und Geschäftssprache auch üblicherweise zugemessen. Dieser Satz

1841 Act. 286, Zeile 11. 1842 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15, unter Hinweis auf BGE 117 Ia 119, 125 E. 3a, wo einem Anwalt zugetraut wird, die Mängel einer Rechtsmittelbelehrung zu erkennen, wenn diese allein durch die Konsultation des massgebenden Gesetzestextes hätte erkannt werden können. Vom Juristen wird eine Grobkontrolle einer Rechtsmittelbelehrung verlangt. 1843 Act. 238, 129 f., 529.09. 1844 Abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/bindend>.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 605

kann folglich auch für einen Rechtsunkundigen nur bedeuten, dass, wenn die WEKO durch das Schreiben nicht verpflichtet wird, etwas zu tun bzw. sich nicht festlegt, sie einmal keinen endgültigen Entscheid getroffen hat und sie zudem auch anders als das Sekretariat entscheiden könnte. Mit anderen Worten schliesst ein solcher Vorbehalt eine Zusicherung bzw. eine Auskunft, wonach der vorliegende Sachverhalt rechtlich abschliessend durch die kompetente Behörde beurteilt wurde, aus. Ferner stellte das Sekretariat klar, dass, falls dem Sekretariat „neue Tatsachen zur Kenntnis“ gelangen oder „neue Anzeigen in Bezug auf fehlenden Preiswettbewerb“ bei ihm eingingen, es erneut ein kartellrechtliches Verfahren eröffnen würde. Dieser Vorbehalt zeigte dem Empfänger buchstäblich an, dass unter den genannten Umständen ein neues Verfahren eingeleitet werden könnte. Unter diesen Umständen kann nicht von einer vorbehaltlosen und abschliessenden Zusicherung des Sekretariats ausgegangen werden. 2518. Schliesslich übergeht der SGVSB mit seiner Argumentation den folgenden Teil des Schreibens, wo es wörtlich heisst: V. Weiteres Vorgehen Wir weisen Sie darauf hin, dass die Herausgabe und das Benutzen von

Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich nicht unproblematisch ist. [...] b) Wir empfehlen Ihnen daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten. [...]1845 [Fette Schrift durch die Autoren des Originalschreibens] Auch dies ist ein Vorbehalt, über den sich der SGVSB nicht hinwegsetzen kann. Die zwei da- raus fliessenden Informationen sind: a) Preisempfehlungen können kartellrechtlich problematisch sein und b) Empfehlung zum Herausgabeverzicht von Preislisten. 2519. Damit steht abschliessend fest, dass die Zusicherung oder die Auskunft des Sekretariats nicht vorbehaltlos erfolgte. Die Prüfung der weiteren vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen könnte hier abgebrochen werden, da der Vertrauensschutz nur greift, wenn sie kumulativ erfüllt sind. Da aus der Sicht des SGVSB aber alle Kriterien erfüllt sind, werden sie dennoch vollständig abgehandelt. 2520. Gemäss Bundesgericht muss zweitens (ii) die auskunftserteilende bzw. zusichernde Behörde zur Auskunftserteilung zuständig gewesen sein. Der SGVSB bringt vor, die WEKO sei zur Auskunftserteilung zuständig. Das Argument, das Sekretariat habe die WEKO nicht binden können, sei nicht zu hören. Der Bürger, der sich gesetzeskonform verhalten wolle, müsse sich auf die Beurteilung der zuständigen Stelle verlassen können. Andernfalls sei nicht klar, auf wen er sich noch verlassen und wem er noch trauen könne.1846 2521. Gemäss Bundesgericht ist eine Behörde üblicherweise dann zuständig, wenn sie auch kompetent ist, den Entscheid in der Sache zu fällen.1847 Es genügt, wenn der Private annehmen durfte, die Behörde sei zur Auskunftserteilung zuständig.1848 War die Unzuständigkeit nicht offensichtlich, bleibt der Gutgläubensschutz erhalten. Bei dieser Beurteilung sind sowohl objektive als auch subjektive Elemente zu beurteilen. Objektiv stehen die Natur der er-

1845 Act. 238, 129 f., 529.09. 1846 Act. 381, 3 f. 1847 KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407. 1848 BGE 127 I 31, 36.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 606

teilten Auskunft im Vordergrund und die Rolle der Auskunftsperson(en). Subjektiv muss eine besondere Stellung oder Befähigung des Auskunftsempfängers beachtet werden.1849 2522. In objektiver Hinsicht hatte der SGVSB im vorliegenden Fall keinen Grund zur Annahme, das Sekretariat sei nicht zuständig, die Vorabklärung zu führen und abzuschliessen. Dies ergibt sich wie bereits dargelegt aus dem Schreiben vom 11. Oktober 2006 selbst. Aufgrund der erwähnten Vorbehalte war jedoch klar, dass die WEKO „das letzte Wort“ hatte bzw. die entscheidende Behörde war. Es stand folglich objektiv fest, dass das Sekretariat nicht Entscheidbehörde war. 2523. In subjektiver Hinsicht muss sich der SGVSB anrechnen lassen, dass sein Sekretariat durch einen promovierten Juristen geführt wird, der hauptberuflicher Anwalt und Notar ist. Es wäre für ihn, ohne von ihm vertiefte Fachkenntnisse im Kartellrecht zu fordern, anhand einfacher Gesetzeslektüre möglich und zumutbar gewesen zu erkennen, dass das Sekretariat nicht kompetent war, mit dem Abschluss der Vorabklärung einen endgültigen Entscheid über die Sanktionierbarkeit der summarisch untersuchten Sachverhalte zu fällen. So trifft gemäss Art. 18 Abs. 3 KG die Wettbewerbskommission Entscheide und erlässt Verfügungen. Diesem Schluss entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entschieden, dass die Verfahrensparteien nicht im guten Treuen davon ausgehen könnten, dass der zuständige Abteilungsleiter eines Sekretariatsdienstes ermächtigt wäre, die Sanktionskompetenz der WEKO durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen.1850 Vorliegend verhält es sich nicht anders. Zusammenfassend ist also auch die zweite vom Bundesgericht geforderte Voraussetzung für den Gutgläubensschutz nicht gegeben. 2524. Drittens (iii) wird der

Bürger durch seinen guten Glauben geschützt, wenn er die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte. Der SGVSB stellt sich auf den Standpunkt, die Unrichtigkeit der Zusicherung oder Auskunft sei „nicht nur nicht offensichtlich, sondern gar nicht gegeben.“ Er verweist zudem auf seine Ausführungen, wonach „gemeinsame unverbindliche Bruttopreiskataloge“ eine „Effizienzsteigerung des Absatzkanals bewirken, [...] die Vielfalt der Wettbewerbsteilnehmer erhalten“ und „– wie die Marktuntersuchung ergab – angesichts des harten Rabattwettbewerbs keinen negativen Einfluss auf die Endpreise haben.“ 1851 2525. Gemäss Lehre wird nur der gutgläubige Private geschützt. Wer die Unrichtigkeit einer behördlichen Auskunft kannte oder hätte erkennen sollen, kann sich nicht auf sein Vertrauen berufen. 1852 Dabei werden Juristen gemäss Lehre und Praxis strenger beurteilt. Ferner darf den Auskunftersuchenden keine Schuld an der Unrichtigkeit der Auskunftserteilung treffen. 1853 2526. Vorliegend liegt aus zwei Gründen gar keine falsche Auskunft des Sekretariats vor: Einerseits stellt das Sekretariat, wie im Schreiben angekündigt, die Vorabklärung tatsächlich ein: Wir beziehen uns auf die bisher geführte Korrespondenz in rubrizierter Angelegenheit. Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend:

1849 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 684; BGE 129 II 361, 382, wo sich die Kinder das Wissen des Vaters anrechnen lassen mussten, dass eine Gemeindebehörde nicht zur Erteilung einer Erlaubnis für den Erwerb von Immobilien durch Ausländer in der Schweiz kompetent war. 1850 Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 7.4.5.4, Publigroupe et al./WEKO; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, E 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique). 1851 Act. 381, 2 f., 2a und 4 zu 3. 1852 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 155 N 684. 1853 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15, unter Hinweis auf BGE 117 Ia 119, 125 E. 3a, wo einem Anwalt zugetraut wird, die Mängel einer Rechtsmittelbelehrung zu erkennen, wenn diese allein durch die Konsultation des massgebenden Gesetzestextes hätte erkannt werden können. Vom Juristen wird eine Grobkontrolle einer Rechtsmittelbelehrung verlangt.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 607

Sekretariat) die Vorabklärung in dieser Sache einstellt. Summarisch begründen wir dies wie folgt: [...] 1854 Wie erwähnt, wies das Sekretariat zudem explizit auf die Möglichkeit hin, dass es wieder ein Verfahren eröffnen würde bei Kenntnisnahme neuer Tatsachen oder neuer Anzeigen. Auch diesbezüglich war die Auskunft nicht falsch, denn in der Folge kam es in der Tat zu neuen Anzeigen zum Preiswettbewerb und das Sekretariat erlangte Kenntnis von neuen Tatsachen und eröffnete der Ankündigung entsprechend ein neues Verfahren. 2527. Andererseits kam das Sekretariat zu folgendem Ergebnis: III. Ergebnis Nach unseren Ermittlungen sind wir zum Schluss gekommen, dass keine Anhaltspunkte für systematische Kartellrechtsverstösse i.S. der genannten Rechtsvorschriften vorliegen. Die Erhebungen haben namentlich gezeigt, dass der durch die Herausgabe von (unverbindlichen) Preislisten entstandene Verdacht von systematischen Wettbewerbsverstössen sich nicht erhärten lässt. [...] Zwar formulierte das Sekretariat den Satz insofern zurückhaltend, als dass es das Vorliegen von Anhaltspunkten „systematischer“ Kartellrechtsverstösse verneinte, was sprachlogisch das Vorliegen von Kartellrechtsverstössen gerade nicht ausschliesst. Doch könnte das Schreiben theoretisch auch so interpretiert werden, dass die Einstellung der Vorabklärung bedeutet, das Verhalten des SGVSB sei zumindest nicht dermassen gravierend, dass ein Verfahren eröffnet werden müsste. Eine solche

Interpretation will der SGVSB sinngemäss der folgenden Passage zumessen: III. Ergebnis [...]Dies ist unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen besteht. 2528. Sinngemäss behauptet der SGVSB, dieser Abschnitt bedeute, dass gemeinsame Bruttopreise zu einer „Effizienzsteigerung des Absatzkanals“ führten, die Erhaltung der „Vielfalt“ fördere und dank „hartem Rabattwettbewerb“ „keinen negativen Einfluss auf die Endpreise“ zur Folge hätten. Im gesamten Schreiben ist weder von einer Effizienzsteigerung oder einer Erhaltung der Vielfalt (es sei dahingestellt, ob dies ein Zeichen von funktionierendem Wettbewerb ist) zu finden. Ein „gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure“ dank „Rabatten oder Nachlässen“ verwandelt der SGVSB in „harten Rabattwettbewerb“ insgesamt, also auf allen drei Stufen des Sanitärhandels. Diese gemäss Verband implizit wünschenswerten Auswirkungen sind laut SGVSB auf die „gemeinsame unverbindliche Bruttopreiskataloge“ zurückzuführen. Inkonsistent an dieser Betrachtungsweise ist, dass das Sekretariat dem SGVSB empfohlen hatte, auf die Herausgabe gerade dieser Kataloge zu verzichten. Zudem wies es ihn darauf hin, dass „das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen kartellrechtlich nicht unproblematisch ist.“¹⁸⁵⁵ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Sekretariat denselben Katalogen gleichzeitig die vermeintlich wünschenswerten Auswirkungen zugemessen haben soll. Es ist auch nicht erklärlich, warum der SGVSB ab 2008 individualisierte Kataloge herausgegeben hat, wenn er bis zu Beginn des vorliegenden Verfahrens gutgläubig davon ausgegangen ist, die Herausgabe der gemeinsamen unverbindlichen Bruttopreiskataloge sei zulässig gewesen. Vor diesem Hintergrund steht fest, dass die Leseweise des SGVSB vom verständlichen Wortlaut des Schreibens des Sekretariats bewusst abweicht. Unter diesen Umständen kann er nicht gutgläubig gewesen sein.

1854 Act. 238, 129 f., 529.09. 1855 Act. 529.09, V. b); 238, 129 f.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 608

2529. Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass der SGVSB dem Sekretariat erwiesenermassen teils unzutreffende und teils irreführende Angaben lieferte (Rz 2209 ff.). Er verursachte folglich mit, dass die Analyse des Sekretariats auf teilweise unwahren Angaben stützte. Unter diesen Umständen trifft ihn gewissermassen eine „Mitschuld“ am Resultat des Sekretariats, was seine Gutgläubigkeit ausschliesst. 2530. Zusammenfassend ist nicht einsehbar, inwiefern der SGVSB ohne weiteres davon ausgehen konnte, sein Verhalten sei insgesamt oder mit Bezug auf die Preislisten unproblematisch. Er konnte auch nicht davon ausgehen, dass sein Verhalten nicht gravierend genug war, um ein Verfahren zu eröffnen, denn er hatte mit seinen unzutreffenden Darstellungen wissentlich zur Einschätzung der Behörden beigetragen. Zudem hatte das Sekretariat eine spätere Verfahrenseröffnung unter gewissen Umständen vorangekündigt. Der dritte Punkt der Voraussetzungen ist folglich ebenso wenig erfüllt. 2531. Damit der Vertrauensschutz greifen kann, muss zudem viertens (iv) der Auskunftsbzw. Zusicherungsempfänger Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Auch Unterlassungen gelten als Dispositionen, wenn anzunehmen ist, dass sich der Betroffene ohne die fehlerhafte Auskunft anders verhalten hätte.¹⁸⁵⁶ Die behördliche Auskunft muss zudem kausal für die nachteilige Disposition gewesen sein. Hätte der Adressat sich für die ergriffenen Massnahmen auch ohne die Auskunft entschieden, fehlt es an der Kausalität.¹⁸⁵⁷ 2532. Der SGVSB argumentiert, seine nicht ohne Nachteil rückgängig zu machenden Dispo-

sitionen bestünden insbesondere darin, dass „vertrauend auf den Entscheid 2006 noch weitere gemeinsame Bruttopreiskataloge mit unverbindlichen Preisen herausgegeben“ worden seien, „dies solange, bis es technisch möglich wurde, für jedes Mitglied eigene Kataloge mit eigenen Bruttopreisen herzustellen. Diese Dispositionen [könnten] nicht rückgängig gemacht werden.“¹⁸⁵⁸ 2533. Bevor diese Vorbringen des SGVSB rechtlich gewürdigt werden können, sind in tatsächlicher Hinsicht drei Elemente klarzustellen: Erstens sei nochmals erwähnt, dass das Sekretariat in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 wörtlich festhielt „das Benutzen von Produktkatalogen mit Preisempfehlungen [sei] kartellrechtlich nicht unproblematisch“ und es empfehle dem SGVSB „daher, auf die Herausgabe derartiger Preislisten zu verzichten.“¹⁸⁵⁹ Zweitens entschied sich der SGVSB trotz dieser Empfehlung, weiterhin im Jahr 2007 und teilweise in den nachfolgenden Jahren (Teampur-Katalog) einen gemeinsamen Preiskatalog mit gemeinsamen Preisen herauszugeben. Drittens ist das Vorbringen, es sei dem SGVSB 2007 technisch noch nicht möglich gewesen, für jedes Mitglied eigene Kataloge mit eigenen Bruttopreisen herauszugeben, erwiesenermassen unzutreffend (vgl. dazu B.5.5.2, Rz 1842 ff.).²⁵³⁴ Es steht also fest, dass der SGVSB Preiskataloge herausgab – die aus seiner Sicht nachteiligen Dispositionen getroffen hat –, obwohl ihm das Sekretariat ausdrücklich davon abgeraten hatte. Gleichzeitig wusste er, dass das Sekretariat unter gegebenen Umständen ein neues Verfahren eröffnen würde. Anders ausgedrückt tätigte er die Disposition wider besseren Wissens und eigenverantwortlich. Alleine daher verdient das Verhalten des SGVSB keinen Vertrauensschutz.¹⁸⁶⁰ Zugleich steht durch diese Sachlage fest, dass die

1856 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15. 1857 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 157, Rz 689. 1858 Act. 381, 4 (Zu 4). 1859 Act. 529.09, Act. 238, 129 f. 1860 Vgl. dazu BGE 132 II 21, 37 f. E.6.2.2., wo das Bundesgericht einen Grundeigentümer, der sein Grundstück während 23 Jahren wider besseren Wissens nicht zonenkonform nutzte, nicht in seinem Vertrauen schützte.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 609

Disposition nicht aufgrund der Behördenaussage erfolgte, womit es an der Kausalität zwischen der Auskunft und der nachteiligen Disposition fehlt.²⁵³⁵ Schliesslich könnte der SGVSB versucht sein vorzubringen, er habe ab 2008 mit Ausnahme des Teamkatalogs individuelle firmenspezifische Preiskataloge herausgegeben und damit den Wünschen des Sekretariats versucht zu entsprechen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Sekretariat empfahl, gänzlich auf die Herausgabe des Katalogs zu verzichten. Der SGVSB wusste daher auch ab 2008 um das Risiko eines erneuten Kartellverfahrens.²⁵³⁶ Schliesslich ist fünftens (v) zu prüfen, ob sich seit der vermeintlich falschen Auskunft oder Zusicherung die Rechts- oder Sachlage geändert hat (bezüglich Zusicherungen wäre im Zusammenhang mit der geänderten Rechtslage eine differenzierte Betrachtung notwendig).¹⁸⁶¹ Dieser Punkt ist daher entscheidend, weil neues Recht und neue Fakten die Behörde von der Bindung an ihre Auskunft befreien.¹⁸⁶² Dabei ist zu beachten, dass die Auskunft oder Zusicherung nur für den Sachverhalt verbindlich ist, wie er der Behörde zur Kenntnis gebracht wird.¹⁸⁶³ 2537. Der SGVSB bringt vor, die Rechts- und Sachlage hätte sich nicht geändert. Geändert habe sich „lediglich (was aber ja gerade der Empfehlung der Wettbewerbskommission entspricht), dass heute keine gemeinsamen Preiskataloge mehr publiziert werden, sondern für jedes Mitglied eigene Bruttopreise“.¹⁸⁶⁴ 2538. Es ist mit dem SGVSB insofern übereinzustimmen, als dass sich die Gesetzgebung seit Abschluss der Vorabklärung am 11. Oktober 2006 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 22. November 2011 nicht wesentlich

änderte. Auch trifft es zu, dass zum heutigen Zeitpunkt (seit 2012) jedes SGVSB-Mitglied zumindest dem äusseren Anschein nach über individuelle Preiskataloge verfügt. Allerdings steht ebenfalls fest, dass beim Sekretariat seit Abschluss der Vorabklärung neue Anzeigen von Konsumenten wegen mangelnden Preiswettbewerbs in der Sanitärbranche eingingen und diese Marktbeobachtungen durchführte. Das Bundesstrafgericht hat diesbezüglich immerhin rechtskräftig entschieden, dass die dem Sekretariat vorliegenden Fakten einen genügenden Tatverdacht darstellten, um Hausdurchsuchungen durchzuführen.¹⁸⁶⁵ Ferner stellte sich heraus, dass der SGVSB und seine Mitglieder in der Zeit nach Abschluss der Vorabklärung eine generelle Margenerhöhung im Jahre 2007 durchführten, die Bruttopreise und die Produktauswahl der kleinsten Marktteilnehmer fixierten, unterjährige Korrekturläufe durch die Stammdaten durchführte, was in der automatischen Preiserhöhung der betreffenden Produkte aller SGVSB-Mitglieder resultierte, und sich ein Teil seiner Mitglieder unter seiner Mithilfe für die Bruttopreisherabsetzung im Jahr 2012 koordinierten. Von diesem Sachverhalten hatte das Sekretariat im Jahr 2006 keine Kenntnis bzw. konnte gar keine Kenntnis darüber haben. Folglich untersuchte es diese Sachverhalte nicht und nahm in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 keine Stellung dazu. Das Schreiben bildet also diesbezüglich gar keine potentielle Vertrauensgrundlage, auf die sich der SGVSB berufen könnte.²⁵³⁹ Der sinngemässe diesbezügliche Hinweis des SGVSB, er sei davon ausgegangen, dass die gleichen Preise zulässig seien, weshalb man sich über Preisbestandteile halten dürfen,¹⁸⁶⁶ überzeugt nicht: Erstens widerspricht der Hinweis seinen eigenen Aussagen, wonach die WEKO [sic] „zum Ausdruck gebracht [habe], dass sie es lieber sähe,

1861 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 168 f. Rz 19 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung; KIENER/KÄLIN (Fn 1799), 407 f. unter Hinweis auf BGE 103 Ia 505, 510 ff. E. 2c. 1862 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 166 Rz 15 unter Hinweis auf BGE 119 Ib 138, 144 E. 4e 1863 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 158 Rz 695. 1864 Act. 381, 4. 1865 Vgl. Act. 235, Beschluss des BStGer BE.2012.4 vom 11. Juli 2012, E. 3. 1866 Act. 381, 6 f. lit. b.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 610

wenn in Zukunft nur noch firmenindividuelle Kataloge erstellt würden“¹⁸⁶⁷ und zweitens dem Umstand, dass der SGVSB ab 2008 fünf verschiedene Preiskataloge herausgab. Wäre der SGVSB tatsächlich davon ausgegangen, dass gemeinsame Preiskataloge mit gemeinsamen Preisen zulässig wären, hätte er diese bis zur Untersuchungseröffnung weitergeführt. Es zeigt sich also, dass das Sekretariat bezüglich dieser Sachverhalte ohnehin nicht auf seine Aussagen im Abschlusschreiben behaftet werden kann.²⁵⁴⁰ Bezüglich des dem Abschlusschreiben zugrunde gelegten Sachverhalts vor dem 11. Oktober 2006 muss sich der SGVSB zudem anrechnen lassen, dass sich das Sekretariat auf die teils falschen und teils irreführenden Angaben des SGVSB gestützt hat. Unter diesen Umständen hatte das Sekretariat geschlossen, es bestünde „ein gewisser Preiswettbewerb auf der Ebene der Sanitärinstallateure dank der Gewährung von Rabatten oder Nachlässen“. ¹⁸⁶⁸ Ein gewisser Rabattwettbewerb auf Installateurstufe erscheint gegeben, wenn man davon ausgeht, dass die Preis- und Rabattbildung auf der Stufe der Sanitär-grosshändler frei funktioniert. Dieser Umstand kann dazu verleiten anzunehmen, die Auswirkungen der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung seien nicht erheblich und daher nicht näher zu untersuchen. Anders sieht die Einschätzung aus, wenn feststeht, dass die Sanitär-grosshändler durch die gemeinsame Entwicklung und Verwendung von

Rabattgruppen Einfluss auf die Rabattsetzung genommen und die Bruttopreise abgesprochen haben. Dann ist der gewisse Rabattwettbewerb Ausdruck einer zumindest untersuchungswürdigen Wettbewerbsbeschränkung. Diesen Umstand hatte der SGVSB dem Sekretariat aber nicht offengelegt. Es ist irrelevant, wie dieses Verhalten des SGVSB rechtlich zu werten ist. Zentral ist, dass der SGVSB wusste, dass sich das Sekretariat bei seiner vorläufigen Einschätzung auf einen unzutreffenden Sachverhalt gestützt hatte. Dies führt – wie bereits aufgeführt – dazu, dass der SGVSB zu keinem Zeitpunkt gutgläubig war.²⁵⁴¹ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es sich das Sekretariat nicht vorwerfen lassen muss, sich beim Entscheid, keine Untersuchung zu eröffnen, auf falsche Annahmen gestützt zu haben. Im Rahmen der Vorabklärung wird der Sachverhalt lediglich summarisch und vorläufig geprüft, darin liegt gerade die vom Bundesgericht hervorgehobene Triagefunktion der Vorabklärung.¹⁸⁶⁹ Zu dieser auch heute noch bestehenden Ausgangslage kommt hinzu, dass die WEKO bzw. das Sekretariat bis April 2005 überhaupt nicht die gleich weitgreifenden Zwangsmassnahmen wie heute ergreifen konnte und die WEKO auch über keine Kompetenz zur Sanktionierung von Unternehmen verfügte. Da unter der Geltung des alten Rechts den Unternehmen keine direkten Sanktionen drohten und das Gesetz keine Selbstanzeigen und damit einhergehende Reduktionen und Erlasse von Sanktionen vorsah, war der Anreiz für Verfahrensparteien, umfassend mit den Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, entsprechend gering. Als Indiz für diesen geringen Anreiz kann im vorliegenden Fall der Umstand dienen, dass weder der SGVSB noch eines seiner Mitglieder das Sekretariat vor Inkrafttreten des heute geltenden Kartellgesetzes umfassend über den Sachverhalt informierte, sondern diesem gegenüber gar unwahre und irreführende Angaben machten. Da der SGVSB dem Sekretariat den Sachverhalt nicht von sich aus wahrheitsgemäss mitteilte, konnte das Sekretariat die tatsächlichen Beziehungen zwischen den Verfahrensparteien auch nicht vollständig rechtlich würdigen.²⁵⁴² Insgesamt ist keine der fünf Voraussetzungen erfüllt, welche gemäss Bundesgericht kumulativ vorliegen müssen, damit der Vertrauensschutz greift. Die diesbezüglichen Vorbringen des SGVSB sind folglich unbegründet.

1867 Act. 381, 3 lit. b (Zu 1). 1868 Act. 529.09. 1869 Vgl. BGE 135 II 60, 67, E. 3.1.2. 22-00055/COO.2101.111.7.135680 611

(iv) Kein Vertrauensschutz aufgrund von Stillschweigen²⁵⁴³. Der SGVSB beruft sich darauf, als Reaktion auf die Einstellung der Vorabklärung am 6. Dezember 2006 ein „Antwortschreiben an die Wettbewerbskommission“ versandt zu haben. Darin habe er ausdrücklich hervorgehoben, dass die Herausgabe von gemeinsamen Katalogen mit unverbindlichen Bruttopreisen kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei. Die Wettbewerbskommission habe dem nicht widersprochen.¹⁸⁷⁰ Den Umständen entsprechend ist diesem Vorbringen zu entnehmen, dass sich der SGVSB auf den Standpunkt stellt, er sei in seinem Vertrauen geschützt, weil die Wettbewerbskommission Stillschweigen gewahrt habe.²⁵⁴⁴ Vorab sei daran erinnert, dass das Schreiben des SGVSB vom 6. Dezember 2006 erwiesenermassen: a. wider besseres Wissen darlegte, eine Meldung gemäss Art. 49 Abs. 3 lit. a KG oder der Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes eingereicht zu haben, b. unzutreffende und irreführende Sachverhaltsangaben machte, c. basierend darauf, streitbare rechtliche Folgerungen anstellte, d. teils einer rechtlichen Würdigung nicht zugängliche und teils unklare Angaben über das künftige Verhalten der SGVSB-Mitglieder machte, ohne eine Frage oder einen Antrag zu stellen, e. basierend auf den vorgenannten Punkten die Behörde rechtlich binden wollte (Rz 2188 ff.)²⁵⁴⁵. Die Wettbewerbsbehörden können

nicht durch unzutreffende Sachverhaltsdarstellungen und rechtliche Würdigungen seitens einer Partei gebunden werden. Dennoch sei der Frage nachgegangen, ob die Wettbewerbskommission, wie der SGVSB dies behauptet, dadurch gebunden wurde, dass sie bzw. das Sekretariat nicht auf dieses Schreiben reagiert hatte. Diese Frage ist zu verneinen. 2546. Stillschweigen wird einer amtlichen Auskunft gleichgestellt, wenn aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder nach den Umständen im Einzelfall eine ausdrückliche Auskunft geboten war. Der Bürger ist zudem in seiner unrichtigen Einschätzung zu schützen, wenn er nicht mit einer anderslautenden ausdrücklichen Auskunft rechnen musste. 1871 Gemäss Bundesgericht beurteilt sich die Frage, ob die Untätigkeit einer Behörde einen Vertrauenstatbestand schafft, danach, ob ihr Stillschweigen bei objektiver Betrachtungsweise geeignet war, beim Beschwerdeführer eine derartige Erwartung zu wecken. 1872 2547. Es steht fest, dass es keine gesetzliche Vorschrift gibt, die das Sekretariat – geschweige die WEKO – verpflichten würden, in der geschilderten Situation eine ausdrückliche Auskunft zu erteilen. Eine solche war auch nicht geboten, zumal das Sekretariat dem SGVSB soeben die Einstellung der Vorabklärung angemeldet und ihm empfohlen hatte, keine Preiskataloge mehr herauszugeben. Zudem hatte es auf die kartellrechtliche Problematik von Preisempfehlungen hingewiesen. Objektiv betrachtet musste der SGVSB also eine gegenteilige Antwort erwarten und konnte sich nicht auf die Richtigkeit seiner Einschätzung verlassen. Alleine der Umstand, dass der SGVSB ab 2008 grösstenteils individuelle Preiskataloge herausgab, zeigt, dass er selbst nicht davon ausging, dass seine Einschätzung zutreffend war. Andernfalls hätte er auch über das Jahr 2008 hinaus gemeinsame Preiskataloge mit identischen Preisen herausgegeben.

1870 Act. 381, 2, Punkt 1. 1871 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 167 Rz 17. 1872 BGE 132 II 21, 25 f. E. 2.2.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 612

2548. Ferner hatte der SGVSB die Dispositionen für den Druck der gemeinsamen Kataloge mit gemeinsamen Preisen bereits vor Versand seines Schreibens getätigt. Wie bereits dargelegt, wurden die Druckaufträge jeweils im Herbst aufgegeben, was bedingt, dass die Stammdaten entsprechend vorbereitet waren. 1873 Damit offenbart sich auch das Motiv für das SGVSB-Schreiben vom 6. Dezember 2006: Das Sekretariat stellt die Vorabklärung im Oktober 2006 ein und gab die Empfehlung ab, keine gemeinsamen Preiskataloge herauszugeben. Zu diesem Zeitpunkt war die Vorbereitung für die Katalogreihe 2007 weitgehend abgeschlossen (vgl. Rz 1943). Zwar hätte bereits im Oktober 2006 die technische Möglichkeit bestanden, getrennte, individuelle Kataloge herauszugeben, doch hätte diese zu nicht geplanten Mehrkosten geführt. Denn eine Umstellung auf individuelle Kataloge zu diesem Zeitpunkt hätte bedeutet, dass zumindest gewisse der bisherigen Aufwendungen nutzlos gewesen wären und somit insgesamt zu zusätzlichen Produktionskosten geführt hätte. Ferner hätte die Umstellung zu diesem Zeitpunkt wohl auch eine zeitliche Verzögerung der Herausgabe bedeutet, die üblicherweise im Januar des Folgejahres war. 2549. Alleine der Zeitpunkt, zu dem der SGVSB sein Schreiben an das Sekretariat versandte, zeigt, dass der SGVSB gar nicht an einer Antwort interessiert war: Der SGVSB reagiert erst acht Wochen später auf das Abschlusschreiben des Sekretariats und wählte mit dem

E. 6

Dezember 2006 einen Zeitpunkt, zu dem die gemeinsamen Kataloge bereits weitgehend produziert waren. Diesfalls hätte er sich wohl im Falle eines abschlägigen Bescheids des Sekretariats darauf berufen, er habe das Abschluss Schreiben des Sekretariats, wie vorliegend behauptet, falsch verstanden. Im Falle des Stillschweigens erlaubte ihm sein Schreiben die vorliegende Vorgehensweise. 2550. Das Vorbringen des SGVSB fusst also auch diesbezüglich nicht auf einer schützenswerten Vertrauensgrundlage. (v) Kein widersprüchliches Verhalten 2551. Der SGVSB macht geltend, Verwaltungsbehörden dürften sich gegenüber Privaten nicht widersprüchlich verhalten. Sie dürften „insbesondere nicht einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund wechseln.“ 1874 2552. Diesem Standpunkt ist grundsätzlich beizupflichten. Er ist allerdings dahingehend zu präzisieren, dass dieselbe Behörde von einem Standpunkt, den sie gegenüber einem bestimmten Bürger in einem konkreten Verfahren verbindlich eingenommen hat, nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf. 1875 2553. Vorliegend steht erstens fest, dass das Sekretariat sich nicht verbindlich festgelegt hat, da mit dem Abschluss einer Vorabklärung unabhängig davon, ob sie in eine Untersuchung mündet oder nicht, nie abschliessend ein Sachverhalt beurteilt wird. Zweitens ist das Sekretariat auf seinen Schluss zurückgekommen, kein Verfahren zu eröffnen, und zwar aufgrund neuer Anzeigen und Tatsachen. Dieses Vorgehen hatte das Sekretariat bereits in seinem Schreiben vom 11. Oktober 2006 angekündigt. Es handelte also seiner Ankündigung ent sprechend. Darin liegt genau genommen kein Widerspruch. 2554. Der SGVSB sieht implizit im Umstand, dass das Sekretariat im Jahr 2006 ihre Vorabklärung eingestellt und 2011 eine Untersuchung eröffnet hat, ein widersprüchliches Verhalten. Bei näherem Betrachten besteht hier kein Widerspruch. Wie geschildert, liegt es in der Natur der Sache, dass eine Vorabklärung zu keinem endgültigen Entscheid führt. Der Ab-

1873 Act. 529.02, in diesem Schreiben vom 17. September 2001 beantwortet der SGVSB einige Fragen des Sekretariats und gibt an, dass sich die Kataloge für das Folgejahr 2002 im September bereits in Bearbeitung befinden. 1874 Act. 381, 4 lit. c. 1875 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 169 Rz 22.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 613

schluss führt damit übereinstimmend nicht zu einem rechtskräftigen Entscheid, der den Parteien nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erlauben würde, den Wettbewerbsbehörden die Einrede der „res iudicata“ entgegenzuhalten. Entsprechend ist es den Wettbewerbsbehörden beim Bekanntwerden neuer Tatsachen und Beweismittel möglich, auf ihren Entscheid, kein Verfahren zu eröffnen, zurückzukommen. Das Bekanntwerden der neuen Tatsachen, hat dazu geführt, dass der Untersuchungsgegenstand der im Jahr 2011 eröffneten Untersuchung breiter war als der Untersuchungsgegenstand der Vorabklärung. 2555. Ein solches Zurückkommen ist gemäss Art. 323 Abs. 1 StPO auch im Kernstrafrecht vorgesehen, wenn der Staatsanwaltschaft neue Beweismittel oder Tatsachen bekannt werden, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und sich nicht aus den früheren Akten ergeben. 1876 Wenn also Wiederaufnahme selbst im Strafverfahren nicht widersprüchlich ist, wo die Schutzrechte für die Beschuldigten besonders stark ausgebaut sind und mindestens gleich weit gehen wie im Kartellverfahren, ist nicht einzusehen, weshalb das gleiche Verhalten in einem Verwaltungsverfahren widersprüchlich sein sollte. Alleine der Umstand, dass das Sekretariat auf seinen Entscheid vom 11. Oktober 2006 zurückgekommen ist, stellt also kein widersprüchliches Verhalten dar, und es liegt damit auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor. 2556. Schliesslich ist zu bedenken, dass

selbst rechtskräftig beurteilte Sachverhalte im Verwaltungs-, Zivil- und Strafrecht mittels Revisionsentscheid erneut überprüft und beurteilt werden können und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten der Parteien. Charakteristisch für die Revision in allen Verfahrenstypen ist das Vorliegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (vgl. Art. 66 VwVG; Art. 328 Abs. 1 ZPO1877; Art. 410 StPO1878). 2557. Neue Tatsachen im Sinne von Art. 66 VwVG sind Tatsachen, welche sich bis zu dem Zeitpunkt im Hauptverfahren verwirklicht haben, an dem ihre Geltendmachung prozessual noch zulässig gewesen wäre. Erheblich sind sie dann, wenn sie geeignet sind, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung führen. 1879 2558. Überträgt man diese Kriterien sinngemäss auf den vorliegenden Fall, wären sie erfüllt gewesen. Die Tatsachen, welche dem Sekretariat neu zur Kenntnis gelangten (z.B.: die Abrede über das Bruttopreisniveau 2005, die Abrede über die Rabattgruppen, die Abrede für die Margenerhöhung 2007) hätten sich vor Abschluss der Vorabklärung ereignet und hätten, wäre das Sekretariat darüber informiert gewesen, zur Untersuchungseröffnung geführt. Mit Bezug auf Sachverhalte, welche sich nach Abschluss der Vorabklärung abgespielt haben, also etwa die Europreisfixierung, die Bruttopreisfixierung in den Teampur-Katalogen und die Abstimmung des Preisniveaus 2012, hat sich das Sekretariat nicht geäußert und kann sich diesbezüglich nicht widersprochen haben. 2559. Abschliessend steht also fest, dass die Eröffnung einer Untersuchung, nachdem eine Vorabklärung zum ähnlichen oder gleichen Sachverhalt eingestellt wurde, zumindest dann nicht widersprüchlich ist, wenn wie vorliegend neue Tatsachen und Beweismittel zum Vorschein kommen, deren Kenntnis das Sekretariat mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einer anderen Entscheidung bewogen hätte. Vorliegend ist ferner zu bedenken, dass die Tatsachen und Beweise den Wettbewerbsbehörden vorenthalten wurden, obwohl die Parteien die Mög-

1876 Vgl. zum Ganzen ausführlich: ROLF GRÄDEL/MATTHIAS HEINIGER, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 323 N 5 ff., N 12 ff.; NATHAN LANDSHUT, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2010, Art. 323 N 13 ff.; N 21 ff. 1877 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272). 1878 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0). 1879 KARIN SCHERBER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 66 N 25; AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 66 N 16 ff.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 614

lichkeit hatten, eine Übergangsmeldung gemäss Schlussbestimmungen des KG einzureichen, um sich vor einer allfälligen Sanktionierung durch die WEKO zu schützen. (vi) Kein Vertrauensschutz aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen 2560. Selbst wenn die vorangehenden Punkte (ii) bis (v) erfüllt wären, wäre gemäss Rechtsprechung und Lehre abzuwägen, ob das Vertrauen des Bürgers zu schützen wäre oder das öffentliche Interesse überwiegen würde. 1880 Eine solche Prüfung kann vorwiegend ausbleiben, es sei einzig darauf hingewiesen, dass das öffentliche Interesse an funktionierendem Wettbewerb die privaten Interessen des SGVSB an der Aufrechterhaltung eines den Wettbewerb beschränkenden Verhaltens überwiegen würden. (vii) Keine Verletzung des

Willkürverbotes 2561. Der SGVSB bringt vor, dass eine Sanktionierung des Verbands willkürlich wäre, ohne dies genauer zu substantiieren. Vielmehr stützt er seine diesbezüglichen Vorbringen erneut auf das Prinzip des Vertrauensschutzes. 1881 2562. Das Willkürverbot stellt gewissermassen ein „Auffanggrundrecht“ dar, das angerufen werden kann, wenn ein bestimmtes privates Verhalten nicht durch ein anderes Grundrecht geschützt wird. Vorliegend wird daher auch die Verletzung des Willkürverbotes geprüft. 2563. Der Anspruch jeder Person von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden, verbietet staatliche Akte, die sachlich nicht begründbar sind. Willkür bedeute für die Betroffenen unverständliches, nicht nachvollziehbares, durch keine vernünftigen Argumente getragenes Verhalten der Behörden, das oft mit einem Machtmissbrauch verbunden ist. 1882 2564. Willkür in der Rechtsanwendung liegt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere vor, wenn: 1883 - die Einschätzung des Sachverhaltes in einem Entscheid mit der Wirklichkeit in klarem Widerspruch steht. Beispielsweise hatte sich die Gerichtsbehörde im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens darauf verlassen, dass der Unterzeichnende eines Wechsels dazu bevollmächtigt war, obwohl sich diese Bevollmächtigung nicht explizit aus den Akten ergab. 1884 - eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt wird. So beurteilte das Bundesgericht es als willkürlich, die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen in ein anderes Verfahren zu verweisen, obwohl die urteilende Behörde gemäss dem klaren Wortlaut einer kantonalen Verfahrensnorm kompetent war über diese Ansprüche zu urteilen. 1885 - ein Entscheid in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderläuft. Gemäss Bundesgericht ist es zulässig einen Steuerpflichtigen während verhältnismässig kurzer Zeit mit einer Steuer zu belasten, zu deren Begleichung das Einkommen nicht ausreicht. Es würde hingegen dem Gerechtigkeitsdenken zuwiderlaufen, wenn der Steuer-

1880 BGE 114 Ia 209, 215 E. 3c; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, 67 Rz 202; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Rz 1795), 158 N 699; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 1799), 164 f. Rz 13; RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 382 Rz 2003. 1881 Act. 381, 4. 1882 RHINOW/SCHEFER (Fn 1837), 377 Rz 1973. 1883 BGE 138 V 74, 82, E. 7; vgl. auch ROUILLER (Fn 1830), 679 Rz 6. 1884 BGE 130 III 87, 89 f. E.3.3; 127 I 38, 41 E. 2a. 1885 BGE 133 II 257, 262 E. 5.4.; 132 I 270, 274 ff. 22-00055/COO.2101.111.7.135680 615

pflichtige auf den Vermögensertrag für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist. 1886 2565. Ohne nähere Substantiierung ist vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern die vorliegende Einschätzung des Sachverhaltes mit der Wirklichkeit in „klarem Widerspruch“ im Sinne der genannten Rechtsprechung stehen sollte. Die Wettbewerbsbehörden stützten sich bei ihrer Bewertung auf von den Parteien selbst verfasste Dokumente, deren Daten und Partei- sowie Zeugenaussagen. Es ist ferner nicht erkennbar, welcher Rechtssatz „krass verletzt“ sein sollte. Wie bereits aufgezeigt, kann sich der SGVSB nicht auf Art. 9 BV berufen. Schliesslich ist nicht einsichtig, weshalb das Wiederaufgreifen eines nicht rechtskräftig beurteilten Sachverhaltes dem „Gerechtigkeitsgefühl“ zuwiderlaufen sollte. Diese letzte Feststellung bedarf der Präzisierung: 2566. Es wurde rechtskräftig entschieden, dass der Abschluss einer Vorabklärung keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt 1887 und daher ein Sachverhalt aufgrund der vorliegenden Beweise und Indizien summarisch beurteilt wird. Die Vorabklärung dient nicht dazu, einen Sachverhalt abschliessend zu beurteilen, sondern

erlaubt der Behörde zu entscheiden, ob sie einen Fall an die Hand nehmen soll. Sie ist Ausdruck des in Art. 27 Abs. 2 KG niedergelegten Opportunitätsprinzips. 1888 Durch das Nichtanhandnehmen entscheidet die Behörde nicht endgültig über einen Sachverhalt. Erhält die Behörde Kenntnis von neuen Tatsachen, ist es ihr folglich möglich, auf ihren ursprünglichen Entschluss zurückzukommen. Diese Möglichkeit ist im Übrigen keine Eigenheit des Kartellverfahrens, sondern besteht auch etwa im Strafverfahren. Schliesslich ist zu bedenken, dass es im Rahmen von Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren möglich ist, im Rahmen von Revisionsentscheiden auf an sich rechtskräftig abgeurteilte Sachverhalte zurückzukommen, und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten der Parteien. Charakteristisch für die Revision in allen Verfahrenstypen ist das Vorliegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (vgl. Art. 66 VwVG; Art. 328 Abs. 1 ZPO1889; Art. 410 StPO1890). 2567. Vorliegend hatte das Sekretariat den SGVSB nicht nur auf die Möglichkeit der erneuten Eröffnung einer Untersuchung bei Vorliegen neuer Anzeigen und Tatsachen hingewiesen, sondern es verfügte auch über eine Rechtsgrundlage dazu. Ferner ist die Wiederaufnahme von Verfahren beim Bekanntwerden neuer Beweise und Fakten ein im Rechtsstaat anerkannte Vorgehensweise. Es ist zwar nachvollziehbar, dass der SGVSB es vorziehen würde, wenn auf die Einleitung des vorliegenden Verfahrens verzichtet worden wäre. Die Eröffnung der Untersuchung widerläuft jedoch nicht „in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden“ im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. C.5.2.4.2 Vorwerfbarkeit 2568. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungsanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten. 1891 Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Bot-

1886 BGE 106 Ia 342, 353. 1887 BGE 135 II 60, 67 f. E. 3.1.2; REKO/WEF, RPW 2004/2, 635 f. E. 1.2.3, Corner Banca SA/Telekurs Multipay AG/WEKO; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 26 N 32; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 44. 1888 Vgl. mit Hinweisen auf die Praxis, BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 N 119. 1889 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272). 1890 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0). 1891 Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2034.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 616

schaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt. 1892 Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei. 1893 In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen. 1894

Anlässlich der parlamentarischen Diskussionen im September 2002 beantragte eine Minderheit des Nationalrates eine Formulierung von Art. 49a KG, die explizit ein Verschulden voraussetzte; dieser Antrag wurde jedoch verworfen.¹⁸⁹⁵ 2569. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoß gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur „Vorwerfbarkeit“. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.¹⁸⁹⁶ Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.¹⁸⁹⁷ 2570. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.¹⁸⁹⁸ Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.¹⁸⁹⁹ Das BVGer hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass die dortige Beschwerdeführerin 1 einen Kartellrechtsverstoß tatbestandsbegründend zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe, da sie nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben.¹⁹⁰⁰ Gleichzeitig bestätigte das BVGer, dass neben vorsätzlichem auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst wird.¹⁹⁰¹ In der Folge bestätigte auch das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“, dass für die subjektive Zurechenbarkeit eines Kartellrechtsverstosses „Vorwerfbarkeit“ erforderlich und ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens massgebend ist.¹⁹⁰² An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine Solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich

1892 Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO). 1893 Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO. 1894 Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO. 1895 Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1449 und 1453. 1896 RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 1897 Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO. 1898 Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC. 1899 RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 1900 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1901 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 1902 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 12.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO.

verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere. 1903 2571. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise, wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern. 1904 2572. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen, 1905 vorsätzlich oder fahrlässig begingen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern. (i) Die Praxis 2573. Die WEKO prüft in Sanktionsentscheiden nach ständiger Praxis neben dem Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG das Vorliegen der Vorwerfbarkeit des kartellrechtlich verpönten Verhaltens. 1906 Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht bestätigten diese Praxis, wonach ein Unternehmen den Wettbewerbsverstoss zumindest fahrlässig begangen hat bzw. ihm eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden können muss. 1907 2574. Im Fall Publigroupe gelangte das BVGer zum Schluss, die dortige Beschwerdeführerin habe nicht alles Notwendige vorgekehrt, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten. Dadurch habe sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt. 1908

1903 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3.2 und 3.4, Publigroupe SA et al./WEKO. 1904 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC. 1905 In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden. 1906 Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). 1907 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E.8.2.2.1, Publigroupe et al./WEKO; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.7.2012, RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2, Richtlinien des Verbands Schweizerischer

Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 1908 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 618

2575. Mit Bezug auf die individuelle Vorwerfbarkeit hielt das Bundesgericht in derselben Rechtssache fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere. 1909 2576. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahm, vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern. 1911 (ii) Anwendung auf den vorliegenden Fall 2577. Zur Beurteilung der Vorwerfbarkeit der vorliegenden Wettbewerbsverstösse sind einerseits die Periode vor Abschluss der Vorabklärung des Sekretariats am 11. Oktober 2006 und andererseits die Folgeperiode zwischen 12. Oktober 2006 bis zur Verfahrenseröffnung am 22. November 2011 zu unterscheiden. 2578. Vor dem 11. Oktober 2006 führte das Sekretariat eine Vorabklärung durch, in welcher Sanitas Troesch, der SGVSB und seine Mitglieder involviert waren. Der SGVSB umfasste zu diesem Zeitpunkt die folgenden Mitglieder: Bringhen, Burgener, Kappeler, Innosan, Richner und Gétaz (beide CRH), Sabag, Sanidusch. Diese Mitglieder waren über die Vorabklärung informiert. Einzig Spaeter und San Vam waren damals weder im relevanten Markt tätig noch Mitglieder des SGVSB. Solange diese Vorabklärung geführt wurde, waren die davon betroffenen Unternehmen auf die untersuchten Sachverhalte (Preisfestlegung) sensibilisiert und konnten sich währenddessen nicht auf die Gesetzeskonformität ihres Verhaltens verlassen. Wie im vorangehenden Abschnitt dargestellt, verschwiegen sie dem Sekretariat diverse Verhaltensweisen. Es trifft zwar auf der einen Seite zu, dass sich die Unternehmen nicht selber belasten mussten, auf der anderen Seite zeigen sie, dass sie nicht gutgläubig handelten und sich demnach nicht auf die Kartellrechtskonformität ihrer Verhaltensweisen verlassen konnten. 2579. Die dem 12. Oktober 2006 folgende Periode wurde im Sachverhaltsteil (Rz 2171 ff.) ausführlich abgehandelt. Bringhen, Burgener, Kappeler, Innosan, Richner und Gétaz (beide CRH), Sabag, Sanidusch und der SGVSB können sich für diese Periode nicht auf Treu und

1909 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.7.2012, RPW 2013/1, 135 E. 3.2 und 3.4, Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 1910 In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des schweizerischen

Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen in der Lage sind, eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden. 1911 RPW 2013/4, 606 Rz 916, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 619

Glauben berufen. Konsequenterweise konnten sie auch nicht von der Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens ausgehen. 2580. Verschiedene Tatsachen beweisen, dass den Unternehmen und den für sie handelnden natürlichen Personen die zentralen Regeln des Kartellgesetzes bekannt waren, die betreffenden Akteure sich aber dennoch für das verpönte Verhalten entschieden: 2581. Anlässlich der Vorstandssitzung vom 19. Mai 2004 wurde bekannt, dass Sanitas Troesch Bruttoreissenkungen nicht mehr ausserhalb des Konzerns kommunizieren wollte und dass jeder Grosshändler die Bruttoreissenkung individuell gestalten sollte: Das Thema Bruttoreissenkung wird noch kurz andiskutiert. Wie es scheint kommuniziert Sanitas Troesch dieses Thema nicht mehr ausserhalb seines Konzerns. Jeder Grosshändler soll seine Bruttoreissenkung individuell gestalten und kommunizieren. Konsens besteht jedoch darin, dass eine Bruttoreissenkung sinnvoll ist. 1912 2582. Die „neue Politik“ von Sanitas Troesch erfolgte offensichtlich aufgrund kartellrechtlicher Überlegungen. Obwohl, wie dieses Beispiel zeigt, die Sanitär-grosshändler auf kartellrechtliche Belange sensibilisiert waren, hinderte dies die SGVSB-Grosshändler (2004 umfasste der SGVSB Bringhen, Gétaz und Richner [beide CRH], Kappeler und Sabag) nicht daran, dennoch die Bruttoreissenkung 2005 gemeinsam und vereinbarungsgemäss mit Sanitas vorzunehmen. Ferner hielt dieses Bewusstsein Sanitas Troesch nicht davon ab, die SGVSB-Mitglieder im September 2009 trotzdem erneut über die anstehende Bruttoreissenkung (vgl. B.5.2.4.2, Rz 1242 ff.) zu informieren. Dieses Beispiel zeigt, dass der SGVSB bzw. seine anwesenden Mitglieder (Richner, Gétaz, Sabag 1913) und Sanitas Troesch im Bewusstsein der kartellrechtlichen Problematik sowohl die Bruttoreissenkung 2005 als auch die Bruttoreissenkung 2012 gemeinsam vornahmen. 2583. Die Richtigkeit dieses Schlusses wird zusätzlich durch die Aussage des SGVSB-Präsidenten [...] anlässlich seiner Einvernahme vom 1. Oktober 2012 gestützt. Auf Anfrage, weshalb die Preise eines Grosshändlers wie Sanitas Troesch um 20 % gesenkt würden, gab er zu Protokoll: Das muss jeder Grosshändler für sich entscheiden. Ich habe als Präsident des Verbandes nur darauf geachtet, dass jeder selber entscheidet, ob und wie viel Prozent sie die Preise ändern. 1914 Wenn der SGVSB-Präsident also davon ausginge, dass die gemeinsame Festlegung von Bruttoreissen rechtens wäre, hätte er nicht darauf geachtet, dass „jeder selber entscheidet, ob und wie viel Prozent“ er die Preise ändert. 2584. Anlässlich der Kooperationssitzung vom 26. Oktober 2004 wurde den Sitzungsteilnehmern (darunter der SGVSB, Gétaz, Sabag und Sanitas Troesch) ein Exposé einer Anwaltskanzlei zum Thema Kartellrecht ausgehändigt. 1915 Wären die Sitzungsteilnehmer nie davon ausgegangen, dass ihre Bepreisungen kartellrechtlich problematisch sein könnten, bräuchten sie keine solchen Abklärungen durch Anwaltskanzleien in Auftrag zu geben. 2585. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass die Verfahrensparteien ihre Unternehmen nicht in einer Weise organisierten, die es

ermöglichten die vorliegenden Kartellrechtsverstösse zu vermeiden. Vielmehr trafen sich der SGVSB, Richner und Gétaz (CRH), Sabag und Sanitas Troesch regelmässig an Treffen der Kooperation Sanitär

1912 Act. 358, Protokoll Vorstandssitzung 3/2004, 538. 1913 Act. 358, Protokoll Vorstandssitzung 3/2004, 530 1914 Act. 285, Zeile 137 ff. 1915 Act. 356, Sitzung Kooperation Sanitär Schweiz vom 26.10.2004, 146.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 620

Schweiz, wo regelmässig kartellrechtlich relevante Themen besprochen wurden. Der SGVSB und seine Mitglieder trafen sich zudem im Rahmen der Verbandsgremien, um Preiselemente zu besprechen und festzulegen. Die ihnen zur Last gelegten Abreden wurden daher von den involvierten Personen zumindest eventualvorsätzlich begangen. C.5.2.5 Bemessung C.5.2.5.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen 2586. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG). 2587. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der KG-Sanktionsverordnung 1916 geregelt (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und Gleichbehandlung begrenzt wird. 1917 Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist. 1918 C.5.2.5.2 Maximalsanktion 2588. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt, 1919 sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich. 1920 Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU 1921 finden analoge Anwendung. Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. 1922 Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen. 2589. Die für die Berechnung der Maximalsanktion massgeblichen letzten drei Geschäftsjahre sind die drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre 1923 und gehen aus

1916 Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5.) 1917 Vgl. REINERT (Fn 1820), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Unique. 1918 RPW 2013/4, 609 Rz 926, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 1919 Vgl. BBl 2002

2022, 2037. 1920 Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision. 1921 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 1922 RPW 2009/3, 213, Rz 113, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 1923 RPW 2013/4, 609 Rz 928, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 621

Tabelle 13 hervor. Für den SGVSB werden für die Berechnung der Grundlage der Obergrenze des Sanktionsrahmens die gesamten Einnahmen herangezogen, also Einnahmen aus dem Verhältnis mit Unternehmen ausserhalb des Verbands und Einnahmen, welche von den Verbandsmitgliedern stammen (Mitgliederbeiträge, Abgeltungen für Verbandsdienstleistungen). Tabelle 14: Konzernumsätze der Untersuchungsadressaten in der Schweiz (2011 bis 2013) Unternehmen 2011 2012 2013 Total in CHF Bringhen1924 [...] [...] [...] [...] CRH1925 [...] [...] [...] [...] Innosan1926 [...] [...] [...] [...] Kappeler1927 [...] [...] [...] [...] Sabag1928 [...] [...] [...] [...] Burgener1929 [...] [...] [...] [...] Sanidusch1930 [...] [...] [...] [...] Sanitas Troesch1931 [...] [...] [...] [...] SGVSB1932 [...] [...] [...] [...] 2590. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmung beträgt 10 % dieser Gesamtumsätze und ist folgender Übersicht zu entnehmen: Tabelle 15: Maximalsanktion Unternehmen Maximalsanktion in CHF Bringhen [...] CRH [...] Innosan [...]

1924 Umsätze der Bringhen Gruppe der Jahre 2011 und 2012: Act. 1050, Beilage 1, Seite 8. Umsätze der Bringhen Gruppe des Jahres 2013: Act. 1050, Beilage 10, Seiten 53, 91 und 151 und Act. 1051, Beilage 10, Seiten 7, 97 und 112. 1925 Konzernumsätze von CRH in der Schweiz der Jahre 2011 und 2012: Act. 469, Antwort auf Frage 2. Für das Jahr 2013 wurde als Schätzung die Angabe für das Jahr 2012 übernommen. Eine vertiefte Abklärung erübrigt sich angesichts des Verhältnisses der Konzernumsätze der Jahre 2011 und 2012 zur Sanktion. 1926 Umsätze von Innosan für die Jahre 2011 bis 2013: Act. 1014, 50 und 60. 1927 Umsätze von Kappeler der Jahre 2011 bis 2013: Act. 1084, 20 und 31. 1928 Umsätze der Sabag-Gruppe der Jahre 2011 bis 2012: Act. 440, Antwort auf Frage 2. Für das Jahr 2013 wurde als Schätzung die Angabe für das Jahr 2012 übernommen. Eine vertiefte Abklärung erübrigt sich angesichts des Verhältnisses der Gruppenumsätze der Jahre 2011 und 2012 zur Sanktion. 1929 Umsätze von Burgener der Jahre 2011 bis 2013: Act. 876, Sammelbeilage, 39, 48 und 53. 1930 Umsätze von Sanidusch der Jahre 2011 und 2012: Act. 385, Antwort auf Frage 2. Umsatz von Sanidusch des Jahres 2013: Act. 1085, 51. 1931 Umsätze von Sanitas Troesch des Jahres 2011 und 2012: Act. 445, Antwort auf Frage 2. Umsatz von Sanitas Troesch des Jahres 2013: Act. 1068, Beilage 6, 69. 1932 Umsatz des SGVSB des Jahres 2011: Act. 381, 12 f. Umsatz des SGVSB der Jahre 2012 bis 2013: Act. 892, Beilage 5, 118

22-00055/COO.2101.111.7.135680 622

Kappeler [...] Sabag [...] Burgener [...] Sanidusch [...] Sanitas Troesch [...] SGVSB [...] C.5.2.5.3 Konkrete Sanktionsberechnung 2591. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die

konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt den erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).¹⁹³³ (i) Basisbetrag 2592. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu

E. 10

% [...] [...] SGVSB 0 % - 5 % [...] [...] C.5.2.5.4 Maximale Sanktion 2628. Nach Art. 7 SVKG beträgt die maximale Sanktion in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes eines Unternehmens.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 633

C.5.2.5.5 Verhältnismässigkeitsprüfung 2629. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen finanziell tragbar sein.¹⁹⁶⁸ Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht.¹⁹⁶⁹ Der Sanktionsbetrag sollte also einerseits zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹⁹⁷⁰ Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes mindestens die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.¹⁹⁷¹ 2630. Vorliegend haben die Parteien über Jahre Absprachen getroffen. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Parteien in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, sind die Sanktionen tragbar.¹⁹⁷² C.5.2.6 Ergebnis 2631. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt (vgl. Tabelle 23: Zusammenfassung der Sanktionsbeträge): Erstens wird für die Berechnung des Basisbetrags, aufgrund der vergleichsweise Schwere der Verstösse, ein Prozentsatz von 2 % herangezogen. Die resultierenden Beträge werden in einem zweiten Schritt – aufgrund der Dauer der Wettbewerbsverstösse – um 50 %, 55 %, 60 % und 70 % (vgl. Rz 2607) erhöht. 2632. Was Sanitas Troesch betrifft, haben die Wettbewerbsbehörden ausgehend vom Basisbetrag von 2 % aufgrund der Bruttopreissenkungen in den Jahren 2005 und 2012 einen Wiederholungszuschlag in der Höhe von 20 % berechnet. 2633. Vom um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag hat das Sekretariat in einem dritten Schritt zu Gunsten von Burgener, Innosan, Kappeler, und Sanidusch aufgrund ihrer passiven Rolle 30 % abgezogen. 2634. In einem weiteren Schritt hat das Sekretariat aufgrund des kooperativen Verhaltens die um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbeträge für den SGVSB um 5 %, Sabag um 5 %, für Gétaz und Richner (CRH) sowie für Sanitas Troesch um 10 % und schliesslich für Bringhen um 20 % herabgesetzt. 2635. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mindernden Faktoren erachten die Wettbewerbsbehörden eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen: Tabelle 24: Zusammenfassung der Sanktionsbeträge

Massgeblicher Umsatz Sanktionsbetrag in Franken

¹⁹⁶⁸ Vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetz- revision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch

(Hrsg.), 2004, 144. 1969 So im Ergebnis auch REINERT (Fn 1820), Art. 49a KG N 14. 1970 PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 1/2003, 14, 15. 1971 Vgl. Wettbewerbskommission, Erläuterungen zur KGSanktionsverordnung (SVKG), 2006, Art. 5: Erschwerende Umstände, Abs. 1 lit. b, <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung. 1972 Vgl. Tabelle 14, 336, für die Unternehmensumsätze der Parteien.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 634

Bringhen [...] [...] CRH [...] [...] Innosan [...] [...] Kappeler [...] [...] Sabag [...] [...] Burgener [...] [...] Sanidusch [...] [...] Sanitas Troesch [...] [...] SGVSB [...] [...] D Kosten D.1 Kostenverlegung 2636. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG1973 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. 2637. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren zwar verursacht haben, gegen die das Verfahren aber eingestellt wird, da sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten liessen. 1974 Wurde das Verfahren hinsichtlich mehrerer Anhaltspunkte eröffnet, besteht eine Gebührenpflicht nur hinsichtlich derjenigen Punkte, welche sich haben erhärten lassen und zum Erlass einer Verfügung geführt haben. 1975 2638. Im vorliegenden Verfahren steht fest, dass sich die Anhaltspunkte gegen San Vam und Spaeter nicht erhärten liessen. Die auf diese beiden Parteien entfallenden Anteile an den Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Den übrigen Verfahrensparteien wurden Kartellrechtsverstöße gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG nachgewiesen. 2639. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. 1976 Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen. Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Er-

1973 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 1974 Vgl. noch nicht veröffentlichte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 Rz 1832, Abreden im Bereich Luftfracht; vgl. BGE 128 II 247, 257 f. E 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. Rz 6.1 e contrario, BKW FMB Energie AG), Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG. 1975 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 E.16.1.3, Gaba International AG/WEKO. 1976 RPW 2012/3, 656 Rz 371, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 635

gebnissen führen sollte. 1977 Bei der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten stehen praxisgemäss insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätsabwägungen im Vordergrund. 1978 Die WEKO hat klargestellt, dass die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängt, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist. Demnach gilt das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als „ein Kopf“, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. 1979 2640. Sanitas Troesch war zwar nicht an den SGVSB-internen Abreden beteiligt, hingegen

war der Ermittlungsaufwand für Sanitas Troesch als einer der Hauptakteure der Wettbewerbsverstösse nicht geringer als für die grösseren SGVSB-Mitglieder. So wurde bei Sanitas Troesch gleich wie bei den anderen grösseren SGVSB-Mitgliedern eine Hausdurchsuchung durchgeführt (inkl. Standortwechsel). Sanitas Troesch wurde ferner in gleicher Weise schriftlich und mündlich befragt wie die übrigen Verfahrensparteien und verursachte für die Aktenführung und den Aktenversand denselben Aufwand. Die Wettbewerbsbehörden mussten die Gegebenheiten des dreistufigen Sanitär-grosshandelsmarkts zudem unabhängig davon untersuchen, ob Sanitas Troesch SGVSB-Mitglied war. Der überwiegende Anteil des Antrags und der Verfügung bezieht sich zudem auf Sachverhalte an denen Sanitas Troesch als Hauptakteurin involviert war. Aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden liegt daher kein stossendes Ergebnis vor, wenn Sanitas Troesch Kosten zu den gleichen Teilen zu tragen hat wie die grossen SGVSB-Mitglieder. 2641. Im Gegensatz dazu waren die an den Abreden teilnehmenden Teampur-Grossisten im vorliegenden Verfahren passive Kartellmitglieder, welche die Beschlüsse der Verbandsgremien lediglich nachvollzogen. Sie waren bis im Jahr 2008 in keinem einzigen Gremium des SGVSB vertreten und wurden auch ab diesem Zeitpunkt nur von einem gemeinsamen Vertreter in der Sortimentskommission repräsentiert. Dieser Umstand zeigt, dass die SGVSB-Mitglieder mit einer Stimme und somit als eine Partei agierten. Entsprechend der passiven Rollen und der gemeinsamen Vertretung verursachten sie einen ungleich geringeren Untersuchungsaufwand. Es würde daher dem Verursacherprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz in stossender Weise widersprechen, wenn im vorliegenden Fall die Verfahrenskosten jedem einzelnen Teampur-Grossisten zu gleichen Teilen wie den übrigen Parteien auferlegt würden. Die Verfahrenskosten für die Teampur-Grossisten werden daher getrennt von den übrigen Parteien ausgeschieden. 2642. Nach Artikel 4 Absatz 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100.– bis 400.– Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 2643. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 130 bis 290 Franken. Der Zeitaufwand für die vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt [8'080.27] Stunden. Davon entfallen 25 Stunden auf Ermittlungshandlungen in Bezug auf den Verdachtsmoment von unzulässigen Gebietsabreden und [8'055.27] Stunden auf Ermittlungshandlungen in Bezug auf den Verdachtsmoment von unzulässigen Preisabreden. Der Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet: - [1'147.07] Stunden zu CHF 130, ergebend CHF [149'119.10], - [6'653.10] Stunden zu CHF 200, ergebend CHF [1'330'620],

1977 Noch nicht publizierte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013, Rz 1830, Abreden im Bereich Luftfracht; RPW 2013/4, 646 Rz 1043, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 1978 RPW 2013/4, 646 Rz 1043, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 1979 RPW 2013/4, 646 Rz 1043, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 636

- [280.10] Stunden zu CHF 290, ergebend CHF [81'229], 2644. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF [1'560'968]. Praxisgemäss sind CHF

[2'000] für das Entsiegelungsverfahren von Sanitas Troesch und CHF [3'968] für das Entsiegelungsverfahren von CRH abzuziehen, 1980 die den betroffenen Gesellschaften auferlegt werden. Die auf sämtliche Parteien zu verteilenden Verfahrenskosten betragen damit CHF [1'555'000]. Davon entfallen CHF 5'000 auf die Ermittlungshandlungen im Zusammenhang mit dem Verdachtsmoment von unzulässigen Gebietsabreden. Da sich die Anhaltspunkte für bestehende Gebietsabreden nicht haben erhärten lassen sind diese CHF 5'000 auszuscheiden und entfallen zu Lasten der Staatskasse. Schliesslich ist der verbleibende Betrag von CHF [1'550'000] unter den Parteien zu verteilen. Der Verfahrenskostenanteil aller Teampur-Grossisten – Burgener, Innosan, Kappeler, San Vam, Sanidusch und Spaeter – beträgt CHF [300'000]. Hiervon ist Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch jeweils ein Sechstel oder CHF [50'000] aufzuerlegen. Die den Verfahrensparteien San Vam und Spaeter zuzurechnenden Verfahrenskosten von insgesamt [100'000] werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF [1'250'000] sind durch die verbleibenden fünf Parteien zu teilen, was einen Betrag von CHF [250'000] pro Kopf ausmacht. 2645. Die Gebühren für die einzelnen Unternehmen betragen demnach: Partei Gebühren Bringhen CHF 250'000.00 Burgener CHF 50'000.00 CRH CHF 250'000.00 Innosan CHF 50'000.00 Kappeler CHF 50'000.00 Sabag CHF 250'000.00 Sanidusch CHF 50'000.00 Sanitas Troesch CHF 250'000.00 SGVSB CHF 250'000.00 D.2 Keine Parteientschädigung 2646. Spaeter beantragte eine Parteientschädigung. Sie begründet dies im Wesentlichen mit fünf Gründen: 1. Dem Kartellverfahren komme gemäss Bundesgericht strafrechtlicher Charakter zu. Nach Art. 429 Abs. 1 StPO habe die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen oder das Verfahren gegen sie eingestellt werde. Dabei sei entscheidend, dass der Beizug eines Rechtsbeistandes notwendig sei, was vorliegend der Fall sei. Ferner bestehe kein Herabsetzungsgrund gemäss Art. 430 Abs. 1 StPO. Spaeter habe die Einleitung des Verfahrens weder schuldhaft verursacht noch dessen Durchführung erschwert.

1980 RPW 2013/4, 647 Rz 1050, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 637

2. Die sei StPO auch anwendbar, weil Art. 1 StPO alle Verfolgungen und Beurteilungen von Straftaten nach Bundesrecht durch Strafbehörden des Bundesrechts regle. Der StPO sei nicht zu entnehmen, dass diese nur für das Kernstrafrecht und nicht auch für das Nebenstrafrecht gelte. 3. Die bisher ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts will Spaeter nicht gelten lassen. Die Rechtsprechung sei mit Bezug auf Verfahren ergangen, welchen kein Strafcharakter zukäme oder sie begnüge sich damit, darauf hinzuweisen, dass es im Kartellgesetz keinen Verweis auf die StPO gebe. 4. Sofern kein strafprozessualer Anspruch auf eine Parteientschädigung bestehe, bestünde ein Anspruch gestützt auf Art. 8 BV. Es verstosse in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden, wenn ein Unternehmen zu Unrecht in ein Untersuchungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter einbezogen würde und „seinen Unschuldsbeweis selber finanzieren müsse.“ 5. Schliesslich verletze es Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV, wenn aus dem Kostenentscheid in einem Einstellungsbeschluss direkt oder indirekt hervorgehe, dass die angeklagte Person ein Verschulden treffe. Zu Punkt 1 und 2 2647. Zu Punkt 1 und 2 ist folgendes zu sagen: Spaeter schliesst vom strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen

Charakter des Kartellverfahrens auf die Anwendbarkeit der StPO. Dieser Schluss ist nicht korrekt. Die Qualifikation des Kartellverfahrens als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK bzw. als Verfahren mit strafrechtlichem Charakter führt zur Anwendung der in der EMRK und der Bundesverfassung festgelegten verfahrensrechtlichen Mindestgarantien. Dies bedeutet hingegen nicht, dass die StPO zur Anwendung gelangt. Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die „entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV [...] demnach grundsätzlich anwendbar“ seien, wobei über „ihre Tragweite [...] bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden“ sei. 1981 2648. Art. 1 StPO ist in der Schweizerischen Strafprozessordnung systematisch dem „1. Kapitel: Geltungsbereich und Ausübung der Strafrechtspflege“ zugeordnet. Das Kapitel 1 umfasst zwei Artikel: Einerseits Art. 1 StPO, der den Geltungsbereich regelt und andererseits Art. 2 StPO, der die Ausübung der Strafrechtspflege regelt. Die beiden Artikel sind folglich im Zusammenhang zu lesen. Art. 1 Abs. 1 StPO besagt, dass die StPO die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten nach Bundesrecht durch die Strafbehörden des Bundes und der Kantone regle. Art. 2 Abs. 1 StPO stellt klar, dass die Strafrechtspflege – welche begrifflich die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten des Bundesrechts umfasst – einzig dem vom Gesetz bestimmten Behörden zusteht. Der 2. Titel Strafbehörden (Art. 12 ff. StPO) handelt die Strafbehörden ab. Dazu gehören gemäss Art. 12 StPO die Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft, Übertretungsstrafbehörden) und gemäss Art. 13 StPO die Gerichte (Zwangsmassnahmengericht, erstinstanzliches Gericht, Beschwerdeinstanz, Berufungsgericht). Die StPO sieht einen Numerus clausus der Strafbehörden vor, andere Strafbehörden gibt es keine. 1982 Gemäss Art. 2 Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG) bestehen die Strafbehörden des Bundes 1983 aus der Polizei, der Bundesanwaltschaft, dem Bundesstrafgericht, dem Bundesgericht sowie den kantonalen Zwangsmassnahmengericht, wenn sie für den Bund tätig werden. Weder die WEKO noch ihr Sekretariat fallen daher gemäss Gesetz

1981 BGE 139 I 72, E. 2.2.2. 1982 ANDREAS J. KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Donatsch/Hansjakob/Lieber, 2010, Art. 12 N 2; vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1127, Punkt 2.1.1. 1983 Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), SR 173.71.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 638

unter den Numerus Clausus der Strafbehörden von Art. 2 StPO. Die StPO findet auf Kartellverfahren keine Anwendung. Anders ausgedrückt sind die Wettbewerbsbehörden nicht befugt, die StPO anzuwenden. Zu Punkt 4 und 5 2649. Was die Vorbringen von Spaeter zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV betrifft, genügt der Hinweis, dass die Unschuldsvermutung allenfalls bei einer Auferlegung der Verfahrenskosten betroffen wäre. 1984 Vorliegend geht es nicht um die Verfahrenskosten, welcher der Spaeter nicht auferlegt wurden, sondern um die Parteientschädigung. Eine solche ist im Übrigen selbst nach StPO nur unter den in Art. 429 StPO genannten Voraussetzungen geschuldet und kann gemäss Art. 430 StPO herabgesetzt oder gar verweigert werden, ohne dass dadurch die Unschuldsvermutung verletzt wäre. Da die StPO nicht anwendbar ist, kann eine nähere Prüfung von Art. 429 f. StPO ausbleiben. 2650. Schliesslich ist auch die Berufung auf Art. 8 BV verfehlt. Zumal die Wettbewerbsbehörden mangels gesetzlicher Grundlage und gemäss Rechtsprechung (vgl.

dazu soeben zu Punkt 3) keine Parteientschädigung entrichten, ist nicht ersichtlich inwiefern sie Spaeter im Vergleich zu anderen Parteien, in derselben Situation ungleich behandeln sollten. Soweit Spaeter sich mit Parteien aus dem Kernstrafrecht vergleicht – wozu das Kartellgesetz ge- mäss Bundesgericht nicht gehört – liegt eine vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung vor. Denn der Gesetzgeber lehnte nicht nur eine Revision des Kartellgesetzes und damit des Kartellverfahrensrechts ab, sondern verzichtet auch darauf, die Wettbewerbsbehörden als Strafverfolgungsbehörden zu qualifizieren (vgl. Art. 2 StBOG). Wie das Bundesverwaltungs- gericht entschieden hat, liegt im Umstand, dass es im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Ver- waltungsverfahren keine Parteientschädigung gibt, keine echte Gesetzeslücke,1985 welche von den Rechtsanwendungsbehörden gegebenenfalls geschlossen werden könnte. Vielmehr müsste der Gesetzgeber eine andere Regelung vorsehen. Zu Punkt 3 2651. Die Wettbewerbsbehörden sind an Bundesrecht und Völkerrecht gebunden (Art. 190 BV) und können sich über eindeutige Rechtsprechung dazu nicht hinwegsetzen. Die Recht- sprechung zur Parteientschädigung im Kartellrecht ist eindeutig. Gemäss dem rechtskräfti- gen Urteil der REKO/WEF1986 ist Parteien im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungs- verfahren keine Parteientschädigung zu gewähren.1987 E Ergebnis 2652. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen gelangt das Sekretariat zu folgendem Er- gebnis: 2653. Erstens ist festzustellen, dass die Unternehmen Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringham und die Teampur-Grossisten (Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch) sowie SGVSB vereinbarten: i. bis 2007 gemeinsame Bruttopreise (Rz 1820 ff.) zu führen,

1984 Urteil des BGer, 6B_540/2013 vom 17. März 2014, E.1.3. 1985 Urteil des BVGer, 1986 Entscheid der REKO/WEF, RPW 200/4, 709 ff., Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung; vgl. ferner BGE 132 II 47, 62 E. 5.2; BGE 140 V 116, 120 E. 3.4.2. 1987 Vgl. auch das allerdings aufgehobene Urteil des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 Bayer (Schweiz) AG/WEKO, E. 10.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 639

ii. ab 2009 keine oder nur geringe Rabatte auf Zubehör für Waschautomaten und Tumb- ler (Rz 1890 ff.) mehr zu gewähren, iii. 2007 eine generelle Margenerhöhung durchzuführen, iv. bis 2011 im Falle von unterjährigen oder jährlichen Herstellerpreisänderungen, die im System hinterlegten Basisrichtpreise dieser Hersteller (Rz 1937 ff.) vom SGVSB im selben Umfang und Zeitpunkt anpassen zu lassen, v. nicht vom Bruttopreis- auf das Nettopreissystem umzusteigen (Rz 1909 ff.), vi. bis 2012 die gemeinsam festgelegte Höhe der Transport- und Einbaukosten (Rz 1962 ff.) einzuhalten, vii. einheitliche Eurokurse (Rz 1980 ff.) für von Herstellern in Euro verrechnete Produkte zu berechnen, viii. die Bruttopreise der Teampur-Grossisten (Rz 2015 ff.) festzulegen, ix. welche Produkte in die Stammdaten aufgenommen werden sollten und x. welche Produktauswahl in den Teampur-Katalogen zu führen war. 2654. Die Vereinbarungen gemäss Rz 2653 Ziffern (i) bis (viii) sind Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, die in Rz 2653 Ziffern (ix) und (x) genannten Vereinbarungen sind Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. b KG. Insgesamt bewirkten sie eine erhebliche Beein- trächtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 2449 ff.). Sowohl wettbewerbsbeseitigende als auch die den wirksamen Wettbewerb erheblich einschränkenden Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. 2655. Zweitens ist festzustellen, dass die Unternehmen Sanitas Troesch,

Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Kappeler und Sanidusch sowie der SGVSB vereinbarten: i. die Bruttopreise zwischen 1997 (Rz 799 ff.), 1998 (inkl. Margen) (Rz 826 ff.), 1999 (Rz 852 ff.), 2000 (Rz 867), 2001 (Rz 939 ff.), 2002 (Rz 967 ff.) und 2003 (Rz 982 ff.) festzulegen, ii. das Bruttopreisniveau 2004/2005 (Rz 1040 ff.) gemeinsam festzulegen und iii. verschiedene Warenumsatzkategorien und Rabattgruppen festzulegen. 2656. Drittens stimmten Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag und Innosan unter Mithilfe des SGVSB die Bruttopreissenkung und das damit einhergehende Rabattniveau für das Jahr 2012 aufeinander ab. 2657. Sowohl die in Rz 2655 als auch die in Rz 2656 genannten Vereinbarungen stellen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar, welche den Wettbewerb beseitigen haben. In Übereinstimmung mit Art. 49a Abs. 1 KG sind die Abreden gemäss Rz 2655 Ziffern (ii) i.V.m (iii) sowie Rz 2656 zu sanktionieren. Was die Abreden gemäss Rz 2655 Ziffer (i) betrifft, entfällt deren Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m Art. 49a Abs. 3 lit. b KG. Hingegen ist festzustellen, dass diese Abreden verboten sind. 2658. Viertens ist festzustellen, dass Sanitas Troesch, Bringhen, Burgener und Gétaz (CRH) zwischen 1999 und 2002 vereinbarten (vgl. Rz 1773): i. bei Kleinlieferungen keinen Rabatt zu gewähren und den Team-Preis zu verrechnen. Mit andern Worten bestimmten sie den Endverkaufspreis für Kleinlieferungen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 640

ii. bei Verkäufen bis CHF 10'000.– eine Rabattspannweite von 1–10 % plus MWST und ab CHF 100'000.– Rabatte zwischen 1–15 % plus MWST zu verrechnen. iii. Installateuren auf den Nettoverkaufspreis 5 % Rabatt zu gewähren. 2659. Fünftens steht fest, dass Bringhen und Gétaz zwischen 2003 bis 2011 u.a. vereinbarten, Privaten Einzelteile oder Ersatzteile nur zu Bruttopreisen zu verkaufen (vgl. Rz 1784). 2660. Die in Rz 2658 und Rz 2659 aufgeführten Vereinbarungen stellen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, welche nebst den in Rz 2653 bis 2656 aufgezählten Abreden in Erscheinung traten. Zusammen mit den übrigen Abreden bewirkten sie damit zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 2449 ff.). Sowohl wettbewerbsbeseitigende als auch die den wirksamen Wettbewerb erheblich einschränkende Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Die in Rz 2659 genannten Abreden sind gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. den Schlussbestimmungen des KG ab dem 1. April 2004 sanktionierbar. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m Art. 49a Abs. 3 lit. b KG entfällt hingegen für die in Rz 2658 genannten Abreden eine Sanktionierung. Es ist aber festzustellen, dass diese Abreden verboten sind. 2661. Erstens wird Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt die in Rz 2653 i bis x genannten Abreden auszuüben. 2662. Zweitens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag, Bringhen, Burgener, Innosan, Kappeler und Sanidusch sowie dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2655 i bis iii erwähnten Abreden auszuüben. 2663. Drittens wird Sanitas Troesch, Gétaz und Richner (CRH), Sabag und dem SGVSB unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2656 genannten Abreden auszuüben. 2664. Viertens wird Sanitas Troesch, Burgener, Bringhen und Gétaz (CRH) unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art.

50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2658 i bis iii genannten Abreden auszuüben. 2665. Fünftens wird Bringhen und Gétaz (CRH) unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, die in Rz 2659 genannten Abreden auszuüben. 2666. Die in Rz 2653 bzw. 2655 genannten Unternehmen sind an diesen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 2631 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung von insgesamt CHF 283'217'841 angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. C.5.2.5.). 2667. Die Untersuchung gegen die San Vam sowie die Spaeter wird eingestellt. Die auf San Vam SA und die Spaeter Chur AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF [50'000.–], insgesamt ausmachend CHF [100'000.–], werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Ferner werden CHF 5'000.– wegen der bezüglich der Gebietsabrede eingestellten Untersuchungen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. 2668. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 2653 bzw. 2655 genannten Unternehmen die verbleibenden Verfahrenskosten (vgl. Rz 2636 ff.) von CHF [1'450'000.–] zu tragen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 641

F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG): 1 Den Parteien Bringhen AG, Cement Roadstone Holding plc. (handelnd durch die BR Bauhandel AG und Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA), Innosan SA, Kappeler AG, Sabag Holding AG, SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, Sanidusch AG und Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche wird untersagt, 1.1 gemeinsame Bruttopreise bzw. das Bruttopreisniveau festzulegen, 1.2 gemeinsam Rabattgruppen festzulegen und zu bestimmen, ob und in welchem Umfang auf Produkte oder Produktkategorien Rabatte zu gewähren sind, 1.3 gemeinsam die Höhe von Margen festzulegen, 1.4 die Höhe der in der Stammdatenverwaltung hinterlegten Basisrichtpreise gemeinsam im selben Umfang und zum selben Zeitpunkt zu verändern, 1.5 gemeinsam festzulegen, ob ein Unternehmen ein Brutto- oder Nettopreissystem führt, 1.6 die Höhe von Transport- und Einbaukosten gemeinsam festzulegen, 1.7 gemeinsam für von Herstellern in ausländischer Währung verrechnete Produkte die Wechselkurse festzulegen, 1.8 gemeinsam die Bruttopreise von einzelnen Mitgliedern des SGVSB gemeinsam festzulegen, 1.9 gemeinsam die Produkte festzulegen, welche in die Stammdaten aufgenommen werden, 1.10 gemeinsam die Produktauswahl festzulegen, welche in den Bruttopreiskatalogen der Mitglieder geführt werden müssen. 2 Den Parteien Bringhen AG, Cement Roadstone Holding plc. (handelnd durch die BR Bauhandel AG und Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA), Innosan SA, Kappeler AG, Sabag Holding AG, SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, Sanidusch AG, Sanitas Troesch AG und Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche wird untersagt, 2.1 gemeinsam die Bruttopreise bzw. das Bruttopreisniveau festzulegen, 2.2 gemeinsam die zu den Bruttopreisen korrespondierenden Rabatte bzw. das Rabattniveau festzulegen, 2.3 gemeinsam die Höhe von Margen festzulegen, 2.4 gemeinsam Rabattgruppen und Warenumsatzkategorien festzulegen, 3 Sanitas Troesch AG, Bringhen AG und Gétaz Miauton SA (CRH) wird verboten, gemeinsam 3.1 Endverkaufspreise für Produkte festzulegen, 3.2 zu gewährende Rabattbandbreiten zu vereinbaren und 3.3 die Höhe der an die Abnehmer gewährten Rabatte zu bestimmen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 642

4 Folgende Parteien werden für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten wegen Beteiligung an den festgestellten unzulässigen Preis- und Mengenabreden gemäss Artikel 5 Absatz 1 und 3 Buchstabe a und b mit folgenden Beträgen belastet: - Bringhen AG CHF [...] - Cement Roadstone Holding plc CHF [...] (BR Bauhandel AG; Gétaz Miauton SA, Regusci Reco SA) - Innosan SA CHF [...] - Kappeler AG CHF [...] - Sabag Holding AG CHF [...] - SAB Sanitär-Apparate Burgener AG CHF [...] - Sanidusch AG CHF [...] - Sanitas Troesch AG CHF [...] - Schweizerischer Grosshandelsverband CHF [...] der Sanitären Branche

5 Die Untersuchung gegen die San Vam SA und die Spaeter Chur AG wird eingestellt. 6 Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF 1'555'000. Die auf San Vam SA und die Spaeter Chur AG entfallenden Verfahrenskosten von je CHF 50'000, insgesamt ausmachend CHF 100'000, werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Ferner werden CHF 5'000.– wegen der bezüglich der Gebietsabrede eingestellten Untersuchungen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 1'450'000 werden den Parteien wie folgt auferlegt: - Bringhen AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Cement Roadstone Holding plc, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Innosan SA, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Kappeler AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Sabag Holding AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - SAB Sanitär-Apparate Burgener AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Sanidusch AG, CHF 50'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Sanitas Troesch AG, CHF 250'000, unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000; - Schweizerischer Grosshandelsverband CHF 250'000 unter solidarischer Haftung für CHF 1'450'000. 7 Das Gesuch auf Parteikostenentschädigung der Spaeter Chur AG für die Untersuchung 22-0420 Badezimmer vor der WEKO und dem Sekretariat wird abgewiesen. 8 Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zurückgegeben und sämtliche

22-00055/COO.2101.111.7.135680 643

beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten, welche diese Untersuchung betreffen, werden nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gelöscht. 9 Die Verfügung ist zu eröffnen an: - BR Bauhandel AG, Gétaz Miauton SA und Regusci Reco SA (Cement Roadstone Holding plc. CRH) vertreten durch [...] - Bringhen AG, vertreten durch [...] - Innosan SA, vertreten durch [...] - Kappeler AG, vertreten durch [...] - SABAG Holding AG, vertreten durch [...] - SAB Sanitär Burgener AG, vertreten durch [...] - Sanidusch AG, vertreten durch [...] - Sanitas Troesch AG, vertreten durch [...] - San Vam SA, vertreten durch [...] - Spaeter Chur AG, vertreten durch [...] - Schweizerischer Grosshandelsverband der Sanitären Branche SGVSB, vertreten durch [...]

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

22-00055/COO.2101.111.7.135680 644

G Anhänge G.1 Sitzungen Generalversammlung [...] G.2 Sitzungen Vorstand [...] G.3 Sitzungen Sortimentskommission [...] G.4 Sitzungen Kooperationsrat [...] G.5 Treffen zwischen Sanitas Troesch und SGVSB [...] G.6 Marktanteile [...] G.7 Räumliche Ausdehnung der Grosshändlerstätigkeit [...] G.8 Bruttopreisentwicklung [...] G.9 Kalkulationsfaktoren und Umrechnungsfaktoren [...] G.10 Rabattentwicklung [...] G.11 Rabattklassen Sanitas Troesch [...]

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.