

WEKO verzinkung-2017-10-30 vom 30. Oktober 2017

WEKO, 2017-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_verzinkung-2017-10-30

FR: WEKO verzinkung-2017-10-30 du 30 octobre 2017

IT: WEKO verzinkung-2017-10-30 del 30 ottobre 2017

Erwägungen

E. 34

Abs. 2 KG). Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. C.3 Formelles, insbesondere Gewährung des rechtlichen Gehörs 107. Gemäss Art. 39 KG kommen die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁶⁸ in Untersuchungsverfahren zur Anwendung, soweit das KG nicht von diesen abweicht. Eine besondere Regelung für die Gewährung von Akteneinsicht und rechtlichem Gehör besteht mit Art. 30 Abs. 2 KG. Darin ist insbesondere festgelegt, dass die Verfahrensparteien zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen dürfen, was nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden auch das Recht auf Akteneinsicht beinhaltet. Diese Rechte finden ihre Grenzen in den besonderen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (siehe insbesondere Art. 26 ff., 29 ff. VwVG). 108. Die VSV verlangt in ihrer Stellungnahme zum Antrag eine Erklärung dafür, weshalb der ESTECH-Gruppe die Verfahrenskosten erlassen werden und eine entsprechende Einsicht in diejenigen Akten, welche für diesen Entscheid relevant sind.¹⁶⁹ Der Entscheid sei sonst für die anderen Verfahrensbeteiligten nicht verständlich. 109. Die Informationen zur wirtschaftlichen Situation der ESTECH-Gruppe stellen Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG dar. Denn diese Informationen sind nicht offenkundig und für sie besteht auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse. Insbesondere liesse sich aus diesen Informationen die Marktstellung der betroffenen Unternehmen genauer erkunden. Solche Informationen stehen den übrigen Verfahrensparteien normalerweise nicht zur Verfügung; sie sind damit von wirtschaftlichem Wert. Eine Verweigerung der Einsicht in Informationen zur wirtschaftlichen Situation der ESTECH-Gruppe und in entsprechende Verfügungspassagen (siehe insbesondere unten Rz 247 ff.) ist damit gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zulässig, wenn hierdurch die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der übrigen Verfahrensparteien nicht unangemessen beeinträchtigt werden. 110. Vorliegend steht keine Beeinträchtigung der Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der übrigen Verfahrensparteien zu befürchten. Für alle Verfahrensparteien ausser der VSV gilt dies schon deshalb, weil diese Verfahrensparteien gar keine Beeinträchtigung ihrer Rechtsverteidigungsmöglichkeiten geltend gemacht und zudem auf ihr Akteneinsichtsrecht verzichtet haben (siehe oben Rz 36). Auch die VSV hat auf ihr Akteneinsichtsrecht verzichtet. Selbst wenn man das Begehren der VSV als teilweisen Rücktritt von dieser Verzichtserklärung ansehen würde, ist nicht anzunehmen, dass die VSV in ihren Rechtsverteidigungsmöglichkeiten beschränkt ist. Denn im Antrag des Sekretariats wurde der VSV genau beschrieben, weshalb sie selbst Verfahrenskosten zu tragen hat.¹⁷⁰ Sie konnte damit überprüfen, ob das Sekretariat die sie betreffenden Tat- und Rechtsfragen richtig entschieden hat, und entsprechende Einwände erheben. Auch kann die VSV dem Antrag den rechtlichen Massstab für den Sanktions- bzw. Gebührenerlass zugunsten der ESTECH-Gruppe entnehmen.¹⁷¹ Die VSV hat dementsprechend vergleichbare Gründe

für sich geltend gemacht, welche von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) auch geprüft wurden (siehe unten Rz 261). Die Kenntnis von weiteren Informationen betreffend die wirtschaftliche Situation der ESTECH-Gruppe würde die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der VSV mithin nicht verbessern. 111. Eine vertiefte Erklärung dafür, weshalb der ESTECH-Gruppe die Verfahrenskosten erlassen werden, und eine entsprechende Einsicht in diejenigen Akten, welche für diesen Entscheid relevant sind, ist damit zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der ESTECH-Gruppe zu verweigern. Der Antrag der VSV betreffend die Offenlegung der Informationen, welche für 168 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). 169 Act. n° VI.022. 170 Act. n° VI.003, Rz 238 ff. des Antrags. 171 Act. n° VI.003, Rz 231 f. des Antrags.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 35

die Sanktion bzw. die Gebührenzahlungspflicht der ESTECH-Gruppe entscheidend sind, wird mithin abgewiesen. C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede 112. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 113. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 114 ff. hiernach). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 130 ff. hiernach). C.4.1 Wettbewerbsabrede 114. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,¹⁷² wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden¹⁷³. 115. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.¹⁷⁴ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. C.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 116. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR¹⁷⁵). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.¹⁷⁶ 117. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen der Galvaswiss-Gruppe (inkl. Epos), der SDL-Gruppe (SDL und Zinctec), der VZ Lenzburg, der VZ Oberuzwil, der VZ Unterlunkhofen, der

172 Siehe dazu zuletzt RPW 2017/1, 98 Rz 30, Eflare; RPW 2016/3, 731 Rz 76, Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. 173 Zuletzt RPW 2016/3, 731 Rz 77, Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör; RPW 2016/3, 652 Rz 61, Flügel und Klavier. 174 Siehe etwa RPW 2017/1, 98 Rz 29, Eflare; RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 175 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220. 176 Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 36

VZ Wattenwil, der VZ Wettingen, der VZ Wollerau sowie der ZSM (nachfolgend: neun Unternehmen) ein natürlicher Konsens über die Festlegung von Preiselementen betreffend Lohn- feuerverzinkung in der Deutschschweiz und im Wallis vorlag. Dieser Konsens beinhaltete konkret die gemeinsame Festlegung und Umsetzung von Zuschlägen (Transportmehrkosten- sowie Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag; siehe oben Rz 66 ff., 70 ff.), sogenannten Sockelpreislisten betreffend das Objektgeschäft (siehe oben Rz 75 ff.) sowie allgemeinen Grundpreiserhöhungen (siehe oben Rz 79 ff.). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 118. Der Umstand, dass der Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag sowie die Sockelpreislisten teilweise als «nicht verbindlich», «unverbindlich» oder «empfohlene Richtpreise» bezeichnet wurden, ändert an der Qualifizierung als «Vereinbarung» i.S.d. Kartellrechts nichts. Denn für die Qualifizierung als Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG ist auf den wahren Willen der Unternehmen und nicht auf die Bezeichnung abzustellen. Vorliegend ergibt sich aus verschiedenen Umständen, dass die gemeinsamen Preisfestlegungen umgesetzt werden «sollen» (siehe Rz 73, 78, 88). 119. Es ist zu beachten, dass im Rahmen der Zusammenarbeit noch bis ca. Mitte der 2000er Jahre die Zuweisung von Gebieten und Geschäftspartnern besprochen wurde (siehe oben Rz 83 f.). Da allerdings nicht nachweisbar ist, dass es in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und dem 15. Februar 2016 bezüglich des Gebiets- oder Kundenschutzes gemeinsame Festlegungen zwischen den Verfahrensparteien gab, wird auf diese Thematik im Folgenden nicht mehr weiter eingegangen. Vergleichbares gilt in Bezug auf den Umgang mit den «Patronatsmitgliedern» (siehe dazu oben Rz 85 ff.), da ohnehin nicht nachweisbar ist, dass die neun Unternehmen eine kartellrechtswidrige Behinderung von Patronatsmitgliedern bezweckten (siehe dazu oben Rz 87). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die Vereinbarungen von Preiselementen zwischen den neun Unternehmen. C.4.1.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 120. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. 177 Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. 178 Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ. 179 121. Eine Abrede

bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».180 Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.181 122. Die vorliegende Abrede beinhaltet die gemeinsame Festlegung bzw. Beeinflussung von Preiselementen (mittels Zuschlägen, Sockelpreislisten sowie Grundpreiserhöhungen; siehe

177 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 178 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 179 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 180 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 181 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 37

oben Rz 117). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrer Zusammenarbeit tatsächlich bezweckten, den (Preis-)Wettbewerb zwischen den neun Unternehmen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln (siehe oben Rz 117). C.4.1.3 Dauervereinbarung 123. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede qualifiziert bzw. Gesamtabrede bezeichnet, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.182 Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.183 Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.184 Ist dies der Fall, so ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.185 124. Für die Beteiligung an einer als Dauerverstoss zu qualifizierenden Dauerabrede ist es nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Dauerabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer umgesetzt wird. Die WEKO hat insbesondere festgehalten, dass ein Dauerverstoss nicht deshalb abzulehnen ist, weil Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen oder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren.186 Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.187 125. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Eine Berücksichtigung des EU-Kartellrechts ist bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich geboten.188 Die Berücksichtigung des EU-Kartellrechts in Bezug auf die gleichen Tatbestandsmerkmale kann allenfalls dort seine Grenze finden, wo aufgrund der Unterschiede in der Sache (Volkswirtschaft der Schweiz ist kleiner) oder des entgegenstehenden Willens des Schweizer Gesetzgebers eine spezifische Lösung notwendig ist.189 Auch nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.190 Ein «Ausstieg» aus

einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der «Ausstieg» den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.¹⁹¹

182 RPW 2004/3, 739 Rz 41, Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., Strassenbeläge Tessin; RPW 2013/2, 154 Rz 75, Abrede im Speditionsbereich; RPW 2015/2, 225 Rz 193 ff., Tunnelreinigung. 183 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Strassenbeläge Tessin. 184 Vgl. Fn 182. 185 RPW 2015/2, 225 Rz 193, Tunnelreinigung. 186 RPW 2013/2, 154 Rz 75, Abrede im Speditionsbereich. 187 Siehe Fn 186. 188 Urteil des BG 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.2.3, Gaba; siehe auch BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3 m.w.H., Publigroupe; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 167 ff., ADSL II; RPW 2015/2, 299 Rz 293, Türprodukte. 189 Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531; RPW 2015/2, 299 f. Rz 293 ff., Türprodukte; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 170, ADSL II. 190 Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 225 Rz 194 Fn 265, Tunnelreinigung. 191 Vgl. RPW 2015/2, 300 Rz 294 f., Türprodukte.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 38

126. In casu verfolgten die neun Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit fortdauernd den Zweck, den (Preis-)Wettbewerb zwischen ihnen zu verringern und den durch die Überkapazitäten in der Feuerverzinkungsbranche in der Deutschschweiz sowie im Wallis bedingten Preisverfall aufzuhalten oder zumindest zu drosseln (siehe oben Rz 117). Die festgestellten Einzelemente der Zusammenarbeit (wiederholte Festlegung der Höhe der Zuschläge, Veränderungen der Sockelpreislisten, wiederholte Grundpreiserhöhungen) erfolgten im Rahmen dieses Zwecks. Es wäre «gekünstelt», dieses durch einen einzigen Zweck gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten quasi zu zerlegen und in den genannten Einzelementen mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen. Es liegt mithin eine Dauervereinbarung vor, welche jedenfalls in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und dem Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung bestand. Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Vereinbarung einzig in der Zeit ab Mitte 2005 bis Anfang 2012 auch die gemeinsame Festlegung von Grundpreisen (Sockelpreislisten, gemeinsame Grundpreiserhöhungen) umfasste (siehe oben Rz 99).

127. Hinsichtlich der individuellen Beteiligung der neun Unternehmen gilt Folgendes: An der Dauervereinbarung waren die Unternehmen nur insoweit beteiligt, als sie Mitglied der VSV bzw. Träger der SFF waren. Denn die oben beschriebene Zusammenarbeit spielte sich im Rahmen der VSV und der SFF ab (siehe insbesondere oben Rz 64 f.) und es ist nicht nachgewiesen, dass sich die Unternehmen nach dem jeweiligen Austritt aus der VSV und der SFF noch an der beschriebenen Zusammenarbeit beteiligten. Durch den Austritt aus der VSV und/oder der SFF erfolgte mithin auch ein «Austritt» aus der Dauervereinbarung. Hieraus ergibt sich, dass die Epos bis Ende 2012, die ZSM bis Mitte 2013, die Galvaswiss nur bis Mitte 2014 und die SDL, die Zinctec und die VZ Wettingen nur bis Ende 2015 Teilnehmerinnen an der Dauervereinbarung waren.

C.4.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

128. Die zehn Unternehmen waren während der Zeit der Zusammenarbeit und ihres Bestehens alle im Bereich Lohnfeuerverzinkung tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Nachfrage von Privaten und öffentlichen Stellen nach Lohnfeuerverzinkung. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.3.1.4 Zwischenfazit

129. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zehn Unternehmen durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken betreffend Transportmehrkosten- sowie Rohstoff- und Zinkteuerungszuschlag, Sockelpreislisten und gemeinsame

Grundpreiserhöhungen jedenfalls seit 1. April 2004 und bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben, soweit sie jeweils Mitglied der VSV und/oder der SFF waren. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist. C.4.2 (Keine) Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 130. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird u. a. in Bezug auf horizontale Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). C.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Wettbewerbsabrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) 131. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird insgesamt weit ausgelegt. Er umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Unter den Vermutungstatbestand fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen. Entscheidend für die Qualifizierung einer

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 39

Abrede als Preisabrede ist, ob sie einen preisharmonisierenden Zweck verfolgt und/oder ihr eine preisharmonisierende Wirkung zukommt.¹⁹² 132. In casu liegen sowohl horizontale Wettbewerbsabreden über die direkte Festsetzung von Preisen (gemeinsame Festlegung von Mindestpreisen sowie gemeinsame Grundpreiserhöhungen um einen gewissen Prozentsatz zu einem bestimmten Stichtag)¹⁹³ als auch indirekte Preisabreden (gemeinsame Einführung und Anpassungen der beiden Zuschläge)¹⁹⁴ vor. Diese Abreden hatten dabei sowohl einen preisharmonisierenden Zweck – es ging den Abredeteilnehmern um die Verringerung des Preiswettbewerbs (siehe Rz 88, 117) – als auch eine preisharmonisierende Wirkung, sofern die gemeinsamen Festlegungen auch umgesetzt wurden (siehe zur Umsetzung insbesondere Rz 89 ff.). Dies gilt insbesondere auch für die beiden Zuschläge. Denn wären die beiden Zuschläge von den zehn Unternehmen individuell (z. B. mit Blick auf die individuellen Transportkosten, die eigenen Zinkvorräte und die eigene Zinkeinkaufsmöglichkeiten) festgelegt worden, so wäre die Preissetzung zwangsläufig weniger harmonisiert erfolgt.¹³³ Bei keinem der betroffenen Preiselemente handelt es sich um «geringfügige» Preisbestandteile. Dies gilt auch, da die von den zehn Unternehmen ihren Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellten Endpreise im Wesentlichen (exkl. Mehrwertsteuer) aus genau denjenigen Preiselementen bestanden, welche Gegenstand der Zusammenarbeit waren (siehe dazu auch oben Rz 90). Dass jedes einzelne vereinbarte Preiselement für die Preisharmonisierung bedeutsam gewesen war, zeigt dabei auch der Umstand, dass die Abreden über die Preiselemente gerade dazu dienten, den Preiswettbewerb zu verringern (siehe oben Rz 88, 117). Wären die betroffenen Preiselemente unbedeutend gewesen, so hätten sich die zehn Unternehmen diesbezüglich nicht zu koordinieren brauchen.¹³⁴ Im Ergebnis ist folglich vom Vorliegen einer (Dauer-)Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen. C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 135. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen)

192 Vgl. JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle – Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht, 2010, Rz 1290 ff. 193 Vgl. Verfügung der WEKO betr. Badezimmer, Rz. 2296 (noch nicht publiziert); RPW 2012/3, 657 ff.; Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel (USPI); RPW 2000/2, 167 ff., Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC); RPW 2006/4, 591 ff., Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR); RPW 2012/3, 642 Rz. 257 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen; RPW 2010/4, 740 f. Rz. 210 ff. und 755 Rz. 247 ff., Baube- schläge für Fenster und Fenstertüren; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommen- tar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 403 f.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 5 LCart N 396, 402. Teilweise werden in der Lehre gemeinsame Grund- preiserhöhungen auch als indirekte Preisfestsetzungen qualifiziert, wobei dies an der Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nichts ändert; vgl. FRANZ HOFFET, in: Homburger/Schmidhauser/Hof- fet/Ducrey (Hrsg.), Art. 5 N 117. 194 Vgl. Verfügung der WEKO betr. Badzimmer, Rz. 2297 (noch nicht publiziert); RPW 2013/2, 182 f. Rz. 193 f., Abrede im Speditionsbereich; Verfügung der WEKO betr. Luftfracht, Rz. 1384 ff. (noch nicht publiziert). Siehe auch RPW 2015/2, 174 Rz. 81, Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II); CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 193), Art. 5 LCart N 398; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 193), Art. 5 N 410 ff.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 40

oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) beste- hen bleibt. Ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegend widerlegt werden kann, ist wie folgt zu prüfen: ■ In einem ersten Schritt ist der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Abrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 136 ff. hier- nach). ■ In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorlie- gens einer Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- so- wie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (Rz 153 ff. hiernach). C.4.2.1.1 Relevanter Markt 136. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht aus- tauschbar sind.¹⁹⁵ 137. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Markt- abgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.¹⁹⁶ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. unten Rz 202 ff.). Daraus folgt, dass die Markt- abgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Markt- abgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherr- schenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹⁹⁷ (i) Marktgegenseite 138. Für alle drei Aspekte der Markt- abgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktge- genseite an.

«Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁹⁸ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.¹⁹⁹ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

195 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 196 Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40. 197 So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, ADSL II unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 196), 924 ff. 198 Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281. 199 Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., ADSL II.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 41

139. Bei der vorliegenden (Dauer-)Preisabrede bildeten alle (privaten und öffentlichen) Abnehmerinnen und Abnehmer von Lohnfeuerverzinkung in der Deutschschweiz sowie im Wallis (in der Zeit bis zur Untersuchungseröffnung) Marktgegenseite der Abredeteilnehmer. (ii) Sachlich relevanter Markt 140. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU200, der hier analog anzuwenden ist).²⁰¹ 141. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²⁰² Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager oder der Nachfragerin hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁰³ 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.²⁰⁴ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁰⁵ 142. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft die Erbringung von Lohnfeuerverzinkungsleistungen (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw.

verzinkten Materials) durch die zehn Unternehmen in der Deutschschweiz sowie im Wallis. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht alle Lohnfeuerverzinkungsleistungen erfasst, welche von Kundinnen und Kunden im Zeitraum des Bestehens der Wettbewerbsabrede in der Deutschschweiz sowie im Wallis nachgefragt worden sind. 143. Grundsätzlich ist denkbar, dass die Feuerverzinkung durch andere Korrosionsschutzarten (z. B. Farbbeschichtung, galvanisches Verzinken; siehe oben Rz 45 ff.) ersetzt werden könnte. Hiergegen sprechen indes die folgenden Umstände. Unternehmen, welche andere Formen des Korrosionsschutzes anbieten, wurden von keinem der zehn Unternehmen als Konkurrenten benannt; solche Unternehmen waren einzelnen Verfahrensparteien selbst auf Nachfrage noch nicht einmal bekannt.²⁰⁶ Zudem sind die Kosten der Lohnfeuerverzinkung verglichen mit der resultierenden Nutzungsdauer von feuerverzinktem Stahl (40–50 Jahre) besonders tief (siehe oben Rz 46), was die Feuerverzinkung in gewissem Ausmass vor Konkurrenz durch andere Korrosionsschutzarten schützt. Die Feuerverzinkung könnte damit allenfalls mit anderen Korrosionsschutzverfahren in Konkurrenz stehen, bei denen eine lange Nutzungsdauer des korrosionsgeschützten Stahls nicht entscheidend ist. Ob die Feuerverzinkung durch andere Korrosionsschutzarten ersetzbar ist, muss vorliegend aber ohnehin nicht abschliessend geklärt werden, da unabhängig von der Beantwortung dieser Frage ohnehin keine wettbewerbsbeseitigende Wirkung vorliegt (siehe unten Rz 153 ff.), die Preisabrede aber unabhängig von dieser Frage jedenfalls erheblich ist (siehe unten Rz 169 ff.).

200 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 201 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al /WEKO. 202 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. 203 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. 204 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al /WEKO. 205 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al /WEKO. 206 Vgl. Nachweis in Fn 136.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 42

144. Auch ist mit Blick auf die unterschiedlichen Anlagengrössen und Transportkapazitäten der Feuerverzinkereien grundsätzlich nicht von einer Separierung des sachlichen Marktes bspw. in einen Markt für die Feuerverzinkung von Kleinteilen und einen solchen für die Feuerverzinkung von Grossteilen auszugehen. Denn wie dargelegt (siehe oben Rz 51 f.) bestehen in der Praxis zwischen den Feuerverzinkereien häufig «Fremdarbeiten»-Vereinbarungen betreffend die Weitergabe von solchen Stahlteilen an eine jeweils andere Verzinkerei, welche von der weitergebenden Verzinkerei aufgrund der Ausmasse der eigenen Anlage nicht ausgeführt werden können (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu gross ist) bzw. sollen (wenn das zu verzinkende Teil für die eigene Anlage zu klein ist).²⁰⁷ Somit konkurrieren grundsätzlich alle zehn Unternehmen im Bereich Lohnfeuerverzinkung unabhängig von den Ausmassen des zu verzinkenden Stahls miteinander. 145. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Stahlkonstruktionen mit einer Länge von über 13 Meter und/oder einem Stückgewicht von über 10 Tonnen sowie Stahlteile, für die der Bahnverlad erforderlich ist, in der Praxis ausschliesslich von der

Galvaswiss oder aber ausländischen Feuerverzinkereien feuerverzinkt werden, soweit eine Einzeltauchung erforderlich ist (siehe oben Rz 52). Es ist damit denkbar, dass die festgestellte Preisabrede für dieses Marktsegment überhaupt nicht von Bedeutung war. Hierfür spricht nicht nur, dass in diesem Bereich mit der Galvaswiss nur eine Schweizer Feuerverzinkerei tätig war und damit eine Wettbewerbsabrede mit anderen Schweizer Feuerverzinkereien in diesem Bereich wenig sinnvoll erschiene, sondern vor allem auch dass in diesem Bereich eine grundlegend andere Konkurrenzsituation herrschte. In dieser Konkurrenzsituation konnte sich die Galvaswiss von den anderen Verfahrensparteien unabhängig verhalten und war allenfalls durch ausländische Konkurrenz beeinflusst. Aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung mit den an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen (exkl. ZSM208; siehe Rz 32 ff., 176 ff.) haben die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich keine vertiefteren Abklärungen mehr getroffen; es geht folglich unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo davon aus, dass die festgestellten Preisabreden für die Feuerverzinkung von solchen Stahlkonstruktionen, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten durchführen kann bzw. konnte, nicht relevant waren. 146. Zusammenfassend geht die WEKO für die weitere Prüfung damit in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Erbringung von Feuerverzinkungsleistungen (inkl. der damit zusammenhängenden Leistungen wie Abbeizen, Andrahten und den Transport des zu verzinkenden bzw. verzinkten Materials) aus, sofern nicht Stahlkonstruktionen feuerverzinkt werden sollten, welche in der Schweiz ausschliesslich die Galvaswiss aufgrund ihrer singulären Anlagengrössen und Transportmöglichkeiten verarbeiten und transportieren konnte. (iii) Räumlich relevanter Markt 147. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁰⁹ 148. Wie erläutert, besteht für die Lohnfeuerverzinkung ein gewisser Distanzschutz: Die zunehmende Distanz der Verzinkungsanlage zum Abholort und/oder Auslieferungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags (siehe oben Rz 57). Die Betreiber von Verzinkungsanlagen nehmen daher vorzugsweise Aufträge an, bei denen die Transportwege möglichst kurz sind. Darüber hinaus sind zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager und Nachfragerinnen die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Dementsprechend ist in casu von Bedeutung, dass vor allem das Tessin und ein Stück weit auch das Wallis durch

207 Siehe etwa Act. n° VIII.C.2.005, S. 2 f. 208 Siehe dazu Rz 34. 209 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00043/COO.2101.111.3.246334

E. 43

natürliche Hindernisse vom Gebiet der Verfahrensparteien getrennt sind (siehe oben Rz 55 ff.). Das Tätigkeitsgebiet der neun Unternehmen und der im Kt. AG ansässigen VZ Stooss erstreckte sich dementsprechend im Wesentlichen auf die Deutschschweiz sowie das Wallis; in anderen Teilen der Schweiz waren von diesen Unternehmen lediglich die Galvaswiss-Gruppe und die SDL-Gruppe tätig. Im Ausland hatten von den neun Unternehmen und der VZ Stooss lediglich die Galvaswiss-Gruppe, die SDL sowie VZ Oberuzwil (hauptsächlich in Süddeutschland) Kundinnen und Kunden, welche Lohnfeuerverzinkung nachfragten (siehe dazu oben Rz 55 ff.). 149. Die Marktgegenseite

hat die Lohnfeuerverzinkung zudem hauptsächlich bei in der Deutschschweiz und im Wallis ansässigen Feuerverzinkungsunternehmen angefragt und bezogen. So ist erstellt, dass die VSV-Mitglieder und die Galvaswiss bis zur Verstärkung der ausländischen Konkurrenz aus Süddeutschland und Österreich ab ca. 2010 90–95 % der Nachfrage aus der Deutschschweiz und dem Wallis bedienten (siehe oben Rz 61). Nach 2010 dürfte dieser Anteil kleiner geworden sein, aber dennoch weit über 50 % gelegen haben. Zudem ist nicht bekannt, dass Schweizer Feuerverzinkereien ausserhalb der Deutschschweiz und des Wallis, die Givel S.A. (Kt. VD), die Zinguerie de Renens SA/Frist Industries SA (Kt. VD) sowie die Metallizzazione SA (Kt. TI), in spürbarem Umfang in der Deutschschweiz sowie im Wallis Lohnfeuerverzinkung angeboten haben (siehe oben Rz 61). 150.

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