

Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2020/3a

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.20/3a)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2020/3a

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Oktober/octobre/ottobre 2020

Systematik	**A**	**Tätigkeitsberichte**
		A 1 Wettbewerbskommission
		A 2 Preisüberwacher
	B	**Verwaltungsrechtliche Praxis**
		B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
		1 Vorabklärungen
		2 Empfehlungen
		3 Stellungnahmen
		4 Beratungen
		5 BGBM
		B 2 Wettbewerbskommission[1]
		1 Vorsorgliche Massnahmen
		2 Untersuchungen
		3 Unternehmenszusammenschlüsse
		4 Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
		5 Andere Entscheide
		6 Empfehlungen
		7 Stellungnahmen
		8 BGBM
		9 Diverses
		B 3 Bundesverwaltungsgericht
		B 4 Bundesgericht
		B 5 Bundesrat
		B 6 Preisüberwacher
		B 7 Kantonale Gerichte
		B 8 Bundesstrafgericht
	C	**Zivilrechtliche Praxis**
		C 1 Kantonale Gerichte
		C 2 Bundesgericht
	D	**Entwicklungen**
		D 1 Erlasse, Bekanntmachungen
		D 2 Bibliografie
	E	**Diverses**

[1] *Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.*

Systématique	**A**	**Rapports d'activité**
		A 1 Commission de la concurrence
		A 2 Surveillance des prix
	B	**Pratique administrative**
		B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
		B 2 Commission de la concurrence[1]
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions selon l'article 50 ss LCart
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
		7 Préavis
		8 LMI
		9 Divers
		B 3 Tribunal administratif fédéral
		B 4 Tribunal fédéral
		B 5 Conseil fédéral
		B 6 Surveillant des prix
		B 7 Tribunaux cantonaux
		B 8 Tribunal pénal fédéral
	C	**Pratique des tribunaux civils**
		C 1 Tribunaux cantonaux
		C 2 Tribunal fédéral
	D	**Développements**
		D 1 Actes législatifs, communications
		D 2 Bibliographie
	E	**Divers**

[1] *Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.*

Sistematica	**A**	**Rapporti d'attività**
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	B	**Prassi amministrativa**
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza[1]
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Tribunale amministrativo federale
		B 4 Tribunale federale
		B 5 Consiglio federale
		B 6 Sorvegliante dei prezzi
		B 7 Tribunali cantonali
		B 8 Tribunale penale federale
	C	**Prassi dei tribunali civili**
		C 1 Tribunali cantonali
		C 2 Tribunale federale
	D	**Sviluppi**
		D 1 Atti legislativi, comunicazioni
		D 2 Bibliografia
	E	**Diversi**

[1] *In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.*

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2020/3a**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 **Sekretariat der Wettbewerbskommission**
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

4. Beratungen
Conseils
Consulenze

1. Beratung betreffend die Anmeldepflicht von Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Skyguide 875

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Bauleistungen See-Gaster 880
2. Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen 1144

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Porsche/Munich RE/JV 1226

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 1229

Index (deutsch, français e italiano) 1231

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	**4. Beratungen** Conseils Consulenze
B 1.4	**1. Beratung betreffend die Anmeldepflicht von Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Skyguide**

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

A Fragestellung

1. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) ersucht das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) um eine Beurteilung betreffend die Frage, ob die geplanten Unterstützungsmassnahmen des Bundes zugunsten der Skyguide AG (nachfolgend: Skyguide) einer Prüfung durch die WEKO gemäss Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG)[1] unterliegen.

B Sachverhalt

2. In der Beratungsanfrage wird ausgeführt, dass sich die Skyguide aufgrund der Covid-19 Pandemie in finanziellen Schwierigkeiten befinde. Die eidgenössische Finanzverwaltung (EFV) beabsichtige deshalb, den Liquiditätsbedarf der Skyguide entweder mit […] oder […] zu stützen. Ein entsprechender Antrag solle dem Bundesrat am […] unterbreitet werden.

3. Skyguide befindet sich zu 99,947 Prozent im Besitz der Eidgenossenschaft.[2] Das Unternehmen erbringe gemäss Art. 40 ff. LFG den Flugsicherungsdienst. Die übertragenen Aufgaben seien in der Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VFSD)[3] geregelt, insbesondere in Art. 6 i.V.m. Anhang 1.

4. Das Unternehmen finanziere einen grossen Teil seiner Kosten über Flugsicherungsgebühren, welche bei den Flugbetrieben für die Luftraumüberwachung beim Überflug der Schweiz oder die An- und Abflugsicherung auf Schweizer Flugplätzen erhoben werden. Weitere Kosten würden durch die Eidgenossenschaft basierend auf gesetzlichen Grundlagen erstattet.

5. Auf Rückfrage des Sekretariats bestätigte das BAZL, dass Skyguide neben den in Anhang 1 VFSD aufgeführten Aufgaben auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausübe.

C Beurteilung

6. Gemäss Art. 103 Abs. 1 Bst. a LFG prüft die Wettbewerbskommission (WEKO), ob die Entwürfe zu Beschlüssen des Bundesrates, welche bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens (LVA)[4] begünstigen, insbesondere Leistungen, Beteiligungen und Finanzhilfen nach den Artikeln 101, 102 und 102*a* LFG, mit Art. 13 LVA vereinbar sind.

C.1 Tatbestandsvoraussetzungen

7. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** der Schweiz oder eines Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung** bestimmter **Unternehmen oder Produktionszweige** den **Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen**, mit diesem Abkommen unvereinbar, soweit sie **den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen**.

[1] Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG), SR 748.0.
[2] Vgl. UVEK, Skyguide, <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/skyguide.html> (3.7.2020).
[3] Verordnung über den Flugsicherungsdienst vom 18. Dezember 1995 (VFSD), SR 748.132.1.
[4] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Luftverkehrsabkommen, LVA), SR 0.748.127.192.68.

8. Damit eine Beihilfe mit dem LVA unvereinbar ist, müssen die folgenden Tatbestandvoraussetzungen erfüllt sein: Staatlichkeit (Zurechenbarkeit an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mitteln), Begünstigung (wirtschaftlicher Vorteil und Selektivität), Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung sowie das Vorliegen eines Unternehmens als Beihilfeempfänger.[5]

9. Wenn auch nur eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, fällt die Massnahme nicht unter Art. 13 LVA.

C.2 Unternehmensqualität als Tatbestandsvoraussetzung

10. Vorliegend ist zu beurteilen, ob durch die vorgesehene Unterstützung *Unternehmen oder Produktionszweige*[6] begünstigt werden. Wäre die mutmassliche Beihilfeempfängerin Skyguide nämlich nicht als Unternehmen zu qualifizieren, wäre eine der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 LV nicht erfüllt. Die geplante Unterstützungsmassnahme würde demnach gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA keine mit dem LVA unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen.

11. In Anlehnung an die EU-Praxis hat die WEKO in der Vergangenheit in ihren Stellungnahmen gemäss Art. 103 LFG die Tatbestandsvoraussetzung der Unternehmensqualität des Beihilfeempfängers nicht einzeln aufgeführt und diskutiert, wenn es sich bei den Beihilfeempfängern offensichtlich um Unternehmen handelte.[7] Ist hingegen wie vorliegend unklar, ob es sich bei der Beihilfeempfängerin um ein Unternehmen im beilhilferechtlichen Sinn handelt, ist diese Tatbestandsvoraussetzung einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

C.2.1 Vorbringen des BAZL

12. Gemäss Einschätzung des BAZL finde – unter Berufung auf die DAWI-Mitteilung der EU-Kommission[8] – Art. 107 AEUV[9], bzw. vorliegend Art. 13 LVA, keine Anwendung, wenn der Staat als «öffentliche Hand» handle oder aus dem Staat hervorgehende Behörden in «ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln» würden. Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle würden dabei in der genannten Mitteilung explizit als Beispiel aufgeführt.

13. Die vom BAZL angerufene DAWI-Mitteilung betrifft Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Darunter werden marktbezogene Leistungen verstanden, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Darunter fallen insbesondere Leistungen der Verkehrs-, Energieversorgungs-, Kommunikations- und Postnetze.[10] Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat im *Altmarkt Trans Urteil*[11] festgehalten, unter welchen vier kumulativen Voraussetzungen Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen darstellen.[12]

14. Vorliegend ist nicht zu beurteilen, ob es sich bei der geplanten Unterstützungsmassnahme um Ausgleichszahlungen des Bundes für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt. Erstens scheint Skyguide nicht für alle Flugsicherungsdienste vom Bund entschädigt zu werden, sondern finanziert sich – wie in der Beratungsanfrage erläutert – zu einem grossen Teil über Flugsicherungsgebühren.[13] Zweitens scheint es sich nicht um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu handeln. Das wichtigste Beispiel eines solchen allgemeinen bzw. öffentlichen Interesses ist das Interesse an der Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Grundversorgungsleistungen zu einheitlichen Preisen, um den Ausschluss der Bevölkerung in Hochpreisgebieten von diesen Leistungen zu vermeiden. Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind jedoch nicht nur auf derartige Universaldienste beschränkt.[14] Gemäss der EU-Kommission scheinen allerdings insbesondere Flughäfen grundsätzlich keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlich Interesse zu erbringen. So kann der Betrieb eines Flughafens nur in wohlbegründeten Fällen als DAWI betrachtet werden, namentlich wenn ein Teil des von dem Flughafen bedienten Gebiets ohne den Flughafen in einem Mass von der übrigen Union abgeschnitten wäre, dass seine soziale und wirtschaftliche Entwicklung beeinträchtigen würde.[15]

---

[5] Vgl. Stellungahme der WEKO gemäss Art. 103 LFG vom 29. Juni 2020 i.S. *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*, Rz 79 ff.; Stellungahme der WEKO gemäss Art. 103 LFG vom 20. Mai 2020 i.S. *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, Rz 56 ff.; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe); ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 10 ff. und 247 ff. (zit. MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker).

[6] Die Tatbestandsalternative der Begünstigung von Produktionszweigen erfasst solche Beihilfen, die den Unternehmen einer ganzen Branche zugutekommen. Auch in diesem Fall sind im Ergebnis stets einzelne Unternehmen begünstigt, MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 10.

[7] Bspw. SWISS International Airlines AG, Edelweiss Air AG, SR Technics Switzerland AG.

[8] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4 – 14 (DAWI-Mitteilung).

[9] Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 – 390.

[10] Vgl. EUR-Lex, Glossare von Zusammenfassungen, <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=de> (6.7.2020).

[11] Urteil des EuGH vom 24.7.2003 C-280/00 *Altmark Trans*, Slg 2003 I 7747.

[12] (1) Der begünstigte Dienstleistungserbringer muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut sein (Rz 89), (2) die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen (Rz 90), (3) der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns zu decken, d. h. es darf keine Überkompensation vorliegen (Rz 92), und (4) erfolgt die Wahl des Dienstleistungserbringers nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge, so ist die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, «gut geführtes» Unternehmen im betreffenden Sektor hätte (Rz 93). Ist eine oder sind mehrere dieser Bedingungen nicht erfüllt, werden die Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gemäss den Beihilfevorschriften geprüft.

[13] Vgl. zur Finanzierung der Flugsicherung Kap. 3 der VFSD.

[14] MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 139 f.

[15] Im Rahmen einer solchen Prüfung sollten andere Verkehrsträger und besonders Hochgeschwindigkeitsbahnverbindungen oder Fährverbindungen über das Meer angemessen berücksichtigt werden, vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. C 99/3 vom4.4.2014, Rz 72.

15. Die in der DAWI-Mitteilung enthaltenen Erläuterungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 13 Abs. 1 LVA können hingegen für die Beurteilung der Unternehmensqualität der Skyguide herangezogen werden. Diese sind auch in der EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe[16] enthalten.

C.2.2 Allgemeine Grundsätze

16. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Als *wirtschaftliche Tätigkeit* gilt jede Tätigkeit, die im Anbieten von Waren und Dienstleistungen auf einem Markt besteht.[17] Der beihilferechtliche Unternehmensbegriff entspricht dabei dem wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff.[18]

17. Da die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten in gewissem Umfang von den politischen Entscheidungen und wirtschaftlichen Entwicklungen in dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängt, ist es nicht möglich, eine abschliessende Liste der Tätigkeiten aufzustellen, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind.[19]

C.2.3 Ausübung hoheitlicher Befugnisse

18. Artikel 107 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 13 Abs. 1 LVA findet keine Anwendung, wenn der Staat als «öffentliche Hand» handelt oder öffentliche Stellen in «ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln». Eine Einheit kann dann als «als öffentliche Hand handelnd» angesehen werden, wenn die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder sie ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist. Sofern der betreffende Mitgliedstaat nicht beschlossen hat, Marktmechanismen einzuführen, stellen Tätigkeiten, die untrennbarer Teil der Vorrechte öffentlicher Gewalt sind und vom Staat ausgeübt werden, im Allgemeinen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar. Beispiele für solche Tätigkeiten sind namentlich die Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle.[20]

19. Für die Qualifikation von Flugsicherungsdienstleistungen als hoheitliche Aufgaben verwies der EuGH auf Art. 1 des Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt[21]. Danach anerkennen die Vertragsstaaten, dass jeder Staat im Luftraum über seinem Hoheitsgebiet volle und ausschliessliche Lufthoheit besitzt. Der EuGH hielt Folgendes fest: «*In ihrer Gesamtheit hängen die Tätigkeiten von Eurocontrol [Europäische Organisation für Flugsicherung] ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen; dies sind typischerweise hoheitliche Vorrechte. Sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags rechtfertigen würde*.»[22]

20. Auch in späteren Kommissionsentscheidungen wird anerkannt, dass der Betrieb eines Flughafens für gewerbliche Zwecke und der Bau einer Flughafeninfrastruktur zwar eine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle[23], dass jedoch Tätigkeiten für die normalerweise der Staat aufgrund seiner hoheitlichen Befugnisse zuständig sei, nicht zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören würden. Zu derartigen Tätigkeiten würden beispielsweise Tätigkeiten in den Bereichen Sicherheit, Flugsicherheit, Polizei, Zoll usw. zählen. Die Finanzierung [dieser hoheitlichen Tätigkeiten] müsse [jedoch] streng auf den Ausgleich der anfallenden Kosten beschränkt sein und dürfe nicht dafür genutzt werden, andere wirtschaftliche Tätigkeiten zu finanzieren.[24]

C.2.4 Qualifikation der Tätigkeiten der Skyguide

C.2.4.1 Hoheitliche Tätigkeiten

21. Das BAZL bejaht auf Rückfrage des Sekretariats, dass es sich bei der Flugsicherung auch gemäss Schweizer Gesetzgebung um eine hoheitliche Aufgabe handle, die gemäss Art. 40*a*^{bis} LFG[25] auf Skyguide übertragen wurde. Gemäss Art. 6 VFSD erbringt die Skyguide unter Vorbehalt der Aufgabenübertragung nach den Artikeln 40*b*[26] und 40*b*^{bis}[27] LFG die Flugsicherungsaufgaben in Anhang 1. Das BAZL bejaht wiederum auf Rückfrage, dass es sich bei allen in Anhang 1 der VFSD aufgeführten Flugsicherungsaufgaben um hoheitliche Aufgaben handle.

---

[16] Fn 5.

[17] EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 5), Rz 7 und 12 m.w.H; DAWI-Mitteilung (Fn 8), Rz 9 und 11, MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 11.

[18] MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 10 f.

[19] EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 16), Rz 15.

[20] EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 16), Rz 17.

[21] Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 (In Kraft getreten für die Schweiz am 4. April 1947), SR 0.748.0.

[22] Urteil des EuGH vom 19. Januar 1994 C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, Rz 20, 27; Urteil des EuGH vom 26. März 2009 C-113/07 P, *Selex Sistemi Integrati/Kommission*, Rz 71.

[23] Vgl. SA.43260 vom 26.10.2018, ABl. C-310/21 vom 13.9.2019, *Flughafen Frankfurt Hahn*, Rz 118 «*In der Rechtssache Aéroports de Paris urteilte das Gericht, dass der Betrieb eines Flughafens, einschließlich der Erbringung von Flughafendienstleistungen für Luftverkehrsgesellschaften und die verschiedenen Dienstleister auf Flughäfen, eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Dies wurde vom Gerichtshof in der Rechtssache Flughafen Leipzig-Halle bestätigt, in der der Gerichtshof entschied, dass der kommerzielle Betrieb eines Flughafens und die Errichtung einer Flughafeninfrastruktur eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Sobald ein Flughafen, unabhängig von seiner Rechtsform und der Art seiner Finanzierung, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, stellt er ein Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar und fällt somit unter die Vorschriften für staatliche Beihilfen*».

[24] SA.27399 vom 1.10.2014, ABl. L34/68 vom 10.2.2016, *Flughafen Zweibrücken*, Rz 174 und 188 ff.

[25] Abs. 1: «*Der Bundesrat kann den zivilen und den militärischen Flugsicherungsdienst ganz oder teilweise auf eine Aktiengesellschaft übertragen.*» Abs. 2: «*Die Gesellschaft muss die folgenden Anforderungen erfüllen: a. Sie darf nicht gewinnorientiert sein. b. Sie muss gemischtwirtschaftlich sein. c. Der Bund muss die Mehrheit am Kapital und an den Stimmen haben. d. Die Statuten bedürfen der Genehmigung des Bundesrates*». Abs. 3: «*Sie muss den zivilen und den militärischen Flugsicherungsdienst aufeinander abstimmen.*» Abs. 4: «*Sie untersteht der Aufsicht durch das BAZL.*»

[26] Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen.

[27] Übertragung der Erbringung von lokalen Flugsicherungsdienstleistungen.

22. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in Anhang 1 der VFSD genannten Aufgaben keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen. In Bezug auf diese Aufgaben ist Skyguide nicht unternehmerisch tätig und erfüllt den Unternehmensbegriff nicht.

C.2.4.2 Wirtschaftliche Tätigkeiten

23. Die Einstufung einer Einheit als Unternehmen erfolgt immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit. Eine Einheit, die sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf erstere als Unternehmen anzusehen.[28]

24. Es gilt somit zu bestimmen, ob und, wenn ja, welche wirtschaftlichen Tätigkeiten Skyguide neben ihren hoheitlichen Aufgaben erbringt. Für die Erbringung von wirtschaftlichen Tätigkeiten wäre Skyguide dann grundsätzlich als Unternehmen zu qualifizieren (vgl. relativierend Rz 28).

25. Um die wirtschaftlichen Tätigkeiten von Skyguide zu identifizieren, bat das Sekretariat das BAZL, diese zu benennen. Das BAZL antwortete darauf wie folgt[29]: Das Geschäftsmodell von Skyguide bestehe aus zwei Gruppen, regulierte und nicht regulierte Tätigkeiten. Die regulierten Aktivitäten würden hauptsächlich durch Luftraumnutzungsgebühren […] oder durch vertraglich vereinbarte Beträge […] finanziert, während die nicht regulierten Aktivitäten durch Gewinne aus Ausschreibungen auf dem freien Markt finanziert würden. Zu den nicht regulierten Aktivitäten würden Technologieaktivitäten (Entwurf, Wartung, Aufrüstung von Navigations- oder Unterstützungsausrüstung, Mess- und Kalibrierdienste für UAV-Navigationsanlagen), Datenmanagement (Bereitstellung von kundenoptimierten Luftfahrtdaten), Betriebsunterstützung (Beratung) und Fluglotsenausbildungsdienste gehören.

26. Aus der Antwort geht nicht klar hervor, ob das BAZL davon ausgeht, dass es sich bei den regulierten Tätigkeiten um hoheitliche Aufgaben handele wohingegen die nicht regulierten Tätigkeiten wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen würden oder ob sich die Ausführungen zum Geschäftsmodell nur auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten beziehen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass regulierte Tätigkeiten wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen können und die Unternehmen somit in Bezug auf diese regulierten Tätigkeiten auch unternehmerisch handeln bzw. als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinn zu qualifizieren sind. Beispielshaft seien hierfür Elektrizitätsversorgungsunternehmen genannt, deren Netztarife zwar reguliert sind, die jedoch auch in Bezug auf die Stromübertragung/-verteilung als Unternehmen zu qualifizieren sind.

27. Unabhängig von der Interpretation der Antwort des BAZL geht daraus hervor, dass die Skyguide zumindest in Bezug auf die genannten Technologieaktivitäten, Datenmanagement, Betriebsunterstützung und Fluglotsenausbildung unternehmerisch tätig ist.

28. Es wird jedoch in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass sich die verschiedenen Tätigkeiten einer Einrichtung nicht immer klar voneinander trennen lassen. Wirtschaftliche Tätigkeiten, die unmittelbar und untrennbar mit einer hoheitlichen Tätigkeit zusammenhängen, sind dann ebenfalls der Anwendung der Wettbewerbs- und Beihilferegeln entzogen. So nennt die Lehre mit Verweis auf die Rechtsprechung beispielsweise die wirtschaftliche Nutzung von Forschungseinrichtungen oder Forschungsinfrastrukturen, soweit diese eine reine Nebentätigkeit zu deren nichtwirtschaftlicher Nutzung darstellt. Auch die wirtschaftliche Verwertung von Forschungsergebnissen, etwa im Wege der Lizenzierung oder der Gründung von Spin-Offs gilt als reine Nebentätigkeit, sofern die Gewinne aus diesen Tätigkeiten in die Ausbildungstätigkeit oder die unabhängige Forschung und Entwicklung reinvestiert werden.[30]

29. Ob die wirtschaftlichen Tätigkeiten von Skyguide *in casu* unmittelbar und untrennbar mit den hoheitlichen Tätigkeiten zusammenhängen, kann aufgrund der Angaben im Beratungsgesuch (inkl. der Präzisierungen auf Rückfrage) vom Sekretariat nicht beurteilt werden. Auch im Falle von detaillierteren Angaben im Beratungsgesuch wäre darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich Aufgabe des BAZL als Fachbehörde wäre, die allenfalls intrinsischen Zusammenhänge zwischen den Aktivitäten zu beurteilen.

C.2.4.3 Konsequenz

30. Unter dem Vorbehalt, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten nicht unmittelbar und untrennbar mit den hoheitlichen Tätigkeiten zusammenhängen, ist die Skyguide sowohl hoheitlich wie auch unternehmerisch tätig.

31. Sollte die «Einheit Skyguide» durch den Bund unterstützt werden, wären die wirtschaftlichen Tätigkeiten zu isolieren. Die Unterstützungsmassnahme zugunsten dieser wirtschaftlichen Tätigkeiten wäre bei der WEKO anzumelden.

32. Sollten einzig die hoheitlichen Tätigkeiten der Skyguide durch den Bund unterstützt werden, wäre sicherzustellen, dass die Unterstützung nicht der gesamten Einheit Skyguide (inkl. der wirtschaftlichen Tätigkeiten) zugutekommt. In diesem Fall müsste die Unterstützungsmassnahme nicht bei der WEKO angemeldet werden, da sie keine mit dem LVA unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen würde.

---

[28] EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 16), Rz 10; MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 18.

[29] Originalantwort: «*Le modèle économique de Skyguide est composé de deux groupes, les activités régulées et non régulées. Les activités régulées sont principalement financées par des redevances d'usagers de l'espace aérien (en-route, approche catégorie I) ou par des montants contractuellement convenus (approche catégorie II, militaire) alors que les activités non régulées sont financées par des gains d'appels d'offre sur le marché libre. Les activités non réglementées regroupent des activités technologiques (conception, entretien, mise à niveau d'équipements de navigation ou de soutien, service de mesure et calibration d'installations de navigation par drones), Management de données (mise à disposition de données aéronautiques optimalisées en fonction des clients), Support opérationnel (consulting) et Services de formation de contrôleurs aériens.*»

[30] MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 5), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 19 m.w.H.

33. Auf Rückfrage des Sekretariats, wie gewährleistet werde, dass eine allfällige Unterstützung des Bundes nur der Begleichung von Defiziten aufgrund hoheitlicher Aufgaben diene, konnte das BAZL keine befriedigende Antwort einreichen. So wurde einzig erläutert, dass der Bundesrat gemäss den Bestimmungen von Art. 40*c* LFG die strategischen Ziele von Skyguide für einen Zeitraum von vier Jahren festlege. Der Verwaltungsrat des Unternehmens erstelle jährlich einen Bericht an den Bundesrat über die Einhaltung dieser Ziele. Eine Zusammenfassung über die Geschäftstätigkeit des Unternehmens sei integraler Bestandteil dieses Berichts und ermögliche es, die finanziellen Ergebnisse des Unternehmens und ihre Auswirkungen auf die Ergebnisse des Unternehmens zu überwachen.[31]

34. Eine *ex post* Kontrolle der Verwendung der Unterstützung scheint jedoch nicht zu genügen. So wäre im Rahmen der geplanten Unterstützungsmassnahme genau festzulegen, dass Unterstützungsleistungen zugunsten von hoheitlichen Tätigkeiten keine wirtschaftlichen Tätigkeiten quersubventionieren dürfen (vgl. Rz 20). Kann dies nicht gewährleistet werden, wäre die Unterstützung zugunsten der wirtschaftlichen Tätigkeiten bei der WEKO anzumelden.

D Fazit

35. Mutmassliche Beihilfen zugunsten von Unternehmen sind der WEKO vorab zur Prüfung gemäss Art. 103 LFG zu unterbreiten. Ist eine Einheit – wie vorliegend Skyguide – sowohl hoheitlich als auch unternehmerisch tätig, unterliegt nur die Unterstützungsmassnahme zugunsten der unternehmerischen Tätigkeit der Beihilfenprüfung durch die WEKO.

36. Kommt das BAZL zum Schluss, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten unmittelbar und untrennbar mit den hoheitlichen Tätigkeiten zusammenhängen, erfüllt die Skyguide die Voraussetzung der Unternehmensqualität und somit eine der Tatbestandsvoraussetzung von Art. 13 Abs. 1 LVA nicht. Es handelt sich bei der geplanten Unterstützung folglich nicht um eine staatliche Beihilfe.

37. Kommt das BAZL zum Schluss, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten nicht unmittelbar und untrennbar mit den hoheitlichen Tätigkeiten zusammenhängen, bezweckt die geplante Unterstützungsmassnahme jedoch nur die Unterstützung der hoheitlichen Aufgaben, so ist *ex ante sicherzustellen*, dass die Unterstützungsmassnahme nicht den wirtschaftlichen Tätigkeiten der Skyguide zugutekommt.

[31] Originalantwort: « Conformément aux dispositions de l'art. 40c LA, le Conseil fédéral fixe pour quatre ans les objectifs stratégiques de Skyguide. Le conseil d'administration de l'entreprise établit un rapport annuel à l'intention du Conseil fédéral sur le respect de ces objectifs. Un compte rendu des activités commerciales fait partie intégrante de ce rapport et permet un suivi du bilan financier de ces dernières et de leur impact sur le résultat de l'entreprise ».

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. Bauleistungen See-Gaster**

Hinweis: Gegen die vorliegende Verfügung hat ein Teil der Verfahrensparteien Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt. Gegenüber diesen Verfahrensparteien ist die Verfügung bislang nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 8. Juli 2016 Fassung für die Publikation in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend

Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

*1. **ANOBA Holding AG**, in Neuhaus,*
*2. **OBERHOLZER Bauleistungen AG**, in Neuhaus,*
*3. **OBERHOLZER Immobilien AG**, in Neuhaus,*

alle drei vertreten durch […];

*4. **Bernet Bau AG**, in Gommiswald,*

vertreten durch […];

*5. **De Zanet AG**, in Kaltbrunn,*

vertreten durch […];

*6. **Hagedorn AG**, in Meilen,*

vertreten durch […];

*7. **Implenia Schweiz AG**, in Dietlikon,*

vertreten durch […];

*8. **Gebr. P. und J. Reichmuth AG**, in Freienbach,*
*9. **Reichmuth Bauunternehmung AG**, in Freienbach,*

beide vertreten durch […];

*10. **Toller Unternehmungen AG**, in Rapperswil,*

vertreten durch […];

*11. **Walo Bertschinger AG St. Gallen**, in St. Gallen,*

vertreten durch […];

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt 885
A.1 Gegenstand der Untersuchung 885
A.2 Parteien 885
A.2.1 Bernet Bau AG 885
A.2.2 De Zanet AG 885
A.2.3 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG 885
A.2.4 Hagedorn AG 886
A.2.5 Implenia Schweiz AG 886
A.2.6 Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, OBERHOLZER Bauleistungen AG und ANOBA Holding AG 886
A.2.7 Toller Unternehmungen AG 887
A.2.8 Walo Bertschinger AG St. Gallen 887
A.3 Begriffe 888
A.4 Verfahren 889
A.4.1 Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchung 889
A.4.2 Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und einvernehmliche Entsiegelungsverfahren 890
A.4.3 Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG 890
A.4.4 Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf 891
A.4.5 Die weiteren Ermittlungshandlungen 891
A.4.6 Gewährung von Akteneinsicht 892
A.4.7 Einvernehmliche Regelung 892
A.4.8 Geltendmachung der […] 892
A.4.9 Versand des Antrags und weitere Gewährung von Akteneinsicht 893
A.4.10 Stellungnahmen der Parteien zum Antrag vom 20. Januar 2016 893
A.4.10.1 Verfahren 893
A.4.10.2 Inhalt der Stellungnahmen 893
A.4.10.2.1 Stellungnahme und Anträge der Bernet Bau 894
A.4.10.2.2 Stellungnahme und Anträge der Hagedorn 895

A.4.10.2.3 Stellungnahme und Anträge der Oberholzer 895
A.4.10.2.4 Stellungnahme und Anträge der Implenia 896
A.4.10.2.5 Stellungnahme und Anträge der Walo 896
A.4.10.2.6 Stellungnahme und Anträge der Toller 896
A.4.10.2.7 Stellungnahme und Anträge der Reichmuth-Gesellschaften 897
A.4.10.2.8 Parteigutachten von Swiss Economics 898
A.4.11 Anhörungen 898
A.5 Kartellrechtlich relevanter Sachverhalt 898
A.5.1 Einleitung 898
A.5.2 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass 899
A.5.2.1 Grundsatz der freien Beweiswürdigung 899
A.5.2.2 Beweismass 900
A.5.2.3 Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung 902
A.5.2.4 Würdigung von verwertbaren Beweisen 902
A.5.2.4.1 Allgemeines 902
A.5.2.4.2 Zum Antrag der Hagedorn auf Entfernung von in Pfäffikon beschlagnahmten Dokumenten aus den Akten 903
a. Vorbringen der Hagedorn 903
b. Würdigung des Antrags der Hagedorn 903
A.5.3 Zusammenarbeit in der Zeit zwischen 1977 bis Anfang 2002 905
A.5.3.1 Projektübergreifende Sitzungen unter Beteiligung der Untersuchungsadressaten und Herausbildung eines gemeinsamen Ziels 905
A.5.3.1.1 Treffen und Beschluss im Jahr 1977 906
A.5.3.1.2 Treffen und Beschluss im Jahr 1988 907
A.5.3.1.3 Treffen am 18. Mai 1994 908
A.5.3.1.4 Treffen am 25. Januar 1995 909
A.5.3.1.5 Treffen am 1. März 1995 913
A.5.3.1.6 Treffen Ende 2001 915
A.5.3.1.7 Zwischenergebnis 915
A.5.3.2 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Verabredungen über die Zuteilung von einzelnen Projekten 917
A.5.3.3 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Regelmässige Treffen und Austausch von Listen («Submissionsprogramme») 925
A.5.3.3.1 Regelmässige Treffen im beschlossenen Rhythmus 925
A.5.3.3.2 Austausch von Submissionslisten zur Abklärung des Marktes und zur Interessensbekundung 928
A.5.3.4 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Teilweise Überwachung einer «gerechten» Verteilung zwischen den involvierten Unternehmen 930
A.5.3.5 Zwischenergebnis 932
A.5.4 Die Zusammenarbeit nach 2002 932
A.5.4.1 Das MA-System 933
A.5.4.1.1 Die Marktabklärungssitzungen und Submissionsprogrammsitzungen 933
a. Jedem der acht Unternehmen war jeweils eine Kennziffer zugeordnet 933
b. Zwischen Ende 2003 und Ende 2009 waren über 100 MA-Sitzungen geplant 934
c. Eine Sitzungsplanung erfolgte auch in den Jahren 2002, 2003 und Anfang 2004 942
d. Von allen acht Unternehmen waren Personen beteiligt 943
e. MA-Sitzungen fanden zwischen Mai 2004 und Juni 2009 regelmässig statt 943
f. Auch von 2002 bis April 2004 fanden regelmässige Treffen zur Besprechung der «Submissionsprogramme» statt 952
g. Ablauf der Sitzungen 952
h. Jedes der acht Unternehmen war von 2002 bis Juni 2009 an Treffen in der Regel anwesend 953
i. Zwischenergebnis zu den Sitzungen zwischen 2002 und Mitte 2009 978
A.5.4.1.2 Die Marktabklärungslisten und die Submissionsprogramme und ihr Austausch 979
a. Beschreibung der Zeilen und Spalten der MA-Listen 979
b. Meldung von Projekten für die MA-Listen bei der De Zanet 982
c. Art, Anzahl und Wert der Bauprojekte auf den MA-Listen und den Submissionsprogrammen 985
d. Dokumentation der Bekundung von Interessen an konkreten auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekten 987
e. Entsprechende Aktualisierung der Listen durch die De Zanet und Versand der aktualisierten Listen 988
f. Die Bedeutungen der Zeilen zu den «Total A-Interessen» sowie den Gesamtwerten 988
g. Zwischenergebnis 990

A.5.4.1.3 Zweck des MA-Systems und Einverständnis aller acht Unternehmen hiermit 990

a. Einleitung: Es geht um den Beweis von inneren Tatsachen 990

b. Zweck der Teilnahme an den MA-Sitzungen und der Geltendmachung von Interessen an einzelnen Projekten: Einvernehmliche Zuteilung von aufgelisteten Projekten und Ermöglichung von Schutzvereinbarungen 991

c. Das weitere Vorgehen nach der Interessensbekundung 1001

d. Einverständnis der acht Unternehmen mit den Regeln des MA-Systems 1004

e. Zwischenergebnis 1005

A.5.4.1.4 Die Koordination nach den MA-Sitzungen: Gemeinsame Festlegungen betreffend die Zuteilung von einzelnen Projekten 1005

a. Angaben der acht Unternehmen 1005

b. Beweiswürdigung und Beweisergebnis: Gemeinsame Festlegung des schutznehmenden Unternehmens und der preislichen Höhen der Gewinnerofferte und der Stützofferten betreffend einzelne Bauprojekte 1006

c. Ausgewählte Beispiele 1011

d. Vorgehensweise bei der Abstimmung der einzureichenden Offerten aufeinander 1023

e. Zwischenergebnis 1031

A.5.4.1.5 Statistische Analysen betreffend die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems 1031

a. Überblick über die Datengrundlage und deren Verwendung 1031

b. Kategorisierung und Quantifizierung der öffentlichen Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und der diesbezügliche Aktivität der acht Unternehmen 1035

c. Vom MA-System betroffene Projekte und Erfolgsquote 1039

d. Das Bieterverhalten während und nach der MAL-Periode 1050

e. Zwischenergebnis 1053

A.5.4.1.6 Zwischenergebnis betreffend das MA-System 1054

A.5.4.2 «Das Eigenoffertsystem» (EO-System) 1055

A.5.4.2.1 Inhalt der Eigenoffertlisten (EOL) und deren Verwaltung (Erstellung, Aktualisierung und Versand) 1055

a. Begriff der Eigenofferte und deren Bedeutung 1055

b. Beschreibung der EO-Listen 1056

c. Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen bei der Implenia 1057

d. Anzahl und Wert der gemeldeten Eigenofferten 1061

e. Erstellung der EOL durch die Implenia und Versand an alle acht Unternehmen 1064

f. Die Rolle der Implenia im EO-System 1065

g. Zwischenergebnis 1066

A.5.4.2.2 Zweck und Funktionsweise des EO-Systems 1066

a. Einleitung 1066

b. Zweck der Meldung von Eigenofferten und Kostenvoranschlägen für die EO-Listen: Sicherung des gemeldeten Projekts vor den Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen 1067

c. Das weitere Vorgehen nach der Meldung der Eigenofferten für die EO-Listen 1075

d. Zwischenergebnis 1077

A.5.4.2.3 Die Umsetzung des EO-Systems 1077

a. Erfolg der Umsetzung 1077

b. Umsetzung am Beispiel ausgewählter Fälle 1078

c. Zwischenergebnis 1082

A.5.4.2.4 Zwischenergebnis betreffend das EO-System 1082

A.5.4.3 Folgen der gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen für den Wettbewerb 1082

A.5.4.4 Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet und Verhältnis zum MAL-Umsatz und zum EOL-Umsatz 1083

A.5.4.5 Überblick über die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet 1086

A.5.4.5.1 Rahmenbedingungen der Konkurrenzsituation 1086

a. Distanzschutz und geografische Gegebenheiten 1086

b. Beschaffungsrecht 1086

c. Preis als entscheidender Wettbewerbsparameter 1087

d. Zwischenergebnis 1088

A.5.4.5.2 Umfang der Konkurrenz im Untersuchungsgebiet 1088

A.5.4.5.3 Zwischenergebnis 1089

A.5.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis 1089

B Erwägungen 1091

B.1.1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes 1091

B.1.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 1091

B.1.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 1092
B.1.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 1092
B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften 1092
B.1.3 Formelles, insbesondere Gewährung des rechtlichen Gehörs 1093
B.1.3.1 Anwaltswechsel der Reichmuth-Gesellschaften 1093
B.1.3.2 Einsicht in die Screening-Datensätze 1094
B.1.3.3 Keine zusätzlichen Erläuterungen der statistischen Analyse notwendig 1094
B.1.3.4 Keine Überarbeitung der statistischen Analyse 1094
B.1.3.5 Schutz von Geschäftsgeheimnissen 1094
B.1.3.5.1 Keine Offenlegung von abgedeckten Informationen 1094
B.1.3.5.2 Keine Offenlegung der Umsätze und Sanktionshöhen der anderen Unternehmen 1095
B.1.3.6 Keine weiteren Beweismassnahmen 1095
B.1.3.7 Anhörung eines Gutachters von Swiss Economics als sachverständiger Zeuge 1096
B.1.3.8 Zwischenergebnis 1096
B.1.4 Verfügungsadressatinnen 1096
B.1.4.1 Allgemeines 1096
B.1.4.2 Adressaten der Verfügung nach Unternehmenszusammenschlüssen und Umstrukturierungen 1096
B.1.4.2.1 Umstrukturierungen vor Erlass der Verfügung 1096
B.1.4.2.2 Praxis und Literatur 1097
a. WEKO-Entscheidung im Fall Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich 1097
b. Rechtsprechung 1097
c. Literatur 1097
d. EU-Kartellrecht 1098
B.1.4.2.3 Sichtweise der WEKO 1099
B.1.4.2.4 Anwendung im vorliegenden Fall 1100
a. Oberholzer 1100
b. Batigroup/Implenia 1102
c. Bernet Bau 1102
d. Reichmuth 1103
B.1.4.3 Adressaten der Verfügung bei gleichbleibenden Konzernverhältnissen 1104
B.1.4.4 Zwischenergebnis 1104
B.1.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede 1105
B.1.5.1 Vorbemerkungen zum Beweismass 1105
B.1.5.2 Wettbewerbsabrede 1105
B.1.5.2.1 Unternehmen gleicher Marktstufen 1105
B.1.5.2.2 Vereinbarung 1105
a. Voraussetzungen einer Vereinbarung 1105
b. Anwendung in casu 1106
c. Vorliegen eines Dauerverstosses 1107
B.1.5.2.3 Abgestimmte Verhaltensweise 1108
B.1.5.2.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 1108
B.1.5.2.5 Zwischenergebnis 1109
B.1.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 1110
B.1.5.3.1 Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe 1110
a. Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen 1110
b. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern 1110
c. Rechtsfolge 1111
B.1.5.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1111
a. Relevanter Markt 1111
b. Zwischenergebnis 1114
c. Aussenwettbewerb 1115
d. Innenwettbewerb 1116
e. Zwischenergebnis 1116
B.1.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 1116
B.1.5.4.1 Erheblichkeit gemäss Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht 1117
B.1.5.4.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis 1117
a. Qualitative Kriterien 1118
b. Quantitative Kriterien 1118
c. Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis 1121
B.1.5.4.3 Zwischenergebnis zur Erheblichkeit 1122
B.1.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 1122
B.1.6 Massnahmen 1123
B.1.6.1 Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung 1123
B.1.6.2 Anordnung von Massnahmen 1125
B.1.6.3 Sanktionierung 1126
B.1.6.3.1 Allgemeines 1126
B.1.6.3.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 1126

a. Adressat der Sanktionierung für das Verhalten des Unternehmens 1126

b. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 1127

B.1.6.3.3 Vorwerfbarkeit 1128

B.1.6.3.4 Bemessung 1128

a. Maximalsanktion 1129

b. Konkrete Sanktionsberechnung 1129

B.1.6.3.5 Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion 1136

a. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion 1136

b. Subsumtion und Ergebnis 1136

B.1.6.3.6 Verhältnismässigkeitsprüfung 1137

B.1.6.3.7 Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG 1137

B.1.6.3.8 Ergebnis 1138

B.1.6.4 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 1139

C Kosten 1139

D Ergebnis 1141

E Dispositiv 1141

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Termine der Marktabklärungssitzungen und Listen 2002-2009 938

Tabelle 2: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Arbeitstyp 986

Tabelle 3: Anzahl der Schutzvergaben pro Unternehmen und Jahr sowie Wert der betroffenen Projekte gemäss HA-Listen 1008

Tabelle 4: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2004 1012

Tabelle 5: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2005 1013

Tabelle 6: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2006 1015

Tabelle 7: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2007 1016

Tabelle 8: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2008 1018

Tabelle 9: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2009 1019

Tabelle 10: Offerteingaben der Ausschreibung […] 1030

Tabelle 11: Anzahl Submissionen und Submissionsvolumen pro Jahr (DOP; 2004–Mitte 2009) 1035

Tabelle 12: Analyse der Zuschläge der Submissionen pro Unternehmen (DOP, 2004–Mitte 2009) 1036

Tabelle 13: Addierte Umsätze der acht Unternehmen für verschiedene Projektgrössen (DOP, 2004-Mitte 2009) 1039

Tabelle 14: Anzahl Projekte und Volumen auf der MAL Anfang der jeweiligen untersuchten Jahre 1040

Tabelle 15: Übersicht auf Projekte der konsolidierten MAL 1040

Tabelle 16: Anzahl und Wert der Submissionen der MAL und DOP 1041

Tabelle 17: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Arbeitstyp 1042

Tabelle 18: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Verfahren 1043

Tabelle 19: Anzahl und Wert der in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (identifizierte Projekte) 1044

Tabelle 20: Anzahl in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (nicht identifizierte Projekte) 1045

Tabelle 21: Auszug aus Tabelle 15 Übersicht über identifizierte MAL-Projekte 1045

Tabelle 22: Analyse der Projekte mit «Schutz» und «Freigabe» aus der MAL 1046

Tabelle 23: Übersicht Anzahl und Wert der identifizierten Projekte der konsolidierten MAL und gemeinsame Anteile der acht Unternehmen daran 1047

Tabelle 24: Umsetzung des MA-Systems und dessen Misserfolge (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL; 2004 Mitte 2009) 1048

Tabelle 25: Anzahl und Volumen (in Mio. CHF) der Versuche, Umsetzung und Misserfolge des MA-Systems pro Jahr (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL) 1048

Tabelle 26: Gemeldete Eigenofferten 2009 1060

Tabelle 27: Gemeldete Eigenofferten 2007, 2008 und 2009 1062

Tabelle 28: Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet in den Jahren 2006, 2007, 2008 1084

Tabelle 29: Anteil der EO-Umsätze in den Jahren 2006, 2007, 2008 an den Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet 1085

Tabelle 30: Umsatz der acht Unternehmen in den Jahren 2011, 2012, 2013 1085

Tabelle 31: Maximalsanktion in CHF 1129

Tabelle 32: Obergrenze für den Basisbetrag 1130

Tabelle 33: Basisbetrag aller Unternehmen 1133

Tabelle 34: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung aller Unternehmen 1139

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob Gesellschaften des Strassen- und Tiefbaugewerbes in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG[1] getroffen haben, indem sie namentlich Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen sowie Informationen über Offertpreise, Teilnahmen an Ausschreibungen wie auch die Zuteilung von Aufträgen respektive Kunden austauschten.

2. Die Darstellung des Sachverhalts ist folgendermassen gegliedert: Zunächst werden die Verfahrensparteien in alphabetischer Reihenfolge dargestellt (siehe Rz 3 ff.). Danach werden allgemeine und für das Verfahren bedeutsame Begriffe zur Verbesserung des Verständnisses der nachfolgenden Ausführungen vorab erläutert (siehe Rz 36 ff.). Anschliessend wird die Verfahrensgeschichte beschrieben (siehe Rz 47 ff.). Danach finden sich Ausführungen zu den für die kartellrechtliche Bewertung massgeblichen Geschehnissen (siehe Rz 119 ff.), welche anschliessend in den Erwägungen (siehe Rz 1083 ff.) der kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

A.2 Parteien

A.2.1 Bernet Bau AG

3. Die Bernet Bau AG (nachfolgend: Bernet Bau; BB) mit Sitz in Gommiswald (SG) entstand aus der 1962 gegründeten Einzelfirma mit Namen Linus Bernet durch die Übernahme von Jules Hagedorn + Sohn (heute: Hagedorn) im Jahre 1990.[2] Die (Jules) Hagedorn AG hielt bis zum 17. September 2006 […] % der Aktien der Bernet Bau. Danach begann die Hagedorn ihren Anteil abzubauen.[3]

4. Am 17. September 2006 erwarb [Vertreter der Bernet], der heutige Verwaltungsratspräsident und Vertreter der Bernet Bau, […] % des Aktienkapitals der Bernet Bau von der Hagedorn.

5. Am 6. August 2008 veräusserte die Hagedorn die übrigen […] % Aktienanteile der Bernet Bau. Von diesen […] % wurden […] % Herrn [Vertreter der Bernet] und […] % der [...] übertragen.[4] Somit hielt zu diesem Zeitpunkt [Vertreter der Bernet] […] % und die [...] […] % der Aktien der Bernet Bau.

6. Seit der Gründung der [...] (5. September 2007) ist [Vertreter der Hagedorn] Präsident des Verwaltungsrats. [Vertreter der Hagedorn] war und ist wiederum Präsident des Verwaltungsrats, Vertreter und Inhaber der Hagedorn.

7. Am 24. Dezember 2009 wurde die [...] gegründet, deren einziges Verwaltungsratsmitglied [Vertreter der Bernet][5] ist. Am 28. Dezember 2009 wurden alle Aktien der Bernet Bau an die [...] übertragen. Sie ist seitdem alleinige Eigentümerin der Bernet Bau.

8. Gemäss Handelsregister ist Bernet Bau im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau tätig, wobei aus dem Act. n° […] hervorgeht, dass sie derzeit den grössten Umsatz im Hoch- und Bahnbau erzielt. Weniger als […] % ihres Umsatzes realisiert sie im Bereich Strassen- und Tiefbau. Bernet Bau ist gegenwärtig hauptsächlich rund um den Zürichsee tätig.[6]

A.2.2 De Zanet AG

9. Die De Zanet AG (nachfolgend: De Zanet; DZ) mit Sitz in Kaltbrunn (SG) wurde 1995 im Handelsregister des Kantons St. Gallen als AG eingetragen. Das Familienunternehmen, das ursprünglich aus einem im Jahr 1904 gegründeten Pflästerungsbetrieb hervorging, ist heute gemäss Handelsregister ein Strassen- und Tiefbauunternehmen.[7] De Zanet erzielt dabei mehr als die Hälfte ihres Umsatzes im Strassen- und Belagsbau und ist vorwiegend im Raum St. Gallen, dem Glarner Land und dem Zürcher Oberland tätig.[8]

A.2.3 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG

10. Die Gebr. P. und J. Reichmuth AG mit Sitz in Freienbach wurde 1975 gegründet und ins Handelsregister des Kantons Schwyz eingetragen. Laut Handelsregister war es insbesondere ihr Zweck, eine Bauunternehmung im Bereich Erd-, Hoch, Tief- und Strassenbau zu betreiben. Im Jahr 2013 erzielte die Gebr. P. und J. Reichmuth AG ungefähr […] ihres Umsatzes im Hochbau.[9]

11. Am 20. März 2013 gründete die Gebr. P. und J. Reichmuth AG die Tochtergesellschaft Reichmuth Bauunternehmung AG mit Sitz in Freienbach und eine Zweigniederlassung in […].[10] Die Reichmuth Bauunternehmung AG ist gemäss Handelsregister in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau tätig.[11] Der Zweck der Gebr. P. und J. Reichmuth AG wurde im Jahr 2014 geändert: Seitdem bezweckt die Gesellschaft laut Handelsregister den Erwerb, die Verwaltung und den Verkauf von Beteiligungen an Unternehmen.[12]

12. Die Reichmuth Bauunternehmung AG ist seit dem 1. Januar 2014 geschäftlich tätig.[13] Die Gebr. P. und J. Reichmuth AG übertrug ihr gemäss Vertrag vom 28. August 2014 und Inventar per 31. Dezember 2013 Aktiven von CHF […] und Fremdkapital von CHF […].[14] Als Gegenleistung erhielt die Gebr. P. und J. Reichmuth hierfür CHF […].[15] Auf der Homepage der Reichmuth

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Handelsregister und http://www.bernetbau.ch/index.php/m=page/id=2 (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[3] Siehe dazu und zum Folgenden Act. n° [...].
[4] Act. n° [...].
[5] Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-115.301.876.
[6] Act. n° [...] und http://www.bernetbau.ch/index.php/m=page/id=2 (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[7] http://zefix.ch/ und www.dezanet-ag.ch/ueber_uns/firmenportrait (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[8] Act. n° [...].
[9] Act. n° [...].
[10] Act. n° [...] und http://zefix.ch/.
[11] Act. n° [...].
[12] Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 190 vom 2.10.2014.
[13] Act. n° [...].
[14] Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 190 vom 2.10.2014.
[15] Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 190 vom 2.10.2014.

Bauunternehmung AG heisst es aktuell, dass der Betrieb «seit 1999 zertifiziert» sei[16] und die Unternehmung «seit Jahrzehnten in der Region» baue[17]. Aus diesen Umständen ist zu folgern, dass seit Anfang 2014 auch die Reichmuth Bauunternehmung AG Trägerin des Hoch-, Tief- und Strassenbaugeschäfts «Reichmuth» ist. Die Reichmuth ist hauptsächlich im Kanton Schwyz und angrenzenden Regionen tätig.[18]

13. Wenn nachfolgend von der «Reichmuth» (oder: RE) die Rede ist, dann ist damit die Gebr. P. und J. Reichmuth AG gemeint, soweit es um Umstände geht, welche sich vor dem 20. März 2013 ereigneten. Wenn Umstände nach diesem Datum von Bedeutung sind, dann sind davon die Gebr. P. und J. Reichmuth AG und die Reichmuth Bauunternehmung AG erfasst.

A.2.4 Hagedorn AG

14. Die Hagedorn AG (nachfolgend Hagedorn, HA) mit Sitz in Meilen (ZH) entstand aus einem im Jahr 1936 gegründeten Pflästerungsbetrieb. Bevor Hagedorn als Jules Hagedorn AG 1975 ins Handelsregister eingetragen wurde, wurde sie als einfache Gesellschaft mit Namen Jules Hagedorn + Sohn mit Gründungsjahr 1962 geführt. 1990 kaufte die Jules Hagedorn AG das Baugeschäft Linus Bernet mit Sitz in Gommiswald (SG) und wandelte es in Bernet Bau AG um. Im Jahr 2005 wurde die Jules Hagedorn AG in Hagedorn AG umbenannt.

15. Im Jahr 2007 wurde die [...] gegründet […].[19]

16. Im Jahre 2008 wurden die letzten Aktienanteile der Hagedorn an der Bernet Bau AG an die [...] bzw. an Herrn [Vertreter der Bernet] verkauft (siehe auch oben Rz 5 ff.),[20] wobei [Vertreter der Hagedorn] Vizepräsident des Verwaltungsrats der Bernet Bau geblieben ist. Zudem gehört [Vertreter der Bernet], Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrats der Bernet Bau, laut Handelsregister bis heute dem Verwaltungsrat der Hagedorn als Vizepräsident an. Hagedorn betreibt neben den Zweigniederlassungen in Rapperswil-Jona (SG), Florastrasse 12, 8640 Rapperswil, und Freienbach (SZ), Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, auch einen Aufbereitungsplatz in Reichenburg (SZ).[21]

17. Gemäss Handelsregister ist die Hagedorn nebst dem allgemeinen Strassen- und Tiefbau im Belags-, Erd-, Umgebungs-, Bahn- und Sportplatzbau sowie in der Entwicklung von Recycling-Baustoffen tätig.[22] Den grössten Umsatz erzielt die Hagedorn heute mit der Durchführung von Strassen- und Belagsarbeiten sowie mit Kanalisationsarbeiten rund um den Zürichsee.[23]

A.2.5 Implenia Schweiz AG

18. Die Implenia Schweiz AG ging aus zahlreichen Unternehmenszusammenschlüssen hervor, welche nachfolgend skizziert werden: Im Jahr 2005 schlossen sich die Zschokke Holding AG und die Batigroup Holding AG zusammen und gründeten die ZB Didumos AG als Holdinggesellschaft. Die ZB Didumos AG wurde am 14. November 2005 in *Implenia AG* umbenannt.[24] Im Rahmen des Zusammenschlusses wurde im Jahr 2006 die Tochtergesellschaft *Implenia Bau AG* gegründet, wobei diese die Baugeschäfte der Batigroup und der Zschokke Holding AG übernahm. Infolge des Umzugs von Genf nach Zürich im Jahr 2013 wurde die Implenia Bau AG in *Implenia Schweiz AG* umbenannt.[25]

19. Die Batigroup Holding AG (nachfolgend: Batigroup; BA) entstand wiederum 1997 aus dem Zusammenschluss der Preiswerk Holding AG, der Schweizerischen Strassenbau- und Tiefbau-Unternehmung AG (Stuag) / Stuag Holding AG und der Schmalz AG Bauunternehmung / Schmalz Holding AG.[26] 1999 kaufte die Batigroup die Georges Leimbacher AG.[27]

20. Die Implenia Schweiz AG (nachfolgend: Implenia, IM) mit Sitz in Dietlikon ist gemäss Handelsregister im Hoch- und Tiefbau tätig.[28] Im 2013 erzielte sie gemäss Act. n° [...] zwischen 70–80 % ihres Umsatzes im Strassen- und Belagsbau.[29] Die für den vorliegenden Fall von Implenia relevante Zweigniederlassung in Siebnen ist vorwiegend im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe tätig.[30]

21. Wenn im Folgenden in Bezug auf Sachverhalte vor dem 14. November 2005 von der Implenia die Rede ist, dann meint dies ihre Rechtsvorgängerinnen (ZB Didumos AG; Zschokke Holding AG und die Batigroup Holding AG).

A.2.6 Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, OBERHOLZER Bauleistungen AG und ANOBA Holding AG

22. Im Jahr 1970 wurde die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen mit Sitz in Goldingen resp. Neuhaus[31] als Bauunternehmung gegründet.[32] Ihr Zweck war laut Handelsregister der Betrieb eines Baugeschäfts.

23. Im Jahr 2003 wurde laut Handelsregister die Oberholzer AG Eschenbach mit Sitz in Eschenbach sowie zwei Zweigniederlassungen in Schmerikon und Bubikon gegründet. Mit Vertrag vom 21. September 2006 ging

[16] Siehe http://www.reichmuth-ag.ch/index.php?p=home (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[17] Siehe http://www.reichmuth-ag.ch/index.php?p=engagement (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[18] Act. n° [...].
[19] Handelsregister des Kantons Schwyz, CHE-113.803.919.
[20] Act. n° [...].
[21] Vgl. Handelsregister und https://www.hagedorn.ch/ueber-uns (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[22] http://zefix.ch/.
[23] www.hagedorn.ch/ueber-uns (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[24] http://www.moneyhouse.ch/u/pub/implenia_schweiz_ag_CH-660.1.947. 996-2.htm (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016); http://zefix.ch/.
[25] http://www.moneyhouse.ch/u/pub/implenia_schweiz_ag_CH-660.1.947.996-2.htm (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[26] http://www.implenia.com/de-ch/implenia/wissenswertes/geschichte.html (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016); http://www.moneyhouse.ch/u/pub/ue/batigroup_holding_ag_CH-170.3.021.372-3.htm (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[27] http://www.moneyhouse.ch/u/leimbacher_ag_CH-130.0.002.441-3.htm (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[28] http://zefix.ch/.
[29] Act. n° [...].
[30] Act. n° [...].
[31] Umzug in den Jahren 2006 und 2007 nach Neuhaus.
[32] http://oberholzer.ag/oberholzer/oberholzer/uebersicht.html (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).

gemäss Spaltungsvertrag ein Teil der Aktiven und Passiven der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen auf die Oberholzer AG Eschenbach über. Zweck der Oberholzer AG Eschenbach war laut Handelsregister stets die Führung eines Unternehmens, welches im Hoch-, Tief-, Strassen- und Bahnbau, im Tunnelbau sowie zusätzlich in allen möglichen Spezialgebieten des Bauwesens tätig ist.

24. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen sowie die Oberholzer AG Eschenbach wurden im Jahr 2012 zu […] % resp. […] % von der ANOBA Holding AG mit Sitz in Eschenbach übernommen.[33]

25. Im Jahr 2013 wurde die Oberholzer AG Eschenbach in OBERHOLZER Bauleistungen AG umbenannt. Zum selben Zeitpunkt wurde die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen in OBERHOLZER Immobilien AG umbenannt. Der Zweck der OBERHOLZER Bauleistungen AG wurde beibehalten. Die OBERHOLZER Immobilien AG bezweckt heute insbesondere Grundstücke und Liegenschaften im In- und Ausland zu erwerben, zu erstellen, zu verkaufen und zu verwalten.

26. Gemäss Act. n° [...] realisierte die OBERHOLZER Bauleistungen AG bzw. die Oberholzer AG Eschenbach im Jahr 2013 […] im Hochbau, gefolgt vom Tief-, Bahn- und Strassenbau.[34] Die OBERHOLZER Bauleistungen AG ist hauptsächlich in den Kantonen Zürich und St. Gallen tätig.[35]

27. Wenn nachfolgend von der «Oberholzer» (oder: OB) die Rede ist, dann ist damit die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen gemeint, soweit es um Umstände geht, welche sich vor der Gründung der Oberholzer AG, Eschenbach (6. Mai 2003) ereigneten. Wenn Umstände nach diesem Datum von Bedeutung sind, dann sind von dieser Bezeichnung bis zur Übernahme durch die ANOBA Holding AG im März 2012 die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen und die Oberholzer AG Eschenbach zusammen erfasst. Wird der Begriff in Bezug auf Umstände verwendet, welche sich nach Übernahme ereigneten, so sind alle drei juristischen Personen von der Bezeichnung «Oberholzer» (oder: OB) umfasst.

A.2.7 Toller Unternehmungen AG

28. Im Jahr 1977 wurde die Toller Strassenbau AG gegründet, welche das Geschäftsinventar der Einzelfirma Alois Toller, Strassenbau, Rapperswil, übernahm und fortan Strassen- und Tiefbauarbeiten durchführte.[36] Im Jahr 1989 gründete(n) die Toller Strassenbau AG bzw. die hinter ihr stehenden natürlichen Personen in Ergänzung zur Strassen- und Tiefbausparte die Toller Gartenbau AG, welche Gartenbauleistungen anbot.[37]

29. Im Jahr 1995 wurden die operativen Tätigkeiten der Toller Gartenbau AG und der Toller Strassenbau AG zusammengelegt[38]. Die Toller Gartenbau AG übernahm dazu das Personal und das Inventar der Toller Strassenbau AG.[39] Die Toller Strassenbau AG war danach «inaktiv»[40] bzw. nur noch im Bereich des Erwerbs, der Verwaltung und der Veräusserung von Immobilien tätig; sie verfügt(e) über keine eigenen Mitarbeiter mehr.[41] Die Toller Gartenbau AG und die Toller Strassenbau AG traten laut Homepage der Toller Unternehmungen AG seit 1995 zusammen als Toller Unternehmungen AG auf.[42]

30. Dementsprechend wurde die Toller Gartenbau AG, deren Zweck schon seit der Gründung darin bestand, Bauarbeiten aller Art auszuführen – die Zweckbestimmung: «insbesondere von Gartenbauarbeiten» wurde im Frühjahr 1997 gestrichen[43] –, im April 1996 in die Toller Unternehmungen AG umbenannt[44]. Im Jahr 2005 übernahm Toller dann alle Anteile der – schon seit der Übernahme des Personals und der Maschinen durch die Toller Unternehmungen AG seit Ende 1995 «inaktiven» – Toller Strassenbau AG.

31. Gemäss Handelsregister führt die Toller Unternehmungen AG Bauarbeiten aller Art aus.[45] Neben ihrem Hauptgeschäft Gartenbau und -pflege, ist sie gemäss Act. n° [...] auch im Strassen- und Tiefbau tätig.[46] Toller führt ihre Bauarbeiten hauptsächlich im Raum Zürich und St. Gallen aus.[47]

32. Wenn nachfolgend von der «Toller» (oder: TO) die Rede ist, dann ist damit die Toller Strassenbau AG gemeint, soweit es um Umstände geht, welche sich vor Übernahme des Strassen- und Tiefbaugeschäfts durch die Toller Gartenbau AG bzw. die Toller Unternehmungen AG vor 1995 ereigneten. Wenn Umstände ab 1995 von Bedeutung sind, dann sind von dieser Bezeichnung die beiden Gesellschaften zusammen erfasst.

A.2.8 Walo Bertschinger AG St. Gallen

33. Die Walo Bertschinger AG St. Gallen (nachfolgend: Walo; WB) mit Sitz in St. Gallen wurde 1971 gegründet und ins Handelsregister eingetragen. Walo besitzt unter anderem zwei Zweigniederlassungen, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind. Die eine Zweigniederlassung befindet sich in Rapperswil-Jona, die andere in Eschenbach.

34. Die Walo Bertschinger AG St. Gallen gehört […].[48] […].[49]

35. Gemäss Handelsregister führt Walo jede Art von Hoch- und Tiefbauten aus.[50] Den grössten Umsatz erzielte die Walo im Jahr 2013 laut Act. n° […] dabei im Strassen- und Belagsbau.[51]

---

[33] Act. n° [...] und http://zefix.ch/.
[34] Act. n° [...].
[35] Act. n° [...]; http://www.oberholzer.ag/oberholzer/oberholzer/portrait.html (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[36] http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1977 (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[37] http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1989 (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[38] Siehe http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1995 (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[39] […].
[40] […].
[41] Act. n° [...], siehe auch http://zefix.ch/.
[42] http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1995 (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[43] SHAB Nr. 84 vom 5.5.1997, S. 3022.
[44] SHAB Nr. 69 vom 10.4.1996, S. 2428.
[45] http://zefix.ch/ (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[46] Act. n° [...].
[47] Act. n° [...].
[48] Act. n° [...].
[49] Act. n° [...].
[50] http://zefix.ch/.
[51] Act. n° [...].

A.3 Begriffe

36. Bevor die Verfahrensgeschichte dargestellt wird, werden nachfolgend einige Begriffe erklärt, wie sie im Rahmen dieser Verfügung verwendet werden.

37. ***Strassen- und/oder Tiefbau***: Die vorliegende Untersuchung betrifft das Bauwesen, genauer den Strassen- und Tiefbau, welcher grob in die vier Sparten «Strassenbau», «Erdbau», «Betoninstandsetzung» sowie «Transporte» unterteilt werden kann. Mit Blick auf den Normkompositionen-Katalog der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (NPK) ist dabei anzunehmen, dass der *Strassenbau* den Entwurf, die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr umfasst. Dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Pflästerung und Asphaltarbeiten) sowie der Bau von Entwässerungsanlagen und Böschungsbefestigungen. Der Erdbau befasst sich demgegenüber mit dem Entwurf, der Herstellung und dem Erhalt von Bauwerken, die an oder unter der Erdoberfläche bzw. unter Verkehrswegen liegen (insbesondere z. B. Aushub/Baugruben, Schüttungen/Dammbauten, Kanalisation, Kabel- und/oder Rohrverlegung). Diese Erdbauarbeiten werden nachfolgend als «*Tiefbau*» bezeichnet. Die Unterteilung bestimmter Arbeiten in Tiefbau einerseits und Strassen- und Belagsbau andererseits, ist nicht immer einfach. Denn es gibt zwar Projekte, bei denen ausschliesslich Strassenbauarbeiten anfallen, und solche, bei denen nur Tiefbauarbeiten anfallen. Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von konkreten Bauprojekten, bei denen sowohl Strassen- als auch Tiefbauarbeiten durchzuführen sind. Die Grenze ist dabei fliessend.[52] Die Gesamtheit der Projekte, bei denen Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten durchgeführt werden müssen, wird als Strassen- und/oder Tiefbauprojekte bezeichnet.

38. ***Submission***: Der Begriff Submission steht im Folgenden für das gesamte Vergabeverfahren eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts von dessen allfälliger Ausschreibung bis zur Erteilung des Auftrags an ein oder mehrere Unternehmen. Je nach Rechtsform des Auftraggebers/Bauherrn kann zwischen öffentlichen und privaten Submissionen unterschieden werden. Das Vergabeverfahren bei Bauaufträgen der öffentlichen Hand ist weitgehend gesetzlich vorgegeben,[53] wobei zwischen offenen und selektiven Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Verfahren unterschieden wird.[54] Submissionen von privaten Aufträgen sind demgegenüber nicht diesen gesetzlichen Vergabe(verfahrens)vorschriften unterworfen. So können beispielsweise die Ersteingaben der an einer privaten Submission beteiligten Anbieter in Abgebotsrunden weiter verhandelt werden.[55] Dabei kontaktiert in der Regel der Bauherr die interessierten Unternehmen und fordert Preisnachlässe. Via Ausschluss der jeweils teuersten Anbieter wird der Kreis der Offerenten kontinuierlich bis zur abschliessenden Vergabe des Auftrags eingeschränkt. Zudem vergeben private Bauherren den Auftrag – je nach Auftragswert – häufig auch ohne Einholung einer Konkurrenzofferte an ein bestimmtes Unternehmen (siehe dazu auch unten Rz 870).

39. ***Arbeitsgemeinschaften (ARGE)***: In Abhängigkeit unter anderem von der Grösse, den betroffenen Arbeiten und dem Durchführungszeitraum eines Projekts kann sich dessen Ausführung in Form einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) anbieten. Dazu verhandeln mehrere Gesellschaften miteinander im Hinblick auf die gemeinsame Ausführung eines Projekts. Einigen sie sich für den Fall des Auftragserhalts auf die Bildung einer ARGE, bei welcher es sich regelmässig um einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR[56] handelt, sind neben anderen offene und stille ARGE denkbar. Bei einer stillen ARGE übernimmt eine Gesellschaft die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegen aussen, also gegenüber dem Bauherrn, auf, ohne diesen über die übrigen, im Falle eines Vertragsabschlusses an der Ausführung als ARGE-Partner beteiligten Gesellschaften zu informieren. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE, liegt eine offene ARGE vor und Vertragspartei im Verhältnis zum Bauherren sind die ARGE-Partner (nicht nur einer hiervon). Möglich, aber nicht zwingend erforderlich, ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, welche Gesellschaften den Auftrag gemeinsam planen und im Falle des Zuschlages ausführen würden. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung wird gemeinsam bewerkstelligt. Gemeinsam ist den hier beschriebenen ARGE-Konstellationen, dass sich die Gesellschaften bezüglich eines bestimmten Auftrags nicht konkurrenzieren, sondern an dessen gemeinsamer Ausführung bereits in der Offertphase[57] interessiert sind. Anders gelagert sind die – im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter interessierenden – Fälle, in welchen eine Gesellschaft, die in der Offertphase am Erhalt eines Auftrags und dessen eigenständiger Ausführung interessiert war, aber nach erfolgter Zuschlagserteilung eine ARGE mit anderen Baugeschäften, auch vormaligen Konkurrenten, zu bilden versucht.[58]

---

[52] Vgl. RPW 2007/1, 105 Rz 50 f., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

[53] Für Ausschreibungen des Bundes: Bundesgesetz vom 16.12.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).
Für Ausschreibungen der Kantone und Gemeinden: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; in der systematischen Sammlung des Zürcherischen Rechts LS 720.1) und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungserlasse (für den Kanton Zürich etwa die Submissionsverordnung vom 23.7.2003, SubV [ZH]; LS 720.11).

[54] Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

[55] Vgl. demgegenüber etwa Art. 11 Bst. c IVöB, wonach Kantone, Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben auf Abgebotsrunden zu verzichten haben.

[56] Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

[57] Während dieser Phase werden ARGE zuweilen auch als Bietergemeinschaften (BIEGE) bezeichnet, da zu der Zeit noch nicht feststeht, ob es effektiv zu einer gemeinsamen Arbeitsausführung (und damit zur Bildung einer ARGE) kommen wird, hängt diese doch von der allfälligen Zuschlagserteilung ab.

[58] Siehe zum Ganzen RPW 2009/3, 199 Rz 12, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

40. ***Subunternehmer***: Eine weitere Art der Zusammenarbeit im Bauwesen besteht im Beizug von Subunternehmern. Subunternehmer sind Vertragspartner der berücksichtigten Anbieterin (also der Gesellschaft, welche den Zuschlag erhielt)[59] und nicht – dies im Gegensatz zu den ARGE-Partnern einer (offenen) ARGE – des Bauherrn; Vertragspartner im Verhältnis zum Bauherrn ist ausschliesslich die berücksichtigte Anbieterin. Subunternehmer werden von der berücksichtigten Anbieterin beigezogen, um bestimmte Arbeiten auszuführen, die diese gegenüber dem Bauherrn schuldet.[60] In einer Branche mit teilweise hohem Spezialisierungsgrad kann es effizient sein, für spezifische Arbeiten auf Bauunternehmen zurückzugreifen, die dafür besonders geeignet sind; bezüglich dergestalt «ausgelagerter» Arbeiten kann alsdann auf die kostspielige Anstellung eigener Facharbeitskräfte, die Anschaffung entsprechender Maschinen sowie den Erwerb des notwendigen Knowhows verzichtet werden.

41. ***Schutz***: Es kam vor, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer (Eigen-)Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Dieses begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt «*Schutz*» von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen einzureichen («*Stützofferten*», siehe dazu Rz 43) als das *geschützte* Unternehmen. Der Bauherr, der seine Zuschlagsentscheidung massgeblich anhand des Preises des Angebots fällt und nichts von den genannten Koordinierungen weiss, wird dann in der Regel dasjenige Unternehmen beauftragen, welches von den anderen Unternehmen mit preislich höheren Offerten geschützt wurde (siehe zum Begriff «Schutz» insbesondere Rz 225 ff.; 232 ff.; 861, 980 ff.).

42. ***Teilschutz***: Bisweilen kam es vor, dass sich nicht alle Unternehmen, welche eine Offerte beim Bauherrn einreichten, an der gemeinsamen Festlegung des geschützten Unternehmens beteiligten. Dies kam vor, wenn sich ein Unternehmen schlichtweg weigerte, ein Unternehmen zu schützen, oder aber, wenn die zusammenarbeiteten Unternehmen nicht wussten, ob weitere Unternehmen eine Offerte einreichen würden. Insbesondere im ersten Fall kam es vor, dass sich zumindest ein Teil der Unternehmen dazu bereit erklärte, eine preislich schlechtere Offerte als das geschützte Unternehmen einzureichen. Dieser Vorgang wird als Teilschutz bezeichnet (siehe zum Begriff «Teilschutz» insbesondere Rz 662, 861).

43. ***Stützofferte***: Wie aus den vorangehenden Erläuterungen hervorgeht, wird unter einer Stützofferte (oder Schutzofferte) eine Offerte verstanden, mit welcher Unternehmen die Einigung über den Schutz eines bestimmten Unternehmens umsetzen (siehe oben Rz 41): Dazu reichen diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, Stützofferten mit höheren Eingabesummen als die Eingabesumme der Offerte des schutznehmenden Unternehmens ein. Der Bauherr, der seine Zuschlagsentscheidung massgeblich anhand des Preises des Angebots fällt und nichts von den genannten Koordinierungen weiss, wird dann in der Regel dasjenige Unternehmen beauftragen, welches von den anderen Unternehmen mittels Stützofferten geschützt wurde (siehe zum Begriff Stützofferte insbesondere Rz 225 ff.; 232 ff.; 861, 980 ff.).

44. ***Eigenofferte***: Unter einer Eigenofferte (nachfolgend: EO) wird eine Offerte verstanden, bei der der Offerent im Vorfeld der Auftragsvergabe die Masse und Flächen aufnimmt, das Leistungsverzeichnis erstellt und eine Offerte inkl. Preisvorschlag für die Ausführung des Projekts einreicht. Man nennt diese Offerte eine «Eigenofferte», weil das Leistungsverzeichnis von dem Bauunternehmen selbst erstellt und nicht vom Bauherrn zur Verfügung gestellt wird (vertiefend dazu Rz 865 ff.). Derartige Eigenofferten werden hauptsächlich von privaten Bauherren verlangt, weil eine private Submission nicht im selben Masse reguliert ist wie Submissionen durch die öffentliche Hand (siehe oben Rz 38).

45. ***Untersuchungsgebiet***: Nachfolgend wird das gemeinsame Gebiet der Bezirke See-Gaster (Kanton St. Gallen), March und Höfe (Kanton Schwyz) als Untersuchungsgebiet bezeichnet.

46. ***Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)***: Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erstellte aus den ihm vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March aus den Jahren 2004 bis 2013 einen Datensatz. Zur Erstellung dieses Datensatzes hat das Sekretariat aus den von den genannten Stellen eingereichten Unterlagen (siehe dazu Rz 754 ff. und Act. n° [...]) alle Offertöffnungsprotokolle, welche Projekte im Untersuchungsgebiet betreffen, in einer Excel-Tabelle erfasst (siehe dazu Rz 754 ff.). Bei den auf der Grundlage des Datensatzes durchgeführten statistischen Analysen wurden fehlerhafte Offerten nicht berücksichtigt. Die Gesamtheit der berücksichtigten Projekte wird nachfolgend als DOP bezeichnet. Der DOP gibt einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet (siehe Rz 775 ff.).

A.4 Verfahren

A.4.1 Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchung

47. Gestützt auf die Resultate einer ökonometrischen Studie der Eröffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen zwischen 2004-2010 vergeben worden sind, sowie nach weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 15. April 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung gemäss Art. 27 KG – Bauleistungen See-Gaster (Verfahrens-Nr. 22-0438).[61] Die Untersuchung wurde dabei – in alphabetischer Reihenfolge – gegen folgende Gesellschaften eröffnet:

[59] Siehe etwa PETER GAUCH, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS für Arthur Meier-Hayoz, Forstmoser/Schluep (Hrsg.), 1982, 151–178, 169.
[60] Vgl. GAUCH (Fn 59), 154.
[61] Act. n° [...].

- Bernet Bau AG;
- De Zanet AG;
- Hagedorn AG;
- Implenia Schweiz AG;
- ANOBA Holding AG sowie die Oberholzer AG Eschenbach, Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Golding;
- Walo Bertschinger AG[62].

48. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat mittels amtlicher Publikation am 23. April 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt[63] und am 30. April 2013 im Bundesblatt[64] bekannt. Niemand begehrte innert der 30-tägigen Frist eine Teilnahme am Verfahren.

49. Am 16. April 2013 und teilweise am Folgetag nahm das Sekretariat, unterstützt von Polizei und IT-Spezialisten, bei fünf Bauunternehmen Hausdurchsuchungen vor (Bernet Bau, De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Walo). Die betroffenen Gesellschaften wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Selbstanzeige und deren Bedeutung aufgeklärt und erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls. Bei Implenia, gegen welche bereits in anderen Verfahren ermittelt wurde, wurde keine Hausdurchsuchung vorgenommen. Dieser Gesellschaft wurde aber ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung sowie ein Dokument zu den Bestimmungen über die Bonusregelung vorab per Fax zugestellt.[65]

50. An den Hausdurchsuchungen wurden Gegenstände gemäss den entsprechenden Protokollen beschlagnahmt sowie elektronische Daten sichergestellt.[66] Ein oder zwei Personen pro Unternehmen wurden während der Hausdursuchungen vor Ort oder in den Räumlichkeiten der Polizei vernommen.[67]

A.4.2 Die Einsprachen gegen die Durchsuchung und einvernehmliche Entsiegelungsverfahren

51. Die Oberholzer und die Walo erhoben Einsprache gegen die Durchsuchung spezifischer Papierdokumente und/oder elektronischer Daten, weshalb die entsprechenden Papierdokumente resp. logischen Kopien vor Ort versiegelt wurden. Mit Schreiben vom 25. April 2013 fragte das Sekretariat bei der Oberholzer nach, ob sie an der Versiegelung der Daten festhalten wolle.[68] Am 3. Mai 2013 zog die Oberholzer sodann die Einsprache zurück. Damit verbunden war die Bitte, bei der Sichtung der elektronischen Daten anwesend sein zu können.[69]

52. Mit Schreiben vom 21. Mai 2013 informierte die Walo, dass die versiegelten Papierdokumente entsiegelt werden können.[70] Die Entsiegelung fand am 23. Mai 2013 in Anwesenheit des Rechtsanwalts der Walo statt.[71] Für die versiegelten elektronischen Daten einigte man sich auf eine einvernehmliche Entsiegelung in den Räumlichkeiten des Sekretariates.[72] Diese fand am 13. August 2013 unter Beisein des Rechtsanwalts der Walo, des Informatikers des Sekretariats und eines Mitarbeiters des Sekretariats, welcher nicht Mitglied des Case-teams war, statt.[73]

53. Die Reichmuth liess auf Ersuchen hin die Papierdokumente und elektronischen Daten, welche bei der Hausdurchsuchung am 22. Oktober 2013 beschlagnahmt worden waren, versiegeln. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2013 zog die Reichmuth die Einsprache für die Papierdokumente zurück. Für die versiegelten elektronischen Daten einigte man sich auf eine einvernehmliche Entsiegelung.[74] Diese fand am 14. Mai 2014 in den Räumlichkeiten des Sekretariats unter Beisein des [Vertreters] der Reichmuth, des Informatikers des Sekretariats und zwei Mitarbeitern des Sekretariats, welche nicht Mitglieder des Case-Teams waren, statt.[75]

A.4.3 Selbstanzeigen gemäss Art. 49a Abs. 2 KG

54. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. April 2013 beantragte die Implenia zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.[76] Sie machte eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG.[77] Am 7. und 23. Mai 2013 reichte sie jeweils eine spezifische Beschreibung der angezeigten Verhaltensweisen sowie eine Liste der betroffenen Projekte ein.[78] Während der Untersuchung wurden drei schriftliche Stellungnahmen auf Fragebögen des Sekretariats eingereicht[79] und drei Ergänzungen in Form von mündlichen Befragungen gemacht[80]. Mit Stellungnahme zu den Akten am 19. Februar 2015[81] und der Eingabe vom 11. Mai 2015[82] bekräftigte Implenia ihre vollumfängliche Kooperation sowie dass sie keine führende Rolle hinsichtlich der angezeigten Verhaltensweisen zukomme. Sie beantragt daher einen vollständigen Sanktionserlass.

55. Auch die Walo reichte eine Selbstanzeige ein. Sie ging per Fax am […] beim Sekretariat ein.[83] Eine erste mündliche Ergänzung dazu erfolgte am selben Tag an der Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Walo in Jona.[84] Mit Schreiben vom […] teilt das Sekretariat der

[62] Gemeint war die «Walo Bertschinger AG St. Gallen» (CHE-105.782.853), welche in dem massgeblichen Gebiet tätig ist.
[63] Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 23.4.2013, Nr. 77.
[64] BBl 2013 2999.
[65] Act. n° [...].
[66] Act. n° [...] bis […].
[67] […]
[68] Act. n° [...].
[69] Act. n° [...].
[70] Act. n° [...].
[71] Act. n° [...].
[72] Act. n° [...].
[73] Act. n° [...] und […].
[74] Act. n° [...].
[75] Act. n° [...].
[76] Act. n° [...].
[77] Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[78] […].
[79] […].
[80] […].
[81] […].
[82] […].
[83] […].
[84] […].

Walo mit, dass ihre Bonusmeldung nicht als Erste eingegangen sei und daher nur noch eine Sanktionsreduktion von maximal 50 % möglich sei.[85] Walo reichte insgesamt zehn Ergänzungen[86] ein, wobei es sich bei vier davon um schriftliche Stellungnahmen zu Fragebögen des Sekretariats[87] und zwei Ergänzungen in Form von mündlichen Befragungen[88] handelte.

A.4.4 Ausdehnung der Untersuchung und deren weiterer Verlauf

56. Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf folgende zwei Unternehmen aus:

- Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Reichmuth Bauunternehmung AG;
- Toller Unternehmungen AG.

57. Das Sekretariat informierte die bisherigen Verfahrensparteien über die Ausdehnung.[89] Ebenso wie bereits die Eröffnung wurde auch die Ausdehnung amtlich publiziert. Innert der 30-tägigen Frist nach Ausdehnung meldeten sich keine Dritten, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten.

A.4.5 Die weiteren Ermittlungshandlungen

58. Das Sekretariat nahm eine eingehende Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie eine Auswertung der elektronischen Daten vor. Die betroffenen Untersuchungsadressatinnen wurden dabei vorgängig über ihre Möglichkeit informiert, diesem Vorgang beizuwohnen. Vertreter der Bernet Bau und der De Zanet machten von diesem Recht Gebrauch. Alle anderen Untersuchungsadressatinnen verzichteten darauf, den Sichtungen der anlässlich der Hausdurchsuchungen erstellten Kopien der elektronischen Daten beizuwohnen.

59. Elektronische Kopien der als Bookmarks qualifizierten Dokumente wurden der jeweils betroffenen Untersuchungsadressatin mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt oder übergeben.[90] Sämtliche betroffenen Untersuchungsadressatinnen mit Ausnahme von Reichmuth[91] nahmen zu ihren Bookmarks Stellung.[92] Aufgrund der Stellungnahmen wurden einige Bookmarks als für die Untersuchung nicht relevant ausgesondert.

60. Am 7. November 2013 hat das Sekretariat Amtshilfegesuche gestützt auf Art. 41 KG bei den Kantonen St. Gallen und Schwyz eingereicht.[93] Gegenstand der Amtshilfegesuche waren alle Offertöffnungsprotokolle im Bereich Strassen- und Tiefbau und die entsprechenden Vergabeentscheide für die Periode 2004 bis 2013. Am 8. November 2013 wurden zudem Amtshilfegesuche auch bei den Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe eingereicht. Bei kleinen Gemeinden wie zum Beispiel St. Gallenkappel, die nur wenige Strassen- und Tiefbauprojekte ausschreiben, verzichtete das Sekretariat darauf, ein Amtshilfegesuch einzureichen.[94] Das Sekretariat stellte zu einem späteren Zeitpunkt fest, dass der Bezirk March, als eigenständige Beschaffungsstelle, Submissionen im Bereich Strassen- und Tiefbau vergibt. Deshalb reichte das Sekretariat beim Bezirk March ebenfalls ein Amtshilfegesuch ein.[95]

61. Die Dokumente wurden vom Bezirk March am 8. Juli 2014 eingereicht.[96] Die anderen angefragten Stellen reichten die angefragten Informationen ebenfalls weitgehend ein.[97] Der Kanton Schwyz konnte dem Sekretariat nur die Offertöffnungsprotokolle der Jahre 2010–2013 zustellen. Die älteren Dokumente standen dem Kanton Schwyz nicht mehr zur Verfügung. Gleichwohl verfügt das Sekretariat bereits über einen Teil der älteren Dokumente, welche im Rahmen eines Pilotprojekts vom Kanton Schwyz zu einem früheren Zeitpunkt dem Sekretariat übermittelt wurden. Diese Dokumente wurden mit Erlaubnis des Kantons Schwyz ebenfalls in die Akten aufgenommen.[98] Den folgenden Behördenstellen war es trotz Nachfrage durch das Sekretariat nicht möglich, sämtliche Offertöffnungsprotokolle und Zuschlagsentscheide einzureichen. Die Gemeinde Jona hat im Jahr 2007 mit der Gemeinde Rapperswil fusioniert. Die vor der Fusion erstellten Offertöffnungsprotokolle der Gemeinde Jona sind nicht mehr auffindbar und liegen deshalb dem Sekretariat nicht vor. Im Jahr 2013 fusionierten die Gemeinden Gommiswald, Ernetschwil und Rieden. Aufgrund dieser Fusion fehlen vereinzelt Offertöffnungsprotokolle der Gemeinde Ernetschwil.

62. Aus den eingereichten Offertöffnungsprotokollen erstellte das Sekretariat im Laufe des Verfahrens den Datensatz Offertöffnungsprotokolle, welcher einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet bietet (siehe dazu Rz 46, 754 ff.).

63. Am 25. November 2013 wurde [Vertreter der Hagedorn] für die Hagedorn[99] einvernommen. Am 6. Dezember 2013 wurde [Vertreter der De Zanet] für die De Zanet[100] einvernommen. Am 6. Mai 2014 wurde [Vertreter der Toller] für die Toller einvernommen. Bei diesen Einvernahmen wurden die Parteien mit gewissen Akten, welche in ihren beschlagnahmten Papieren oder in ihren elektronischen Daten gefunden wurden, konfrontiert. Die beiden Selbstanzeigerinnen wurden am 5. bzw. 6. Juni 2014 vom Sekretariat befragt.[101]

[85] […].
[86] […].
[87] […].
[88] Act. n° [...].
[89] Act. n° [...].
[90] Aus den sichergestellten Dokumenten von Bernet Bau wurden keine Bookmarks (elektronische Beweismittel) vom Sekretariat in die Akten aufgenommen.
[91] Act. n° [...].
[92] […].
[93] Act. n° [...] und […].
[94] Insgesamt sind es 6 Gemeinden: Goldingen, Pfäffikon, Siebnen, Schindellegi, St. Gallenkappel und Wagen.
[95] Vgl. Act. n° [...].
[96] Act. n° [...].
[97] Vgl. Act. n° [...].
[98] Act. n° [...].
[99] […].
[100] […].
[101] […].

64. Am 22. Januar 2014 wurde ein Fragebogen betreffend die Eigenofferten (Fragebogen I) an sämtliche Untersuchungsadressatinnen versandt.[102] Die Antworten zum Fragebogen I gingen beim Sekretariat laufend bis Ende März 2014 ein.[103] Die Implenia und die Walo reichten zusätzlich eine Version ihrer Stellungnahmen im Rahmen ihrer Selbstanzeigen ein.[104] Den Unternehmen Hagedorn, De Zanet und Bernet Bau wurden anschliessend an ihre Stellungnahmen ergänzende Fragen gestellt[105], zu welchen sie ebenfalls Stellung nahmen[106].

65. Am 27. Mai 2014 wurde ein Fragebogen (Fragebogen II) insbesondere betreffend die sog. Marktabklärungen versandt.[107] Die Antworten zum Fragebogen II gingen beim Sekretariat bis am 18. Juni 2014 ein.[108] Bei Reichmuth, Oberholzer, Hagedorn und Walo wurden aufgrund von Unklarheiten in den Antworten des Fragebogens II Rückfragen gestellt.[109] Alle vier Parteien nahmen zu diesen nachträglichen Fragen Stellung.[110]

66. Anfang September 2014 wurde allen Untersuchungsadressatinnen – ausser Hagedorn – eine Anfrage per E-Mail bezüglich der Projekte, welche das Sekretariat noch nicht identifizieren konnte übersandt.[111] Am 11. November 2014 wurde ein Fragebogen zur Abklärung der Konzernverhältnisse (Fragebogen III) versandt.[112] Diese Auskunftsbegehren wurden von den Parteien ebenfalls beantwortet.[113]

67. Zwischen dem 2. März und dem 13. März 2015 führte das Sekretariat eine Serie von Einvernahmen durch, um noch offene Fragen zu klären und die Unternehmen mit dem vorläufigen Beweisergebnis zu konfrontieren.[114] Die Verfahrensparteien hatten die Möglichkeit, an den Einvernahmen der jeweils anderen Verfahrensparteien anwesend zu sein – soweit keine Befragung von Selbstanzeigerinnen erfolgte – und im Anschluss an die behördliche Befragung der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Zusätzlich zu den bereits durchgeführten Einvernahmen wurden am 2. April 2015 [Vertreter der De Zanet] und [Vertreter der De Zanet] für die De Zanet befragt.[115] Die Vertreter von Implenia waren an den Einvernahmen der anderen Verfahrensparteien anwesend.

68. Am 19. März 2015 wurden die Protokolle der Einvernahmeserie den Parteien per WebFTP mit dem Hinweis zugestellt[116], dass sich die Parteien zu ihrer Einvernahme (inkl. vorläufig Beweisergebnis) bzw. zu den Einvernahmen der anderen Verfahrensparteien bis am 20. April 2015 schriftlich äussern können. Auf Gesuch wurde diese Frist bis Mitte Mai 2015 erstreckt. Am 7. April 2015 wurden die Protokolle der Einvernahme der Herren [Vertreter der De Zanet] und [Vertreter der De Zanet] per WebFTP den Parteien zugestellt.[117] Bis Mitte Mai 2015 nahmen die Reichmuth, die Toller und die Oberholzer schriftlich zu den durchgeführten Einvernahmen sowie zum vorläufigen Beweisergebnis Stellung. Die Walo und die Implenia haben hierzu ebenfalls im Rahmen der Bonusmeldung Stellung bezogen.[118]

A.4.6 Gewährung von Akteneinsicht

69. Am 15. Dezember 2014 wurde den Verfahrensparteien nach entsprechender Bereinigung der Akten um Geschäftsgeheimnisse auf elektronischem Weg Akteneinsicht gewährt.[119] Die Einsicht betraf die Akten mit den Nummern 1 bis 309 gemäss Aktenverzeichnis mit Ausnahme der Akten aus den Selbstanzeigedossiers. In diese Akten gewährte das Sekretariat ab dem Datum des Versands des Antrags Einsicht. Die Walo, die Implenia und die Toller nahmen in der Folge zwischen dem 15. Dezember 2014 und Februar 2015 Stellung zu gewissen Aktenstücken.[120]

70. Wie bereits erläutert wurden den Parteien im März und April 2015 die Protokolle der Einvernahmeserie vom Frühjahr 2015 zur Stellungnahme übersandt. Einige Parteien nahmen hierzu Stellung (siehe oben Rz 68).

71. Am 15. Mai 2015 wurden die zwei Datensätze «Datensätze Offertöffnungsprotokolle» und «konsolidierte MAL» (siehe dazu Rz 752 ff.) zusammen mit einer Beschreibung den Parteien auf elektronischem Weg zugestellt (als pdf und Excel-Dateien)[121].

72. Am 18. September 2015 wurde den Verfahrensparteien auf elektronischem Weg erneut Akteneinsicht gewährt.[122] Die Einsicht betraf die Akten mit den Nummern 1 bis 579 gemäss Aktenverzeichnis mit Ausnahme der Akten aus den Selbstanzeigedossiers.

A.4.7 Einvernehmliche Regelung

73. Nachdem eine Verfahrenspartei die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) mit dem Sekretariat erörtert hatte, führte das Sekretariat mit allen Verfahrensparteien Verhandlungen über den Abschluss einer EVR.[123] Die Bernet Bau, die Walo und die De Zanet schlossen eine EVR ab (siehe dazu unten Rz 1315 ff.).[124]

A.4.8 Geltendmachung der […]

74. Die De Zanet machte im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss der EVR geltend, […].[125] Das Sekretariat forderte von der De Zanet daraufhin Belege für ihre Behauptung, welche diese am 28. Juli 2015[126] einreichte. Das Sekretariat berücksichtigte die Angaben der De Zanet und die eingereichten Belege bei den Verhandlungen über den Abschluss der EVR.

[102] Act. n° [...] bis […].
[103] FB I: Act. n° [...].
[104] […].
[105] […].
[106] […].
[107] […].
[108] […].
[109] […].
[110] […].
[111] […].
[112] […].
[113] […].
[114] […].
[115] […].
[116] Act. n° [...].
[117] Act. n° [...].
[118] Act. n° [...].
[119] […].
[120] […].
[121] […].
[122] […].
[123] […].
[124] […].
[125] Act. n° [...].
[126] Act. n° [...].

A.4.9 Versand des Antrags und weitere Gewährung von Akteneinsicht

75. Am 20. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme zu.[127] Zugleich gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 18. September 2015 neu ins Dossier aufgenommen worden waren (vgl. oben Rz 72), soweit diese keine von den Selbstanzeigern stammenden Informationen enthielten.[128] Das Sekretariat informierte die Parteien darüber, dass Akten, welche von den Selbstanzeigern stammende Informationen enthielten, nur unter bestimmten Bedingungen in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden könnten. In solche Selbstanzeiger-Akten nahmen die Oberholzer, die Implenia, die Reichmuth, die Toller und die Walo in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht.[129] In die seit dem 20. Januar 2016 neu hinzugekommenen Verfahrensakten gewährte das Sekretariat fortlaufend Akteneinsicht.[130]

A.4.10 Stellungnahmen der Parteien zum Antrag vom 20. Januar 2016

A.4.10.1 Verfahren

76. Das Sekretariat gab den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 20. Januar 2016 die Möglichkeit, bis zum 3. März 2016 zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Innert dieser Frist verzichtete die De Zanet auf eine Stellungnahme zum Antrag.[131]

77. Die Hagedorn zeigte mit Schreiben vom 2. März 2016 einen Anwaltswechsel an und beantragte die Erstreckung der Stellungnahmefrist bis zum 28. April 2016.[132] Auch die Bernet Bau, die Reichmuth, die Implenia, die Oberholzer, die Toller und die Walo beantragten Fristerstreckung.[133] Ausser für die Implenia wurde diese Frist um die Länge der ursprünglichen Frist bis zum 28. April 2016 erstreckt.[134] Der Implenia gewährte das Sekretariat antragsgemäss eine Fristerstreckung bis zum 18. April 2016, welche später ebenfalls bis zum 28. April 2016 erstreckt wurde.[135] Innert der erstreckten Stellungnahmefrist reichten die Bernet Bau, die Implenia, die Oberholzer, die Toller und die Walo ihre Stellungnahmen zum Antrag ein.[136] Die Implenia und Walo ergänzte ausserdem ihre Selbstanzeige.[137]

78. Die beiden Reichmuth-Gesellschaften hatten bereits am 11. April 2016 mitgeteilt, dass sie den Anwalt gewechselt hätten. Zwei Tage später beantragten sie die Erstreckung der bis zum 28. April 2016 erstreckten Stellungnahmefrist um weitere 30 Tage. Zur Begründung führten die beiden Gesellschaften aus, der neue Rechtsanwalt müsse sich erst einarbeiten. Hierauf antwortend wies das Sekretariat die Reichmuth-Gesellschaften im Einklang mit der Praxis der Wettbewerbsbehörden[138] darauf hin, dass eine zweite Erstreckung einer bereits erstreckten Frist nur beim Vorliegen von qualifizierten Gründen und einer ausführlichen Begründung möglich sei.[139] Um eine sachgerechte Beantwortung der erneuten Fristerstreckungsgesuche vornehmen zu können, bat das Sekretariat daher die Reichmuth-Gesellschaften u. a. um Auskunft darüber, wann sie den neuen Rechtsanwalt erstmals kontaktiert hätten, wann der neue Rechtsanwalt erstmals vom Inhalt des Antrags Kenntnis erhalten habe und welche Vorarbeiten der ehemaligen Rechtsvertretung in welchem Umfang dem neuen Rechtsanwalt vorlägen.[140] Der neue Rechtsanwalt verwies in seinen Antworten auf die Freiheit des Mandatswechsels und auf die anwaltliche Sorgfaltspflicht, welche ihn ohnehin daran hindere auf Vorarbeiten anderer Anwälte zurückzugreifen. Zudem gab der neue Rechtsanwalt an, der Antrag und die Verfahrensakten seien ihm vom ehemaligen Anwalt am 20. April 2016 zugestellt worden, die oben genannten Fragen seien daher «obsolet».[141] Aus Sicht des Sekretariats hatten die Reichmuth-Gesellschaften die massgeblichen Fragen hingegen nicht beantwortet, weshalb das Sekretariat die Frist nicht antragsgemäss erstreckte, sondern lediglich eine Notfrist bis zum 12. Mai 2016 gewährte.[142] Da die Reichmuth-Gesellschaften auch nach Ablauf dieser Notfristen keine Stellungnahme eingereicht hatten, teilte das Sekretariat den Gesellschaften am 18. Mai 2016 mit, dass der Antrag des Sekretariats in Kürze mitsamt den vorliegenden Stellungnahmen der WEKO übersandt[143] und die WEKO voraussichtlich am 6. Juni 2016 entscheiden werde, ob sie auf den Antrag des Sekretariats eintrete.[144] Nachdem das Sekretariat seinen Antrag an die Kommission versandt hatte, gingen beim Sekretariat am 31. Mai 2016 Stellungnahmen der Reichmuth-Gesellschaften zum Antrag ein.[145] Diese leitete das Sekretariat unverzüglich an die Kommission weiter.

A.4.10.2 Inhalt der Stellungnahmen

79. Im Folgenden werden überblicksartig die Inhalte der eingegangenen Stellungnahmen wiedergegeben. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Vorbringen zum Sachverhalt und den gestellten Anträgen erfolgt an entsprechender Stelle in dieser Verfügung.

80. Bereits hier sei vorab auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hingewiesen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt

[127] Act. n° [...].
[128] Act. n° [...].
[129] […].
[130] […].
[131] Act. n° [...].
[132] Act. n° [...].
[133] […].
[134] […].
[135] […].
[136] […].
[137] […].
[138] Siehe dazu «Merkblatt Fristen»; abrufbar unter https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[139] Act. n° [...].
[140] Act. n° [...].
[141] […].
[142] Act. n° [...].
[143] […].
[144] Act. n° [...].
[145] […].

aber nicht, dass in der Verfügung eine Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wären. Vielmehr kann sich die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die für die Entscheidung wesentlichen Punkte beschränken.[146]

81. Weiter ist zu betonen, dass die Parteien gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder basierend auf Art. 29 VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV einen grundsätzlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung haben.[147] Ein Anhörungsrecht zu Rechtsfragen besteht ausnahmsweise, wenn der Betroffene vor überraschender Rechtsanwendung zu schützen ist.[148] Ausnahmsweise kann jedoch selbst von der Anhörung zu einer veränderten rechtlichen Würdigung abgesehen werden, wenn die veränderte rechtliche Würdigung überhaupt keine Auswirkung auf die Verteidigungsrechte haben konnte.[149]

82. Die vorgenannten Ausführungen zum rechtlichen Gehör hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst mehrfach mit Bezug auf das Kartellrecht bestätigt. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass der sich «*Anspruch auf rechtliches Gehör […] grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen*» beschränke. Die Parteien werden gemäss Bundesverwaltungsgericht nur «*ausnahmsweise […] auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessenspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten.*»[150]

A.4.10.2.1 Stellungnahme und Anträge der Bernet Bau

83. In ihrer Stellungnahme vom 26. April 2016 führt die Bernet Bau aus,[151] dass keine Gesamtabrede vorliege. Voraussetzung für eine funktionierende Gesamtabrede sei eine gewisse Verlässlichkeit zugunsten der beteiligten Parteien. Eine solche Verlässlichkeit sei nur dann möglich, wenn ein minimaler Konsens über das Vorgehen und die Kriterien für die Zuteilung von Projekten besteht. Vorliegend sei indessen ungeklärt, nach welchen Kriterien, in welchem Rahmen und in welcher Zusammensetzung die Zuteilung der einzelnen Projekte angeblich erfolgte. Der vorliegende Fall würde sich klar von Fällen unterscheiden, in denen die WEKO bisher von einer Gesamtabrede ausging.

84. Ohne Beurteilung von Einzelsubmissionsabreden könne den Parteien keine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 3 KG nachgewiesen werden, und eine Sanktionierung sei ausgeschlossen. Die Schutzgewährung zugunsten von Bernet Bau und damit die Teilnahme von Bernet Bau an Zuteilungsgesprächen sei nicht bewiesen.

85. Ab 2007 sei die Bernet Bau nur noch an vereinzelten Sitzungen vertreten gewesen (ungefähr 1–2 Mal pro Jahr). Ab 2008 habe die Bernet Bau gar nicht mehr an Sitzungen teilgenommen.[152]

86. Die Interessensbekundungen der Bernet Bau im Jahr 2008 und die scheinbare Zunahme der Interessensbekundungen der Bernet Bau im Jahr 2009 dürfe nicht fehlinterpretiert werden. Die eingetragene Interessensbekundung im Jahr 2008 sei durch den ARGE-Partner Hagedorn schon im Jahr 2007 abgegeben worden; die drei eingetragenen Interessensbekundungen aus dem Jahr 2009 seien nicht von der Bernet Bau abgegeben worden; sie würden Projekte betreffen, welche nicht ausgeführt worden seien und in der Nähe des […] lägen.[153]

87. Das EO-System habe dazu gedient, das Leistungsverzeichnis den übrigen Parteien zur Verfügung zu stellen, damit diese es für die eigene Offertstellung verwenden konnten; damit seien die Eigenofferten für den Bauherrn vergleichbar.[154] In 70-90 % der Fälle sei vom Bauherrn keine Eigenofferte eingeholt; in all diesen Fällen könne es gar nicht zum Schutz bzw. zur Abgabe von Stützofferten gekommen sein; aber selbst da wo Konkurrenzofferten eingeholt worden seien, sei es nicht zu Schutzverhandlungen gekommen bzw. sei derartiges nicht nachgewiesen.[155]

88. Die Bernet Bau stellt die folgenden Anträge:

1. Es sei die Untersuchung 22-0438 gegenüber der Bernet Bau ohne Sanktion und Kostenfolgen einzustellen;
2. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei die zwischen dem Sekretariat und der Bernet Bau vereinbarte einvernehmliche Regelung zu genehmigen.
3. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei gegenüber Bernet eine reduzierte Sanktion von maximal CHF […] zu verhängen.
4. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 seien die gesamten Verfahrenskosten der Untersuchung 22-0438 auf ein verhältnismässiges Mass zu reduzieren, und es sei Bernet ein angemessen reduzierter Anteil an den Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Kosten einer allfälligen Anhörung seien ausschliesslich derjenigen Partei resp. denjenigen Parteien aufzuerlegen, die eine solche verlangt haben.

---

[146] Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

[147] BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER , in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), AUER/MÜLLER/SCHINDLER, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren), N 530.

[148] BGE 126 I 19 ff., insbes. 24 f. E. 2 e und f:. BGE 116 V 182, 185 E. 1a; BGE 115 IA 94, 96 E. 1b; WALDMANN/BICKEL (Fn 147), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N 20; SUTTER (Fn 147), in: Kommentar VwVG, Art. 29 N 12 und Art. 30 N 1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 147), Verwaltungsverfahren, 187, N 530.

[149] BGE 126 I 19, 24 E. 2 d) bb).

[150] Vgl. bereits Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Basel-land Liestal (EBL)/Watt Suisse* u.a.; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 615 f. E. 3.1.3 ff., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, *SFS/Unimarket AG/WEKO*.

[151] Act. n° [...].

[152] Act. n° [...].

[153] Act. n° [...].

[154] Act. n° [...].

[155] Act. n° [...].

A.4.10.2.2 Stellungnahme und Anträge der Hagedorn

89. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016 zum Antrag[156] und an der Anhörung vom 20. Juni 2016 vor der Wettbewerbskommission[157] führte die Hagedorn aus, dass das Sekretariat in seinem Antrag nicht bewiesen habe, dass eine Gesamtabrede vorliege. Swiss Economics, eine durch Hagedorn, Oberholzer, Reichmuth und Toller beauftragte ökonomische Beratungsfirma, habe den Antrag ökonomisch überprüft und das Vorliegen einer Gesamtabrede verneint. Swiss Economics habe belegt, dass die ökonomischen und statistischen Argumente des Sekretariats nicht plausibel seien. Wie Hagedorn in ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016 dargelegt habe, seien auch die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesamtabrede nicht erfüllt. Schliesslich stehe der Antrag im klaren Widerspruch zur bisherigen Fallpraxis der Wettbewerbskommission hinsichtlich Gesamtabreden.

90. Selbst wenn man eine Gesamtabrede unterstellen würde, wäre diese nicht erheblich. Sie hätte sodann spätestens im April 2008 ein Ende gefunden, womit im Hinblick auf eine Sanktion die Verjährung eingetreten sei.

91. Das Sekretariat habe sich in seinem Antrag praktisch ausschliesslich mit dem Versuch befasst, eine Gesamtabrede nachzuweisen, was misslungen sei. Das Sekretariat habe darauf verzichtet, Individualabreden nachzuweisen. Die Parteien könnten folglich aufgrund des Antrags auch nicht für einzelne angebliche Individualabreden gebüsst werden.

92. Das Sekretariat stütze sich in seinem Antrag im Übrigen sehr weitgehend auf Beweismittel ab, welche bei der Hausdurchsuchung der Räumlichkeiten von Hagedorn in Pfäffikon gefunden worden seien. Für diese Hausdurchsuchung liege kein rechtmässiger Durchsuchungsbefehl vor. Die bei Hagedorn in Pfäffikon beschlagnahmten Beweismittel unterlägen deshalb einem Beweisverwertungsverbot und dürften nicht verwendet werden.

93. Die Hagedorn stellt die folgenden Anträge[158]:

1. Die Untersuchung sei vollumfänglich ohne Folgen für Hagedorn einzustellen.
2. Eventualiter sei davon abzusehen, Hagedorn eine Sanktion aufzuerlegen.

94. Die Hagedorn stellt ausserdem u. a. die folgenden Verfahrensanträge:

1. Es seien sämtliche Unterlagen, welche anlässlich der Hausdurchsuchung bei Hagedorn In Pfäffikon beschlagnahmt wurden, aus den Untersuchungsakten zu entfernen und im Verfahren nicht zu beachten.

   Eventualiter sei über die Nichtentfernung der anlässlich der Hausdurchsuchung bei Hagedorn in Pfäffikon beschlagnahmten Unterlagen eine Zwischenverfügung zu treffen.
2. Es sei eine Parteianhörung mit Hagedorn im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG durchzuführen.

A.4.10.2.3 Stellungnahme und Anträge der Oberholzer

95. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016 zum Antrag[159] und an der Anhörung vom 20. Juni 2016 vor der Wettbewerbskommission[160] führte die Oberholzer aus, dass sie mit einem unbegründeten Antrag und einer unverhältnismässig hohen Sanktion konfrontiert sieht. Das Sekretariat würde ein falsches Bild eines angeblich seit Jahrzehnten bestehenden Rotationskartells zwischen den Untersuchungsadressatinnen darstellen. Jedoch gab es – auch vor 2002 – nie eine umfassende Gesamtabrede, sondern höchstens einzelne Absprachen, wenn es aus der Sicht aller Beteiligten bei einem einzelnen Projekt gepasst hat. Eine Gesamtabrede ohne vereinbarten Quoten oder Kompensationszahlungen könne nicht funktionieren. Die MA-Sitzungen hätten nur den Informationsaustausch gedient, damit die Parteien besser ihre Kapazitäten planen können. Dabei wurden aber keine Details über interne Strategien oder Planungen der einzelnen Unternehmen preisgegeben.

96. Es könne kein einziger Beleg für eine konkrete Einzelsubmissionsabrede in Bezug auf Oberholzer vorgelegt werden. Das Parteigutachten des Swiss Economics bestätigt auch keine Gesamtabrede. Dementsprechend fehle es auch an jeder Grundlage, Oberholzer für den gesamten Umsatz des als relevant erkannten Markts zu sanktionieren. Zudem würde die Sanktionierung nicht berücksichtigen, dass sich Oberholzer masseglich anders verhalten hat, als andere Untersuchungsadressatinnen. Insbesondere, dass Oberholzer sich ab dem Jahr 2007 generell passiv verhalten hat. Schliesslich sei eine Sanktionierung in Bezug auf Oberholzer bereits verjährt, da das Sekretariat nach dem 15. April 2008 keine einzige Einzelsubmissionsabrede, an der Oberholzer beteiligt war, nachweisen könnte.

97. Die Oberholzer stellt die folgenden Anträge:

1. Die Untersuchung gegen die ANOBA Holding AG sei gemäss Ziff. 4 des zugestellten Dispositivs ohne Kostenfolge einzustellen.
2. Die Untersuchung gegen die OBERHOLZER Bauleistungen AG und die OBERHOLZER Immobilien AG sei entgegen den Ziffern 1, 3.3 und 5 des zugestellten Dispositivs ohne Kostenfolge einzustellen.
3. Es sei Akteneinsicht in die ökonomische Studie (die zur Eröffnung der Untersuchung geführt hat) der Offertöffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen von 2004 bis 2010 vergeben worden sind (inkl. entsprechende Datensätze), zu gewähren.

[156] Act. n° [...].
[157] Act. n° [...].
[158] Act. n° [...].
[159] Act. n° [...].
[160] Act. n° [...].

4. Es seien die Auswirkungen der behaupteten Submissionsabreden zu untersuchen. Insbesondere seien zu diesem Zweck die Kostenvoranschläge (der Vergabestellen selbst oder der beauftragten Ingenieurbüros) eines repräsentativen Anteils der vom Sekretariat berücksichtigten öffentlichen Vergabeverfahren sicherzustellen und diese den Vergabesummen des jeweiligen Zuschlagempfängers gegenüber zu stellen.
5. Es sei Herr […], […], (Tel. […] oder […]), […], als Zeuge zur Vergabepraxis im Untersuchungsgebiet (insbesondere der Gemeinde [E im Bezirk See-Gaster]) in den Jahren 2004 bis 2009 zu befragen.
6. Die statistische Analyse sei entsprechend den Erkenntnissen des ökonomischen Gutachtens von Swiss Economics vom 27. April 2016 anzupassen und ihnen erneut zur Stellungnahme zuzustellen.
7. Es sei offenzulegen, wie die Quantifizierung der Erfolgschancen der Marktabklärungsliste berechnet wurde (vgl. Rz. 672 ff. des Antrags).
8. Es sei Akteneinsicht in die Angaben von De Zanet zur finanziellen Lage von De Zanet zu gewähren, wobei Geschäftsgeheimnisse in Bezug auf konkrete Zahlen – wie üblich – als Bandbreiten darzustellen seien.
9. Nach Vornahme der zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen und vor Erlass einer Verfügung sei die OBERHOLZER Bauleistungen AG anzuhören.
10. Eventualiter zu Antrag 2: Von einer Sanktion gegen die OBERHOLZER Bauleistungen AG und die OBERHOLZER Immobilien AG sei entgegen Ziff. 3.3 des vom Sekretariat beantragten Dispositivs abzusehen.

A.4.10.2.4 Stellungnahme und Anträge der Implenia

98. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016[161] führt die Implenia aus, dass die Ziffer 1.2 und 1.3 des beantragten Dispositivs, welche eine Offenlegungspflicht bei ARGE auf allen Verfügungsadressatinnen auferlegt, auch diejenige welche keine EVR unterzeichnet haben, unzulässig sei. Zudem sei die Offenlegungspflicht nicht verhältnismässig, nicht hinreichend bestimmt und räumlich überschiessend. Implenia stellt den Antrag diese Ziffern zu streichen.

A.4.10.2.5 Stellungnahme und Anträge der Walo

99. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016[162] führt die Walo aus, dass der beantragte Prozentsatz von 8 % für den Basisbetrag, eine Verschärfung gegenüber den Fällen im Kanton Zürich und Aargau darstellt. Denn im Unterschied zu diesen Fällen wird nicht ausschliesslich der Umsatz von Einzelprojekten, im Hinblick auf die eine Submissionsabrede vorgeworfen wird, berücksichtigt. Vielmehr werde vorliegend der gesamte Umsatz im Untersuchungsgebiet zur Berechnung der Basis der Sanktionsberechnung herangezogen. Die beantragte Sanktion zuzüglich der Verfahrenskosten würde für Walo eine hohe Last darstellen im Verhältnis zu dem von der Niederlassung erzielten Gewinn. Die Walo beantragt die EVR sei zu genehmigen und die Sanktion sei herabzusetzen.

A.4.10.2.6 Stellungnahme und Anträge der Toller

100. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016[163] führt die Toller aus, dass der Antrag des Sekretariats verschiedene Sachverhalte darstelle, die das Vorliegen einer Gesamtabrede unter den acht Untersuchungsadressaten belegen sollen. Diese Sachverhaltselemente seien entweder nicht bewiesen und/oder untauglich, um das Vorliegen einer Gesamtabrede zu beweisen.

101. Aus dem angeblichen Informationsaustausch, soweit er denn unter den Untersuchungsadressaten überhaupt stattgefunden hat, gehe nicht hervor, ob es zu Submissionsabreden gekommen sei (Marktabklärungslisten und Eigenoffertlisten). Insbesondere beinhaltete der Informationsaustausch keinen Austausch von Preisen oder Informationen über die Zuteilung von Projekten. Für eine angebliche Koordination ausserhalb der MA-Sitzungen, wie sie für eine gewisse Zeit von den Selbstanzeigerinnen behauptet wird, liegen keine Beweise vor. Die Aussagen der Selbstanzeigerinnen seien zum einen untauglich, um eine Gesamtabrede zu belegen und zum anderen teilweise widersprüchlich oder stünden in Widerspruch zu Dokumentenbeweisen und Aussagen der anderen Untersuchungsadressaten. Beweise für Absprachen in Einzelfallen enthalte der Antrag keine. Schliesslich stütze sich das Sekretariat – mangels anderen Beweisen für eine Gesamtabrede – auf eine ökonometrische Analyse, die allenfalls für ein Marktscreening verwendet werden könne, die jedoch ungeeignet sei, um Vorliegen, Dauer und Umsetzung der Gesamtabrede zu beweisen.

102. Trotz Hinweisen von Untersuchungsadressaten und in den Akten sowie Informationen aus früheren kartellrechtlichen Verfahren gehe der Antrag des Sekretariats demgegenüber nicht auf die Bedeutung des Baumeisterverbandes und dessen Meldesystem für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ein.

103. Die Akten und Aussagen der Untersuchungsadressaten würden zudem belegen, dass Toller (als schwergewichtig im Gartenbau tätiges Unternehmen) im Rahmen der Strassenbauervereinigung lediglich eine passive Rolle eingenommen habe und sich bereits seit 2004 (Marktabklärung) und damit kurze Zeit nach Entstehung der Strassenbauervereinigung bzw. nach 2007 (Interessensbekundungen und Sitzungsteilnahme) nicht mehr im Rahmen der Strassenbauervereinigung betätigt habe. Beweise für eine Involvierung von Toller in einzelne Submissionsabreden enthalte der Antrag keine. Die

[161] Act. n° [...].
[162] Act. n° [...].
[163] Act. n° [...].

passive Rolle von Toller würde sich wiederspiegeln auch in den anfänglichen Aussagen beider Selbstanzeigerinnen, die Toller nicht als involvierte Partei erwähnt hätten (Implenia) bzw. eine Involvierung von Toller sogar explizit verneint hätten (Walo). Auch lieferte die ökonometrische Studie, welche gemäss Antrag der Auslöser des Verfahrens war, offenbar keine Hinweise auf eine Involvierung von Toller, da die Untersuchung erst nachträglich auf Toller ausgeweitet worden sei.

104. Der Markt sei bedeutend enger abzugrenzen ist als ein Gesamtmarkt für Strassen-und/oder Tiefbauleistungen. Zudem sei der passiven Rolle gewisser Untersuchungsadressaten nicht nur – wie im Antrag – bei der Festlegung des Basisprozentsatzes für alle Untersuchungsadressaten, sondern insbesondere auch bei der individuellen Sanktionsbemessung der sich eben passiv verhaltenden Unternehmen zu berücksichtigen.

105. Es überzeuge nicht, wenn nun Aussagen von Toller im Antrag lückenhaft, widersprüchlich und zum Teil falsch wiedergegeben werden. Dies sei zu korrigieren.

106. Die Toller stellt u. a. die folgenden Anträge:

1. Die Untersuchung sei ohne Kostenfolgen zulasten der Untersuchungsadressaten einzustellen.
2. Eventualiter sei die Untersuchung gegen die Toller Unternehmungen AG ohne Kostenfolgen einzustellen.
3. Sub-Eventualiter sei davon abzusehen, der Toller Unternehmungen AG eine Sanktion aufzuerlegen.
4. Subsub-Eventualiter sei die beantragte Sanktion gegen die Toller Unternehmungen AG zu reduzieren; insbesondere sei auch der mittels dieser Stellungnahme neu bezifferte relevante Umsatz der Sanktionsbemessung zugrunde zu legen.
5. Die Kosten der Untersuchung seien vom Staat zu tragen.
6. Es sei den Parteien Einsicht in die Resultate und Grundlagen (Datensätze etc.) der ökonometrischen Studie der Eröffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen zwischen 2004–2010 vergeben worden sind, zu gewähren.
7. Es seien den Parteien sämtliche Codierungen zugänglich zu machen, welche das Sekretariat im Rahmen der ökonometrischen Analyse vorgenommen hat.
8. Es sei den Parteien zu erläutern, wie die Erfolgsquoten der Marktabklärungslisten berechnet worden sind und den Parteien die Unterlagen zukommen zu lassen, mit denen diese Berechnung nachvollzogen und überprüft werden kann.
9. Die ökonometrische Analyse des Sekretariats sei gemäss ökonomischen Gutachten von Swiss Economics in Beilage 128 zu überarbeiten und den Parteien zur erneuten Prüfung und Stellungnahme zuzustellen.
10. Es seien den Parteien die vollständigen internen Listen der Hagedorn AG offenzulegen.
11. Den Parteien sei offenzulegen, welche Unternehmen den Ziffern in Tabelle 12 des Antrags zuzuordnen sind.
12. Für den Fall, dass an einer Sanktionierung von Toller Unternehmungen AG festgehalten wird, sei der relevante Umsatz, welcher der Bemessung der Sanktion für die Toller Unternehmungen AG zugrunde gelegt war, den mittels dieser Stellungnahme bezifferten Angaben entsprechend anzupassen. Falls das Sekretariat von der durch die Toller Unternehmungen vorgenommene Bezifferung abweichen sollte, sei dies zu begründen und der Toller Unternehmungen AG Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen.
13. Es seien die Sanktionen, die für die anderen Untersuchungsadressaten beantragt werden, anhand der Informationen zu den Umsätzen der Parteien zu plausibilisieren und den Parteien die Sanktionen oder, eventualiter, Bandbreiten der Sanktionen, die für die anderen Untersuchungsadressaten beantragt werden, offenzulegen.
14. Die Sanktionsreduktion mit Bezug auf die De Zanet AG sei zu plausibilisieren; insbesondere sei den Parteien Einsicht in die Akten betreffend die finanzielle Situation von De Zanet zu gewähren.

A.4.10.2.7 Stellungnahme und Anträge der Reichmuth-Gesellschaften

107. In ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2016 führt die Geb. P. und J. Reichmuth AG (nachfolgend: Reichmuth) aus,[164] dass es keine kartellrechtlich relevante Gesamtabrede vorliege. Dafür bestehen keine hinreichenden Beweise. Zudem widerspreche diese Annahme der ökonomischen empirischen Evidenz. Schliesslich widerspreche das Vorgehen des Sekretariats der Entscheidpraxis der WEKO selbst. Schliesslich sei Reichmuth zu keinem Zeitpunkt an einer – selbst theoretisch unterstellten – Gesamtabrede beteiligt gewesen. Die sachliche sowie räumliche Marktabgrenzung seien willkürlich und nicht evidenzbasiert. So sei die Reichmuth nicht auf dem räumlich relevanten Markt «See-Gaster» tätig. Die Märkte, auf denen die Reichmuth tätig sei, würden von einer vermeintlichen Gesamtabrede nicht tangiert.

108. Die Reichmuth sei zu keinem Zeitpunkt auf dem relevanten Markt tätig gewesen. Sie konnte mithin eine Wettbewerbsbeeinträchtigung weder bezwecken noch bewirken. Eine wie auch immer geartete behauptete Erfolgsquote stosse – soweit es die Reichmuth betrifft – somit ab ovo ins Leere. Eine Belastung habe sich an den Umsätzen gemäss KG und der SVKG zu orientieren. Auf den möglicherweise betroffenen Märkten «See-Gaster» habe die Reichmuth keine Umsätze (mangels Tätigkeit) erzielt.

109. Soweit ein Kartellrechtsverstoss unterstellt werde, so könne ein solcher – wenn überhaupt – nur bis Mitte 2008 angedauert haben. Mit anderen Worten sei eine Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht mehr möglich, sondern verjährt.

[164] Act. n° [...].

110. Die Reichmuth stellt die folgenden Anträge:

1. Das Verfahren 22-0438 gegen Reichmuth sei ohne Folgen einzustellen.
2. Eventualiter zu 1. sei von einer Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG abzusehen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Reichmuth eine Ergänzung der Stellungnahme nach Massgabe von Art. 32 VwVG sowie Anträge vorbehält.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Wettbewerbskommission.

111. In ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2016 führt die Reichmuth Bauunternehmung AG (nachfolgend: Reichmuth Bauunternehmung) aus,[165] dass die Reichmuth Bauunternehmung nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes falle. Die Reichmuth Bauunternehmung sei nämlich erst 2013, d. h. nach dem Ende der Dauer der vermeintlichen Gesamtabrede, gegründet worden. Sie sei auch zu keinem Zeitpunkt Rechtsnachfolgerin der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gewesen.

112. Da die Reichmuth zum Zeitpunkt des vermeintlichen Kartellrechtsverstosses über keine Rechtspersönlichkeit verfügen konnte, komme sie als Verfügungsadressatin – auch mangels Rechtsnachfolge – von vorneherein nicht in Betracht.

113. Falls die WEKO trotzdem zum Schluss kommt, dass die Reichmuth Bauunternehmung Verfügungsadressatin ist, wiederholt die Reichmuth Bauunternehmung dieselbe Ausführungen wie in Rz 107 bis 109.

A.4.10.2.8 Parteigutachten von Swiss Economics

114. Die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth und die Toller haben Swiss Economics beauftragt, die statistische Analyse des Sekretariats zu überprüfen. Ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben sie ein entsprechendes Gutachten beigelegt.[166] Entsprechend dem Wunsch der Parteien hat ein Vertreter von Swiss Economics das Parteigutachten der WEKO an der Anhörung vom 20. Juni 2016 mündlich vorgestellt und stand für Fragen zur Verfügung.[167]

115. Das Parteigutachten zieht im Wesentlichen zwei Schlüsse: Erstens habe eine allfällige Abrede eher bis im März 2008 als bis im Juni 2009 gedauert und zweitens müssten die Veränderungen im Bieterverhalten durch andere Ursachen verursacht worden sein. Genauer wird auf das Parteigutachten eingegangen, soweit es für die Erstellung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts notwendig und geboten ist (siehe insbesondere Rz 842 ff.).

A.4.11 Anhörungen

116. Das Sekretariat forderte die Parteien auf, mitzuteilen, ob sie durch die WEKO angehört werden wollen.[168] Nur die Hagedorn und die Oberholzer erklärten, dass sie durch die Kommission angehört werden wollten.[169] Die anderen Unternehmen verzichteten auf eine Anhörung.[170] In der Folge lud das Sekretariat [Vertreter der Hagedorn] für die Hagedorn und [Vertreter der Oberholzer] für die Oberholzer vor.[171] Die WEKO sah keine Notwendigkeit, weitere Personen anzuhören, und verzichtete daher auf die Anhörung weiterer Unternehmen.

117. Die WEKO hörte die Hagedorn und die Oberholzer am 20. Juni 2016 an. Dies beinhaltete Folgendes:[172] Die Rechtsanwälte der beiden Unternehmen hielten jeweils ein Plädoyer, ein Vertreter von Swiss Economics erläuterte das ökonomische Gutachten, welches Swiss Economics im Auftrag der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller erstellt hatte und die WEKO befragte [Vertreter der Hagedorn] und [Vertreter der Oberholzer] zum Sachverhalt. Während der Anhörung waren auch Vertreterinnen und Vertreter der Implenia, der Reichmuth und der Toller anwesend. Sie erhielten Gelegenheit, Fragen zu stellen.

118. Den Anträgen der Hagedorn und der Oberholzer, angehört zu werden, wurde damit entsprochen. Das gleiche gilt für die Anträge, den Parteigutachter anzuhören. Bezüglich des Inhalts der Anhörung sei an dieser Stelle auf die Akten verwiesen.[173] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den an der Anhörung geltend gemachten Parteistandpunkten erfolgt – soweit dies für die Erstellung des entscheidrelevanten Sachverhalts notwendig ist – an entsprechender Stelle in dieser Verfügung.

A.5 Kartellrechtlich relevanter Sachverhalt

A.5.1 Einleitung

119. Wie einleitend erläutert, ist Gegenstand der Untersuchung, inwiefern Unternehmen des Strassen- und Tiefbaugewerbes aus den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe zusammengearbeitet haben, um hinsichtlich in diesen Gebieten vergebener Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (wiederholt) gemeinsam vor Ablauf der Eingabefrist den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen der Gewinnerofferte und der Stützofferten festzulegen. Nachfolgend wird dargelegt, ob, und wenn ja, inwiefern dies der Fall war.

120. Dazu werden im Folgenden zunächst Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen gemacht (siehe Rz 122 ff.). Anschliessend wird auf die Zusammenarbeit von Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Zeitraum zwischen 1977 und 2002 eingegangen (siehe dazu Rz 150 ff.). Dies deshalb, weil dies für das Verständnis der Zusammenarbeit der acht Unternehmen De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia bzw. deren Rechtsvorgängerin Batigroup, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 sowie die entsprechenden Beweisergebnisse von grosser Bedeutung ist. Denn wie nachfolgend gezeigt wird, arbeiteten sieben der gerade genannten Unternehmen (ohne die

[165] Act. n° [...].
[166] […].
[167] Vgl. Act. n° [...].
[168] Act. n° [...].
[169] […].
[170] […].
[171] […].
[172] […].
[173] […].

Bernet Bau) teilweise seit den 1970er Jahren auf die gleiche Art und Weise zusammen wie sie es – zusammen mit der Bernet Bau – in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 ebenfalls taten (siehe zum Zeitraum 2002 bis Mitte 2009 Rz 280 ff.). Am Ende dieses Abschnitts wird auf die Folgen der Zusammenarbeit der acht Unternehmen (siehe Rz 1035 ff.), die Umsätze der acht Unternehmen (siehe dazu Rz 1039 ff.) sowie auf die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet (siehe dazu Rz 1045 ff.) eingegangen. Der Abschnitt wird durch ein zusammenfassendes Beweisergebnis abgeschlossen (siehe dazu Rz 1039 ff.).

121. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, beinhaltete die Zusammenarbeit der genannten acht Unternehmen insbesondere die Führung von Marktabklärungslisten (sog. MA-Listen) bzw. Submissionsprogrammen sowie Eigenoffertlisten (sog. EO-Listen) sowie die Veranstaltung von alle zwei bis vier Wochen stattfindenden Treffen («Marktabklärungssitzungen», MA-Sitzungen). In deren Folge legten die acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – wiederholt betreffend konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte in den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe gemeinsam vor Ablauf der Eingabefrist das Gewinnerunternehmen sowie die Höhe der Eingabesummen der Gewinnerofferte und der Stützofferte(n) fest. Wie noch gezeigt wird, haben die acht Unternehmen damit ein System geschaffen, das es ihnen ermöglichte, sich grundsätzlich hinsichtlich aller im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte auf die gerade beschriebene Art und Weise zu koordinieren.

A.5.2 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass

122. Bevor im Folgenden der Sachverhalt dargestellt wird, sind vorab folgende Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen erforderlich: Gegenstand des nachfolgenden Sachverhalts sind nur Tatsachen, welche für die rechtliche Bewertung des untersuchten Falls relevant sind. Bezüglich des Nachweises dieser Tatsachen gilt, dass die Wettbewerbsbehörden das Vorliegen der relevanten Tatsachen wegen des geltenden Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG[174] nachweisen müssen. Die Parteien haben allerdings eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG; siehe dazu auch unten Rz 135 ff.). Hinsichtlich jeder relevanten Tatsache müssen die Wettbewerbsbehörden die vorliegenden Beweise frei würdigen (siehe dazu Rz 123 ff.) und prüfen, ob nach dem anzulegenden Beweismass (siehe dazu Rz 129 ff.) die relevanten Tatsachen als bewiesen anzusehen sind. Zu beachten ist, dass der fehlende Nachweis bestimmter Tatsachen – abhängig von der diesbezüglich anzuwendenden Rechtsnorm – nicht immer zu Lasten der Wettbewerbsbehörden geht (siehe dazu Rz 135 f.). Zuletzt dürfen bei der Erstellung des Sachverhalts nur Beweise berücksichtigt werden, für die keine Beweisverwertungsverbote bestehen (siehe dazu Rz 137 ff.).

A.5.2.1 Grundsatz der freien Beweiswürdigung

123. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG sowie sinngemäss Art. 40 BZP[175]). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.[176] Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.[177] Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein[178], wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung «minderen Grades» ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen wie Zeugen- und Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigern. Denn Erstere sind eher gegen «Verfälschungen» (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher verlässlicher resp. beständiger;[179] der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen[180].

124. Bezüglich der freien Beweiswürdigung ist hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht keine Regel existiert, die es verbieten würde, gestützt auf die Aussagen einer einzigen Partei einen Beweis als erbracht zu erachten, selbst wenn diese Aussage von (allen) anderen Parteien bestritten wird. Eine solch starre Beweisregel stünde in direktem Widerspruch zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dass es eine solche Beweisregel im schweizerischen Recht nicht gibt und wegen dem

[174] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[175] Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[176] So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.
[177] Statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 39 KG N 62.
[178] Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una…“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.
[179] So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m.w.H.; MATTHIAS JAHN, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei «(…) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (…)».
[180] Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch nicht geben darf – und zwar selbst im Kernstrafrecht trotz uneingeschränkter Geltung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht –, belegen etwa strafrechtliche Verurteilungen in Vergewaltigungsfällen, in welchen als (oftmals einziges) belastendes Beweismittel die vom Täter bestrittenen Aussagen des Opfers vorhanden sind.[181]

125. Trotz des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Angaben eines Selbstanzeigers für sich allein nicht als massgebender oder gar als hinreichender Beweis für einen Wettbewerbsverstoss genügen könnten, wenn die belasteten Unternehmen die Beschuldigungen bestreiten würden; die Behauptungen des Selbstanzeigers seien vielmehr stets durch weitere Beweismittel zu ergänzen und zu untermauern.[182] Das Bundesverwaltungsgericht begründet diese Annahme insbesondere damit, dass für Selbstanzeiger ein Anreiz bestehen könne, andere Unternehmen fälschlicherweise zu belasten, da für den Selbstanzeiger aufgrund der Bonusregelung ohnehin keine oder nur eine reduzierte Sanktion drohe und es zudem die Möglichkeit habe, Konkurrenten mittels Falschaussagen zu schädigen. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist diese Ansicht abzulehnen. Dies gilt auch deshalb, da das Bundesverwaltungsgericht bei der Festlegung der strikten Beweisregelung nicht in Erwägung gezogen hat, dass auch die eine bestimmte Tatsache bestreitenden Unternehmen ein gesteigertes Interesse an falschen Angaben zum Sachverhalt haben können, da sie durch die falschen Angaben zum Sachverhalt eine Sanktionierung verhindern könnten.

126. Ob die strikte Beweisregel des Bundesverwaltungsgerichts zulässig ist, kann im Einzelfall dahin stehen, da im Rahmen der freien Beweiswürdigung ohnehin stets alle vorliegenden Beweismittel umfassend zu würdigen sind. In Bezug auf die freie Beweiswürdigung von Zeugen- und Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigern bedeutet dies insbesondere, dass (widerstreitende) Aussagen auf ihre Vereinbarkeit mit sonstigen Beweismitteln hin geprüft werden müssen (äussere Glaubhaftigkeit einer Aussage). Dabei gilt: Je mehr eine Aussage bzw. eine Behauptung eines Selbstanzeigers mit anderen (objektiven) Beweismitteln im Einklang steht, desto höher kann die beweismässige Überzeugungskraft sein.

127. Weiter kann in Bezug auf die freie Beweiswürdigung von Zeugen- und Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigen Folgendes berücksichtigt werden: Soweit – wie im vorliegenden Fall – mitunter auch Zeugen- oder Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigern zu würdigen sind, ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich als vielmehr auch die (innere) Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage von Bedeutung.[183] Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,[184] und nicht ein verhaltensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache, also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet werden.[185] Gemäss der sogenannten «Undeutsch-Hypothese» ist davon auszugehen, dass sich Aussagen über selbst erlebte Ereignisse in ihrer Qualität von erfundenen Aussagen unterscheiden, denn wahre Schilderungen erfordern andere, namentlich «geringere» geistige Leistungen als falsche.[186] Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten «Realkennzeichen»[187] zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-)Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.[188] Dabei ist auch die Aussagestruktur zu beachten, namentlich, ob die Aussage schlüssig, stimmig und folgerichtig ist (logische Konsistenz) und einen hohen Detaillierungsgrad aufweist.[189] Ein hoher Detaillierungsgrad einer Stellungnahme weist auf die innere Glaubhaftigkeit einer Stellungnahme hin.[190] Was die logische Konsistenz sowie den Detaillierungsgrad angeht, kann dieses Kriterium auch auf die schriftlichen Angaben der Parteien angewendet werden.

128. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass stets alle der WEKO vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer freien Beweiswürdigung zu würdigen sind. Dabei ist zu beachten, dass Augenscheinsobjekten und Urkunden grundsätzlich eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen ist als subjektiven Personalbeweisen. Liegen Zeugen- oder Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigern vor, so sind diese auf ihre äussere und innere Glaubhaftigkeit hin zu prüfen. Eine derartige umfassende freie Beweiswürdigung schliesst weder aus, dass die WEKO im Einzelfall ihre Überzeugung vom Vorliegen einer bestimmten Tatsache auf eine (bestrittene) Zeugen- oder Parteiaussage stützt, noch dass sie bei der Würdigung der beweismässigen Überzeugungskraft der Angabe eines Selbstanzeigers berücksichtigt, dass auch ein Selbstanzeiger einen Anreiz zu einer Falschaussage haben kann.

A.5.2.2 Beweismass

129. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen[191] Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, sei vorab Folgendes festgehalten: Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn

[181] Exemplarisch erwähnt seien etwa die Urteile des BGer 6B_37/2011 vom 19.10.2011; 6B_278/2011 vom 16.6.2011; 6B_936/2009 vom 23.2.2010; 6B-165/2009 vom 10.7.2009; 6B_729/2007 vom 6.1.2008; 6B_385/2007 vom 9.11.2007; ferner Urteile des BGer 6B_619/2011 von 1.11.2011; 6B_385/2010 vom 24.8.2010.

[182] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 618 ff. E. 5.4, *Baubeschläge/Koch AG*.

[183] Statt anderer REVITAL LUDEWIG/DAPHNA TAVOR/SONJA BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011, 1415–1435, 1418 m.w.H.

[184] So BGE 129 I 49, 58 E. 5.

[185] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 183), 1421 f.

[186] BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 183), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, forum poenale 2012, 368–374, 369.

[187] Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 183), 1425; JAHN (Fn 179), 11 f. der Onlinepublikation; Hussels (Fn 186), 370 ff.

[188] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 183), 1427; JAHN (Fn 179), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49, 58 E. 5.

[189] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 183), 1426.

[190] Vgl. Rz 126.

[191] Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,[192] wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,[193] was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass[194] übereinstimmen dürfte.

130. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.[195] Gemäss REKO/WEF erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich «(…) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind»[196]. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.[197] Freilich begründet allein eine sachlich begründete Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aber noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen.[198] Und auch das Bundesverwaltungsgericht stellte treffend fest: «[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.»[199]

131. Teilweise umstritten war, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangen sollte, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.[200] Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,[201] verlangte das Bundesverwaltungsgericht in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis[202]. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies zuletzt erneut bestätigt und ausdrücklich ausgeführt, dass dies nicht nur hinsichtlich des Nachweises einer marktbeherrschenden Stellung gelte, sondern bezüglich aller Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall komplexe, multikausale Wirkungszusammenhänge bzw. Wirtschaftsprozesse geklärt werden müssten.[203]

132. Auch das Bundesgericht geht in diesem Sinne davon aus, dass nicht stets der Vollbeweis erbracht werden müsse. In Bezug auf den Beweis einer marktbeherrschenden Stellung führte es aus, «[…] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sind kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen […] nicht übertrieben werden […]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen […]».[204]

133. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde damit höchstrichterlich geklärt. Die vorgenannte Ansicht des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts überzeugt denn auch. Denn richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.[205] Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt werden.

---

[192] Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

[193] Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 178), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

[194] Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

[195] Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 193), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 216.

[196] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: SIWR V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

[197] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG et al./WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 178), 119.

[198] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 196 E. 9, *Betosan AG et al./WEKO*. Siehe auch den Folgeentscheid der WEKO RPW 2009/4, 343 Rz 33 ff., *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*.

[199] Urteil des BVGer 2009/35 vom 12.2.2009, E. 7.4.

[200] Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 178), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 177), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

[201] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

[202] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

[203] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 162, 80, *ADSL II*.

[204] BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

[205] An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdichte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.[206]

134. Was im Hinblick auf die Normen in welchem Masse bewiesen werden muss, wird die Praxis anhand der zu beurteilenden Einzelfälle noch herausarbeiten müssen. Zu beachten ist aber ganz generell, dass das zu erfüllende Beweismass zunächst davon abhängt, was bestimmte Regelungen in tatsächlicher Hinsicht überhaupt voraussetzen. Erst wenn dies geklärt ist, kann darüber entschieden werden, ob die zu beweisende Tatsache die Beantwortung von Fragen betreffend komplexe, multikausale Wirkungszusammenhänge bzw. Wirtschaftsprozesse erfordert, oder ob es um «einfache» Tatfragen geht. Welches Beweismass hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen der kartellrechtlichen Regelungen erfüllt sein muss, ist damit normabhängig und wird – soweit dies überhaupt erforderlich ist – unten bei der Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen thematisiert (siehe unten Rz 1184, 1225, 1273).

A.5.2.3 Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung

135. Unbestritten ist, dass in Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), m.a.W. tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG) und ihr diesbezügliches Verhalten kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).[207]

136. Die objektive Beweislastverteilung regelt die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer m.a.W. die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Hinsichtlich des Vorliegens von Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast. Diese bilden die Vermutungsbasis für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei hinsichtlich der Vermutungsfolge, namentlich der Wettbewerbsbeseitigung, die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast tragen. Ist die Vermutung widerlegt, tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.[208]

A.5.2.4 Würdigung von verwertbaren Beweisen

A.5.2.4.1 Allgemeines

137. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung können nur Beweismittel gewürdigt werden, für die kein Beweisverwertungsverbot besteht. Dabei gilt Folgendes: Die Wettbewerbsbehörden müssen Beweise im Rahmen ihrer gesetzlichen Ermittlungsbefugnisse erheben. Ein Beweisverwertungsverbot besteht daher grundsätzlich dann, wenn der Beweis rechtswidrig erlangt worden ist.[209] Ausnahmen hiervon gelten z. B. dann, wenn das Beweismittel in der konkreten Situation auch rechtmässig hätte beschafft werden können oder wenn das öffentliche Interesse an der Erforschung der Wahrheit und der Durchsetzung des Rechts das durch eine rechtswidrige Beweiserhebung beeinträchtigte private Rechtsgut überwiegt.[210]

138. In Bezug auf Beweisverwertungsverbote gilt es zudem zu beachten, dass diese rechtzeitig und in angemessener Weise geltend gemacht werden müssen. Denn in Bezug auf die Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung und der Verwertung der aufgefundenen Beweismittel hat das Bundesstrafgericht unter Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung festgehalten, dass sich der Geschäftsführer eines von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmens, der die Durchsuchungsprotokolle unterzeichnet hatte, nicht gutgläubig im Nachhinein über das Fehlen eines gültigen Hausdurchsuchungsbefehls beklagen könne. Der Geschäftsführer haben vielmehr während der Hausdurchsuchung geltend machen müssen, dass er nicht mit der Zwangsmassnahme einverstanden sei.[211] Auch das Bundesgericht hat in Bezug auf die Verwertbarkeit von Beweismitteln, deren Verwertbarkeit erst in einem späteren Verfahrensstadium gerügt worden war, ausgeführt:

> «Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen (BGE 135 III 334 E. 2.2; 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21; Urteil 4A_516/2012 vom 8. Februar 2013 E. 5.1; je mit Hinweisen). Sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige der Strassburger Rechtsprechungsorgane verlangen grundsätzlich, dass der Beschuldigte oder sein Anwalt zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv werden. Wenn eine entsprechend zumutbare Intervention unterbleibt, kann nach Treu und Glauben sowie von Grundrechts wegen kein Tätigwerden der Strafjustizbehörden erwartet werden (Urteil 6B_22/2010 vom 8. Juni 2010 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 120 Ia 48 E. 2e/bb S. 55 mit Hinweisen).»[212]

---

[206] So BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

[207] Kritisch dazu MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2013, 87–116, 100. Wie weit die Mitwirkungspflicht der Parteien in Anbetracht des unter anderem aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Grundsatzes des nemo tenetur se ipsem accusare geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVGE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

[208] So Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO WEF*, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

[209] Vgl. BGE 139 II 95 E. 3.1; 120 V 435, 439 E. 3b).

[210] Vgl. BGE 120 V 435, 439 f. E. 3b).

[211] Beschluss des BStrG BV.2011.23 vom 3.2.2012, E. 1.3., *A SA./Eidgenössische Steuerverwaltung*.

[212] Urteil des BGer 6B_678/2013 vom 3.2.2014, E. 2.2., *X/Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*.

A.5.2.4.2 Zum Antrag der Hagedorn auf Entfernung von in Pfäffikon beschlagnahmten Dokumenten aus den Akten

139. Bevor im Folgenden bei der Darstellung des entscheidrelevanten Sachverhalts die der WEKO vorliegenden Beweismittel gewürdigt werden, muss vorab entschieden werden, ob hinsichtlich dieser Beweismittel Beweisverwertungsverbote bestehen.

a. Vorbringen der Hagedorn

140. Wie bereits erwähnt (siehe dazu oben Rz 89 ff.), hat die Hagedorn in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht, dass die Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Hagedorn AG vom 16. April 2013 in Pfäffikon in formeller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge und infolgedessen als unzulässig zu betrachten sei. Sie beantragt deshalb, dass sämtliche Unterlagen, welche anlässlich der Hausdurchsuchung bei Hagedorn in Pfäffikon beschlagnahmt wurden, aus den Untersuchungsakten zu entfernen und im Verfahren nicht zu beachten seien.[213] Über diesen Antrag sei mit Zwischenverfügung der WEKO zu entscheiden.[214]

141. Zur Begründung ihres Antrags führt die Hagedorn aus, dass die im Handelsregister des Kantons Schwyz eingetragene Zweigniederlassung der Hagedorn AG in Pfäffikon im Hausdurchsuchungsbefehl vom 15. April 2013 nicht aufgeführt sei. Zudem habe sich die Untersuchung laut Untersuchungseröffnungsschreiben nur auf die «Region See-Gaster und angrenzende Regionen» bezogen, weshalb eine Hausdurchsuchung im Kanton Schwyz ohnehin nicht zulässig sei. Die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahmung von Gegenständen lasse sich auch nicht auf die «Durchsuchungsanordnung» vom 16. April 2013, welche ein Mitarbeiter des Sekretariats wegen Gefahr im Verzug erlassen habe, stützen. Denn nach Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG, welcher als lex specialis anderen Regelungen (wie z. B. Art 48 Abs. 4 VStrR) zwingend vorgehe, sei einzig und allein ein Mitglied des Präsidiums der WEKO zur Anordnung einer Hausdurchsuchung befugt. Hierfür würden auch die Botschaft zum Kartellgesetz sowie eines der Voten anlässlich der parlamentarischen Beratung von Art. 42 Abs. 2 KG sprechen. Hieraus folge ein Beweisverwertungsverbot, da nicht bloss Ordnungsvorschriften, sondern Gültigkeitsvorschriften verletzt worden seien. Sinngemäss begründet die Hagedorn dies insbesondere damit, dass Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG die EMRK-Rechtsprechung des EGMR konkretisiere, welche für die Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung zwingend voraussetze, dass eine richterliche Genehmigung bzw. eine gleichwertige Entscheidung vorliege.

b. Würdigung des Antrags der Hagedorn

142. Wie einleitend erläutert, müssen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Beweisverwertungsverbote rechtzeitig und in angemessener Weise geltend gemacht werden (siehe oben Rz 138). In casu hat die Hagedorn jedoch die Durchsuchungsprotokolle unterschrieben[215], gegen die Hausdurchsuchung in Pfäffikon keine Einsprache gemäss Art. 42 Abs. 2 Satz 2 KG i.V.m. Art. 50 Abs. 3 VStrR erhoben und zudem weder gegen den Durchsuchungsbefehl vom 15. April 2013[216] noch gegen die Durchsuchungsanordnung vom 16. April 2013[217] innert der 30-tägigen Beschwerdefrist Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt. Dies obwohl die Hagedorn anlässlich der Hausdurchsuchung in Pfäffikon über ihr Einspracherecht informiert worden war[218] und sowohl der Durchsuchungsbefehl als auch die Durchsuchungsanordnung mit einer Rechtsmittelbelehrung[219] versehen waren und [Vertreter der Hagedorn] übergeben worden waren. Auch im weiteren Verlauf der Untersuchung hat sich die Hagedorn zunächst nicht auf ein angebliches Beweisverwertungsverbot berufen. Dies obwohl sie mehrfach mit Aktenstücken konfrontiert wurde, welche bei der Hagedorn in Pfäffikon beschlagnahmt worden sind.[220] Bezüglich der bei der Hagedorn in Pfäffikon beschlagnahmten Akten machte sie vielmehr nur den Schutz von Geschäftsgeheimnissen geltend.[221] Erstmals hat die Hagedorn die angebliche Unverwertbarkeit der aus Pfäffikon stammenden Beweismittel über drei Jahre nach Durchführung der Massnahmen, nämlich mit ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 28. April 2016, geltend gemacht. Eine derart späte Geltendmachung verstösst gegen die oben aufgezeigte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur rechtzeitigen und angemessenen Geltendmachung von Beweisverwertungsverboten (siehe oben Rz 138). Die Hagedorn hat mithin das angebliche Beweisverwertungsverbot weder rechtzeitig noch in angemessener Weise geltend gemacht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die neue Rechtsvertretung der Hagedorn das Beweisverwertungsverbot nach der Mandatsübernahme relativ zügig geltend gemacht hat. Denn für die Frage der Rechtzeitigkeit der Geltendmachung ist auf das Verhalten der Verfahrenspartei, mithin der Hagedorn AG bzw. ihrer ursprünglichen Rechtsvertretung, und nicht auf das von später hinzugezogenen Rechtsanwälten abzustellen. Auf den Antrag der Hagedorn ist mithin schon gar nicht einzutreten.

143. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass, selbst wenn auf den Antrag einzutreten wäre, dieser jedenfalls in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hätte. Dies beruht auf den folgenden Erwägungen:

144. Die Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Zweigniederlassung der Hagedorn AG in Pfäffikon war vom Durchsuchungsbefehl vom 15. April 2013[222] gedeckt. Dieser vom Präsidenten der WEKO auf Antrag des Sekretariats erlassene Durchsuchungsbefehl ermächtigte das Sekretariat nämlich dazu, die «Räumlichkeiten … der Hagedorn AG sowie deren konzernmässig verbundenen und affiliierten Gesellschaften…zu durchsuchen». Welche Räumlichkeiten hierzu zählen, wird

[213] Act. n° [...].
[214] Act. n° [...].
[215] Act. n° [...].
[216] Act. n° [...].
[217] Act. n° [...].
[218] Act. n° [...].
[219] […].
[220] […].
[221] Act. n° [...].
[222] Vgl. Act. n° [...].

durch den Hausdurchsuchungsbefehl selbst konkretisiert: Es handelt sich um die «Räumlichkeiten…an der Rainstrasse 4, 8706 Meilen, sowie weitere Räumlichkeiten, welche für die Hagedorn AG und deren konzernmässig verbundenen und affiliierten Gesellschaften zugänglich sind». Von der Hagedorn wurde nicht geltend gemacht, dass die Räumlichkeiten ihrer Zweigniederlassung in Pfäffikon für die Hagedorn AG nicht zugänglich seien. Die Hagedorn gibt im Gegenteil in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats selbst an, dass die Hausdurchsuchung in Pfäffikon in «den Räumlichkeiten der Hagedorn AG…in Pfäffikon» bzw. in der «Zweigniederlassung von Hagedorn in Pfäffikon» durchgeführt wurde.[223] Unabhängig davon gilt ohnehin, dass die Räumlichkeiten einer Zweigniederlassung, welche keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und von der Hauptgesellschaft abhängt, für das Hauptunternehmen Kraft deren Kontroll- und Leitungsbefugnis zugänglich sind.

145. Der Durchsuchungsbefehl vom 15. April 2013 ist zudem hinreichend bestimmt. Denn welche Räumlichkeiten durchsucht werden dürfen, legt der Durchsuchungsbefehl zweifelsfrei fest: Wie schon erläutert, handelt es sich um die Räumlichkeiten der Hagedorn AG und deren konzernmässig verbundenen und affiliierten Gesellschaften an der Rainstrasse 4 in 8706 Meilen sowie alle weiteren Räumlichkeiten, welche für ebendiese Gesellschaften «zugänglich» sind. Welche Räumlichkeiten für ein Unternehmen «zugänglich» sind, kann eine Gesellschaft, welche Adressatin eines Durchsuchungsbefehls ist, zweifelsfrei beantworten. Hierzu zählen jedenfalls alle Räume, welche im Eigentum einer Gesellschaft stehen oder für die aus anderen Gründen ein Zugangs- und/oder Nutzungsrecht der Gesellschaft besteht. Dementsprechend geht das Bundesstrafgericht auch davon aus, dass ein Durchsuchungsbefehl, welcher die Durchsuchung in all denjenigen Räumlichkeiten zulässt, zu denen ein Unternehmen «Zugang hat», rechtmässig und damit hinreichend bestimmt ist.[224]

146. Anders als die Hagedorn meint, ermächtigte der Durchsuchungsbefehl vom 15. April 2013 das Sekretariat zudem dazu, Hausdurchsuchungen auch im Kanton Schwyz durchzuführen. Denn die Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf mutmassliche Kartellverstösse «in der Region See-Gaster und in angrenzenden Regionen» führt allenfalls zur Beschränkung der Gegenstände und Aufzeichnungen, nach welchen aufgrund des Durchsuchungsbefehls gesucht und welche beschlagnahmt werden dürfen. Der Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand führt hingegen nicht dazu, dass nur in einer bestimmten Region in der Schweiz nach diesen Gegenständen und Aufzeichnungen gesucht werden dürfte. Ein Durchsuchungsbefehl der WEKO ist eine Verfügung einer Bundesbehörde, welche nicht auf die Geltung in einer bestimmten Region in der Schweiz beschränkt ist – es sei denn das verfügende Präsidiumsmitglied würde derartiges im Durchsuchungsbefehl ausdrücklich anordnen. Dies ist hier nicht geschehen.

147. Da der Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der WEKO vom 15. April 2013 rechtmässig und hinreichend bestimmt war und auch zur Durchsuchung der Räumlichkeiten der Hagedorn AG in Pfäffikon ermächtigte, sind die in Pfäffikon gefundenen und beschlagnahmten Gegenstände rechtmässig erhoben worden. Auf die Rechtmässigkeit der Durchsuchungsanordnung des Sekretariats vom 16. April 2013 kommt es mithin nicht an. Da die Hagedorn die Rechtswidrigkeit diese Anordnung gerügt hat, sei der Vollständigkeit halber Folgendes ausgeführt. Anders als die Hagedorn meint, liegt für die Durchsuchungsanordnung des Sekretariats eine Rechtsgrundlage vor. Denn Art. 42 Abs. 2 Satz 2 KG verweist ausdrücklich auch auf Art. 48 Abs. 4 VStrR, welcher eine untersuchende Person dazu ermächtigt, bei Gefahr im Verzug selbst eine Durchsuchung anzuordnen. Der Wortlaut ist mithin eindeutig. Für eine Art teleologische Reduktion des Verweises auf das VStrR dahingehend, dass wegen Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG ausschliesslich ein Präsidiumsmitglied eine Durchsuchung anordnen könne, besteht hingegen kein nachvollziehbarer Grund. Denn die Möglichkeit, bei Gefahr im Verzug auch ohne formellen Hausdurchsuchungsbefehl vorzugehen, ist im Strafprozessrecht sowie im Verwaltungsstrafrecht allgemein verbreitet[225] und es wäre sinnwidrig, wenn ausgerechnet in kartellrechtlichen Verfahren von diesem Grundsatz abgewichen werden soll. Hätte das Gesetz bzw. der Gesetzgeber gewollt, dass *ausschliesslich* ein Präsidiumsmitglied Hausdurchsuchungen anordnen könnte, so müsste dem Gesetz ein ausdrücklicher Vorbehalt zu entnehmen sein. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Für ein enges Verständnis des Verweises spricht im Übrigen auch nicht der Verweis der Hagedorn auf die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR. Denn weder aus der EMRK noch der EGMR-Rechtsprechung ergibt sich, dass eine gesetzliche Kompetenz zur Anordnung einer Durchsuchung wegen Gefahr im Verzug durch einen Beamten unzulässig wäre. Aus der EMRK folgt lediglich, dass gegen Hausdurchsuchungen eine wirksame Beschwerde möglich sein muss (vgl. Art. 8, 13 EMRK). Dies ist im Schweizer Recht zweifelslos gewährleistet, und zwar auch dann wenn ein einzelner Beamter wegen Gefahr im Verzug eine Durchsuchung anordnet (vgl. Art. 42 Abs. 2 Satz 2 KG i.V.m. Art. 50 Abs. 3 VStrR sowie Art. 39 KG i.V.m. Art. 44, 5 VwVG). Zudem hat der EGMR bislang in keinem Fall festgestellt, dass eine solche gesetzliche Kompetenz zur Anordnung einer Durchsuchung wegen Gefahr im Verzug durch einen Beamten unzulässig wäre. Dementsprechend bestand für die Durchsuchungsanordnung des Sekretariats vom 16. April 2013 eine gesetzliche Grundlage. Deren Tatbestandsvoraussetzungen waren im Zeitpunkt der Anordnung erfüllt, etwas anderes hat auch die Hagedorn nicht geltend gemacht.

[223] Act. n° [...].
[224] Urteil des BStrGer BK_B 118/04 vom 6.10.2004, E. 3.
[225] Nachweise bei SIMON BANGERTER, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, 2014, S. 101.

148. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass auf den Antrag der Hagedorn betreffend ein angebliches Beweisverwertungsverbot schon nicht einzutreten ist, da sich die Hagedorn nicht rechtzeitig und in angemessener Weise auf ein Beweisverwertungsverbot berufen hat. Aber selbst wenn auf den Antrag einzutreten wäre, so wäre der Antrag jedenfalls ohne Aussicht auf Erfolg, da die Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Hagedorn AG an der Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, rechtmässig war. Ein Beweisverwertungsverbot, welches allenfalls bei einem Rechtsverstoss vorliegen kann, wäre somit ausgeschlossen. Die bei der Hagedorn AG in Pfäffikon beschlagnahmten Gegenstände können mithin bei der folgenden Beweiswürdigung vollständig berücksichtigt werden.

149. Ob über einen Parteiantrag mit Zwischenverfügung oder mit der Hauptsachverfügung entschieden werden kann, ist insbesondere davon abhängig, was Gegenstand des Parteiantrags ist. Macht eine Partei vor der WEKO ein Beweisverwertungsverbot geltend, so steht es im Ermessen der WEKO, ob sie mit Zwischenverfügung oder mit der Hauptsacheverfügung über diesen Antrag entscheidet. Da vorliegend kein sachlicher Grund ersichtlich ist, weshalb über die Ablehnung des Antrags der Hagedorn vorab zu entscheiden wäre, wird über den Antrag mit der Hauptsacheverfügung entschieden.

A.5.3 Zusammenarbeit in der Zeit zwischen 1977 bis Anfang 2002

150. Die in diesem Abschnitt dargelegten Tatsachen beziehen sich auf die Zeit zwischen 1977 und 2002. Wie einleitend bereits erläutert, sind diese Tatsachen für das Verständnis der Zusammenarbeit der acht Unternehmen De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia bzw. deren Rechtsvorgängerin Batigroup, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 sowie die entsprechenden Beweisergebnisse von grosser Bedeutung.

151. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats spricht sich die Oberholzer gegen eine Aufarbeitung des Sachverhalts für die Zeit zwischen 1977 und 2002 aus.[226] Sie begründet dies damit, es sei kein öffentliches Interesse daran ersichtlich, längst vergangene Sachverhalte aufzuarbeiten. Die Toller wendet ein, auf Beweismittel aus der Zeit zwischen 1977 und 2002 sei deshalb nicht abzustellen, weil diese «in keinem Zusammenhang mit der Strassenbauervereinigung in der Form nach 2002» stünden.[227]

152. Diese Einwände sind nicht überzeugend. Beweismittel, welche sich auf Umstände vor dem Inkrafttreten der Sanktionsbestimmung von Art. 49a KG am 1. April 2004 beziehen, können von den Wettbewerbsbehörden ohne Weiteres verwertet werden. Zwar können Verhaltensweisen, welche sich vor dem Inkrafttreten der Sanktionsbestimmung zugetragen haben, durch die Wettbewerbsbehörden wegen des Rückwirkungsverbots nicht sanktioniert werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Beweise für Umstände aus dem Zeitraum vor dem 1. April 2004 unberücksichtigt bleiben müssten. Vielmehr können Umstände, die sich vor dem 1. April 2004 zugetragen haben, die über Jahre gewachsene «Grundwettbewerbsstimmung» in einer bestimmten Branche, die bestehenden Kontakte zwischen Unternehmen und die «Gesprächskultur» zwischen Unternehmen aufzeigen und so zum Verständnis und zum Beweis von Verhaltensweisen beitragen, welche in den sanktionierbaren Zeitraum fallen. Besteht ein solcher Zusammenhang zum Sachverhalt, welcher für die Sanktionsentscheidung massgeblich ist, so besteht ein öffentliches Interesse daran, Sachverhalte auch aus der Zeit vor dem 1. April 2004 aufzuarbeiten. Inwiefern in casu ein Zusammenhang zwischen den Vorgängen in der Zeit vor 2002 und der Zeit von 2002 bis Mitte 2009 bestand, zeigen die nachfolgenden Ausführungen (siehe dazu Rz 153–279 und Rz 280–1082).

153. Im Folgenden wird dargestellt, ob, und wenn ja, inwiefern sich die Verfahrensparteien schon vor dem 1. April 2004 bzw. vor 2002 trafen, um das gemeinsame Vorgehen in Bezug auf öffentliche Vergabeentscheide sowie private Aufträge im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau zu besprechen und ggf. festzulegen (siehe dazu Rz 154 ff.). Weiter wird in diesem Abschnitt darauf eingegangen, ob, und wenn ja, inwiefern die Verfahrensparteien schon vor dem 1. April 2004 bzw. vor 2002 in Bezug auf konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Gewinneroffertsumme sowie der sonstigen Eingabesummen festgelegt haben (siehe dazu Rz 221 ff.). Danach wird darauf eingegangen, ob, und wenn ja, inwiefern die Verfahrensparteien schon vor 2002 ein «Marktabklärungssystem» betrieben haben, mit dessen Hilfe sie die wiederholte Zuweisung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten organisiert haben (siehe dazu Rz 265 ff.). Zuletzt wird darauf eingegangen, ob, und wenn ja, inwiefern die beteiligten Unternehmen die «gerechte» Verteilung der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus ihrer Region überwachten und durchsetzten (siehe dazu Rz 271 ff.). Der Abschnitt wird durch ein Zwischenergebnis abgeschlossen (siehe dazu Rz 277 ff.).

A.5.3.1 Projektübergreifende Sitzungen unter Beteiligung der Untersuchungsadressaten und Herausbildung eines gemeinsamen Ziels

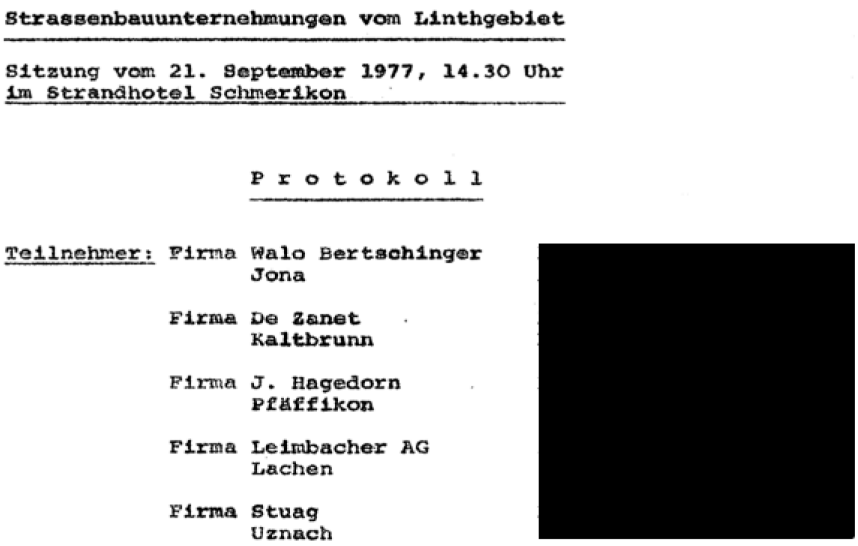
154. Wie aus den folgenden Ausführungen hervorgeht, bestanden zwischen fast allen Verfahrensparteien (exkl. Anoba Holding AG, Oberholzer AG Eschenbach/OBERHOLZER Bauleistungen AG[228], Bernet Bau AG, Reichmuth Bauunternehmung AG[229], Toller Unternehmungen AG[230]) und/oder ihren Rechtsvorgängerinnen teilweise schon seit 1977 Kontakte, die Koordinierungen in Bezug auf öffentliche Ausschreibungen oder privat vergebene Projekte zum Gegenstand hatten.

[226] Act. n° [...].
[227] Act. n° [...].
[228] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.
[229] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG zu übernehmen; s. o. Rz 11.
[230] Siehe dazu Rz 216 f.

A.5.3.1.1 Treffen und Beschluss im Jahr 1977

155. Als Beweismittel zu nennen ist hier zunächst ein Protokoll eines Treffens von Strassen- und Tiefbauunternehmen im Jahr 1977[231]. Dieses Protokoll wurde in einem roten Aktenordner gefunden, der bei Hagedorn beschlagnahmt wurde. Der rote Ordner trägt die Aufschrift «Strassenbauer SZ + SG [Vertreter der Hagedorn]». Der Aktenordner enthält einen Abschnitt, der überschrieben wurde mit «STB E+L bis Ende 1993». Handschriftlich wurde bezüglich dieses Abschnitts hinzugefügt «+ Nostalgie».[232] Die Dokumente sind in dem besagten Abschnitt derart geordnet, dass ältere Dokumente hinter jüngeren Akten eingeordnet wurden.

156. Das von Herrn […] (Stuag AG) unterzeichnete Protokoll beschreibt eine Sitzung, welche am 21. September 1977 ab 14:30 Uhr im Strandhotel Schmerikon stattgefunden hat. Laut Protokoll haben folgende Unternehmen und Personen an dem Treffen teilgenommen (Auszug):



Strassenbauunternehmungen vom Linthgebiet

Sitzung vom 21. September 1977, 14.30 Uhr
im Strandhotel Schmerikon

P r o t o k o l l

Teilnehmer: Firma Walo Bertschinger
Jona

Firma De Zanet
Kaltbrunn

Firma J. Hagedorn
Pfäffikon

Firma Leimbacher AG
Lachen

Firma Stuag
Uznach

Abbildung 1: Auszug aus Act. n° [...]

157. Anlass des Treffens der Sitzung am 21. September 1977 war laut Protokoll «das tiefe Preisniveau». Gemäss Protokoll haben die beteiligten Unternehmen daher sechs Punkte beschlossen, «um die Preise wieder anzuheben». Diese sechs Punkte waren die Folgenden:

«1. Sämtliche Offerten welche den Netto-Betrag von Fr. 10'000.- übersteigen sind der Geschäftsstelle des Schweiz. Baumeisterverbandes in St. Gallen zu melden.»

«2. Ab sofort finden Berechnungssitzungen statt. Die Berechnungssitzungen werden von Hr. J. Thaler, Schweiz. Baumeisterverband geleitet.»

«3. Als Berechnungsgrundlagen werden die Katalogpreise der Strassenbauervereinigung St. Gallen ab 1978 übernommen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden auf Materialen 20 % Endzuschlag und die Maschinenmieten nach SBI mit 100 % kalkuliert.»

«4. Das Berechnungssystem der Strassenbauervereinigung St. Gallen wird übernommen. Summe aller Offerten dividiert durch Anzahl, gleich Minimale. Abgebotsrabatte werden von Fall zu Fall festgelegt (Reglement Strassenbauervereinigung).»

«5. Berechnungssitzungen finden im Strandhotel Schmerikon statt. Montags im Rest. Schiff, Bollingen.»

«6. Punkt 1-5 findet Anwendung auf die Bezirke See und Gaster Kanton St. Gallen, sowie March und Höfe Kanton Schwyz. Mit der Firma Oberholzer werden zu einem späteren Zeitpunkt Verhandlungen über einen Beitritt aufgenommen. Die Firma [Dritte], [Dritte] und [Dritte] werden von den Firmen Walo B., Leimbacher und Hagedorn orientiert und angehalten bei Offerteingaben mitzurechnen.»

158. Aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich, dass sich die Unternehmen verpflichtet haben, alle Offerten der Geschäftsstelle des Schweizer Baumeisterverbands zu melden. Weiter ist mittels des Protokolls bewiesen, dass sich De Zanet, Hagedorn, die Leimbacher AG, die Stuag AG und Walo an der Sitzung dazu verpflichtet haben, bezüglich der gemeldeten Offerten Berechnungssitzungen durchzuführen – und zwar wöchentlich (siehe Punkt 5.: «…Montags…»). Aus den Punkten 3. und 4. geht dabei hervor, dass im Rahmen der Berechnungssitzung gemeinsam Preise für die einzugebenden Offerten festgelegt werden sollten, wobei insbesondere nicht das ursprünglich tiefste Angebot zu übernehmen war, sondern die niedrigste Offerte nicht unter dem Durchschnitt aller Offerten liegen durfte («Minimale»). Darüber hinaus wurden weitere Preisbestandteile durch die Sitzungsteilnehmer festgelegt (Übernahme der Katalogpreise der Strassenbauvereinigung St. Gallen ab 1978, Endzuschlag i.H.v. 20 % auf Materialien, Höhe der Maschinenmieten, Rabatte nach Reglement Strassenbauvereinigung).

[231] Act. n° [...].
[232] Siehe Act. n° [...].

159. Diese Regelungen sollten gemäss Punkt 6. für die Bezirke See und Gaster sowie March und Höfe gelten. Aus dem in dem Protokoll zum Ausdruck kommenden Beschluss der beteiligten Unternehmen folgt damit, dass hinsichtlich aller in den genannten Gebieten ausgeschriebenen Projekte, welche eines der beteiligten Unternehmen ausführen konnte und wollte und welche einen Wert über CHF 10‘000 hatten, Berechnungssitzungen nach dem oben beschriebenen Muster durchgeführt werden sollten.

160. Aufgrund der Eindeutigkeit des Protokolls kann es als erstellt angesehen werden, dass die Verabredung der Unternehmen mit dem Zweck erfolgte, das Niveau der Offertpreise für die von dem Beschluss betroffenen Ausschreibungen mittels der Berechnungssitzungen anzuheben («um die Preise wieder anzuheben»). Weiter ergibt sich aus dem beschriebenen System aber auch, dass De Zanet, Hagedorn, die Leimbacher AG, die Stuag AG und Walo die betroffenen Projekte untereinander aufteilen wollten. Zwar kommt ein derartiger Wille der Unternehmen in dem Protokoll nicht direkt zum Ausdruck. Er ergibt sich jedoch aus der Überlegung, dass sich ein betriebswirtschaftlich rational handelndes Unternehmen normalerweise nicht damit einverstanden erklären würde, höhere Preise als Konkurrenten einzugeben, weil dies seine Chance verringert oder vereitelt, ein das Unternehmen interessierende Projekt auch zu erhalten. Ein solches Unternehmen verzichtet vielmehr nur auf ein es interessierendes Projekt, wenn es dafür auch ein anderes Projekt erhalten kann. Der Funktionsweise des beschlossenen Systems ist also der Wille der Teilnehmer inhärent, sich bei einzelnen Submissionen wechselseitig mittels Stützofferten zu schützen.

161. Dass das beschlossene System den genannten Zwecken diente, ist auch aus dem Umstand zu folgern, dass De Zanet, Hagedorn, die Leimbacher AG, die Stuag AG und Walo gemäss Punkt 6. weitere Unternehmen zum Beitritt zur Gruppe (Oberholzer) oder wenigstens zur Teilnahme ([Dritte]) an einzelnen Berechnungssitzungen bewegen wollten. Berücksichtigt man nämlich, dass eine Erhöhung der Preise und eine Zuteilung von einzelnen Projekten durch andere – nicht am System beteiligte – Unternehmen mittels Offerten mit tieferen (Markt-)Preisen sabotiert werden können, so folgen aus dem Beschluss zur allfälligen Einbeziehung anderer Unternehmen zwingend die genannten Zwecke.

A.5.3.1.2 Treffen und Beschluss im Jahr 1988

162. Zu nennen ist weiter eine aus dem Jahr 1988 stammende Einladung der Stuag AG zu einer Sitzung, auf der handschriftlich der Beschluss der Sitzungsteilnehmer notiert worden ist.[233] Dieses Beweisstück wurde ebenfalls in dem in Rz 155 erwähnten roten Aktenordner unter dem Stichwort «Nostalgie» gefunden.

163. Die Einladung stammt vom 21. November 1988. Mit ihr lud Herr [...] (Stuag AG) zu einem am 14. Dezember 1988 in den Räumlichkeiten der Stuag AG stattfindenden Treffen ein. Welche Unternehmen und Personen zu diesem Treffen eingeladen wurden, ergibt sich aus dem Briefkopf (Auszug aus der beschlagnahmten Einladung):

Schweiz. Strassenbau- und Tiefbau-Unternehmung AG
8640 Rapperswil Kniestrasse 29 Tel. 055 / 27 85 75 ab 6.12.1988

Stuag

D-006_26

EINGEGANGEN
22. NOV. 1988
Ko Ha

[redacted]

De Zanet AG, Fabrikstrasse, 8722 Kaltbrunn
Hagedorn Jules AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen
G. Leimbacher AG, Neuheimstrasse 36, 8853 Lachen
Oberholzer AG, Hintersagen, 8638 Goldingen
Walo Bertschinger AG, St. Gallerstrasse 115, 8645 Jona

Ihre Ref. Unsere Ref. fr/ji 8640 Rapperswil, 21. November 1988

Abbildung 2: Auszug aus Act. n° [...]

164. Neben den bereits 1977 vertretenen Unternehmen wurde im Jahr 1988 auch die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen eingeladen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass [Vertreter der Hagedorn], der [Vertreter der] Hagedorn, für die Jules Hagedorn AG an dem Treffen teilgenommen hat.

165. Betreff der Einladung ist: «Gründung einer Strassenbauervereinigung im Gebiet March, Höfe, Etzel und Linth».

[233] Act. n° [...], S. 255.

166. In der Einladung beklagt Herr [...], dass «viele Submittentenversammlungen ergebnislos verlaufen» würden. Er schreibt weiter: «Um diese, in kurzem, beschriebene Situation verbessern zu können und um auch aktiv Behörden gegenüber auftreten zu können, scheint es mindestens sinnvoll zu prüfen, ob in unserer Region die Gründung einer Vereinigung von Strassenbaufirmen […], eine Möglichkeit wäre, unsere Probleme besser in den Griff zu bekommen».

167. Am Ende der ersten Seite der Einladung hat [Vertreter der Hagedorn] den Beschluss der Versammlung notiert (Auszug):

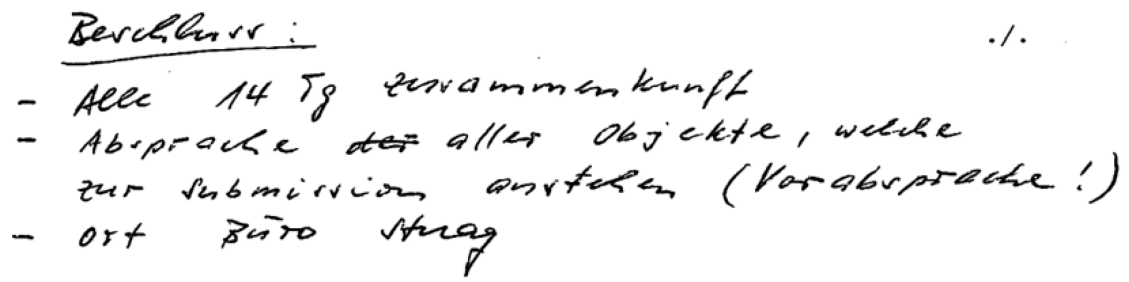


Abbildung 3: Auszug aus Act. n° [...]

168. Von den Teilnehmern der Sitzung wurden also Ort (Büro Stuag AG) und Häufigkeit von Treffen (alle 14 Tage) festgelegt, im Rahmen derer «Vorabsprachen» «*aller*» ausgeschriebenen Projekte erfolgen sollten. Aufgrund der Zwecksetzung des Treffens ist anzunehmen, dass sich diese Verabredung auf alle in den Gebieten March, Höfe, Etzel und Linth ausgeschriebenen Projekte bezog («Gründung einer Strassenbauvereinigung im Gebiet March, Höfe, Etzel und Linth»).

169. Aus der beschlagnahmten Einladung und der handschriftlichen Notiz ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass das Ausmass der Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen nach dem Willen der beteiligten Unternehmen weiter zunehmen sollte. So wurde beschlossen, dass die Koordinierungen in Bezug auf einzelne Projekte alle 14 Tage im Büro der Stuag AG stattfinden sollten. Der Zweck der Treffen bleibt der gleiche: «Absprache aller Objekte, welche zur Submission anstehen (Vorabsprache!) ». Aus dem Zusammenhang mit dem Inhalt der Einladung ergibt sich, dass es den beteiligten Unternehmen weiter darum ging, die Preise zu stabilisieren oder anzuheben und die in «ihren» Gebieten ausgeschriebenen Projekte untereinander aufzuteilen (siehe oben Rz 160).

170. Wie noch gezeigt wird, wurde dieser Beschluss häufig auch umgesetzt. So ergibt sich aus den Beweismitteln, dass sich die am Beschluss beteiligten Unternehmen in der Zeit zwischen 1977 und 2002 in Bezug auf konkrete Projekte entsprechend ihrem Plan auch koordiniert haben (siehe dazu unten Rz 221 ff.) und sich zudem häufig im 14-Tage-Rhythmus getroffen haben (siehe dazu unten Rz 253 ff.).

A.5.3.1.3 Treffen am 18. Mai 1994

171. In dem in Rz 155 erwähnten roten Aktenordner findet sich unter einem unbenannten Abschnitt eine handschriftliche Notiz, welche Teile des Inhalts einer am 18. Mai 1994 stattfindenden Sitzung protokolliert. Dass es sich bei der Notiz um ein Protokoll eines Treffens handeln muss, ergibt sich daraus, dass die Notiz in dem roten Ordner «Strassenbauer SZ + SG» zusammen mit anderen Dokumenten zur Zusammenarbeit zwischen Strassen- und Tiefbauunternehmen abgelegt ist und dass sie unter dem genannten Datum Äusserungen von insgesamt 11 Strassenbau-Unternehmen (De Zanet, Reichmuth, Toller Strassenbau AG[234], Oberholzer, die Jules Hagedorn AG, die Stuag AG, die [Dritte], Walo, die [Dritte], die G. Leimbacher AG, die [Dritte]) zu einem bestimmten Thema («Weiteres Vorgehen») beschreibt.

172. Ein Auszug des Protokolls sei zur Illustration abgebildet:

[234] Die Toller macht geltend, dass es sich bei dem Unternehmen Toller vor 2000 um ein von ihr völlig unabhängiges Unternehmen, die Toller Strassenbau AG, handelt. Siehe dazu Rz 28 ff.

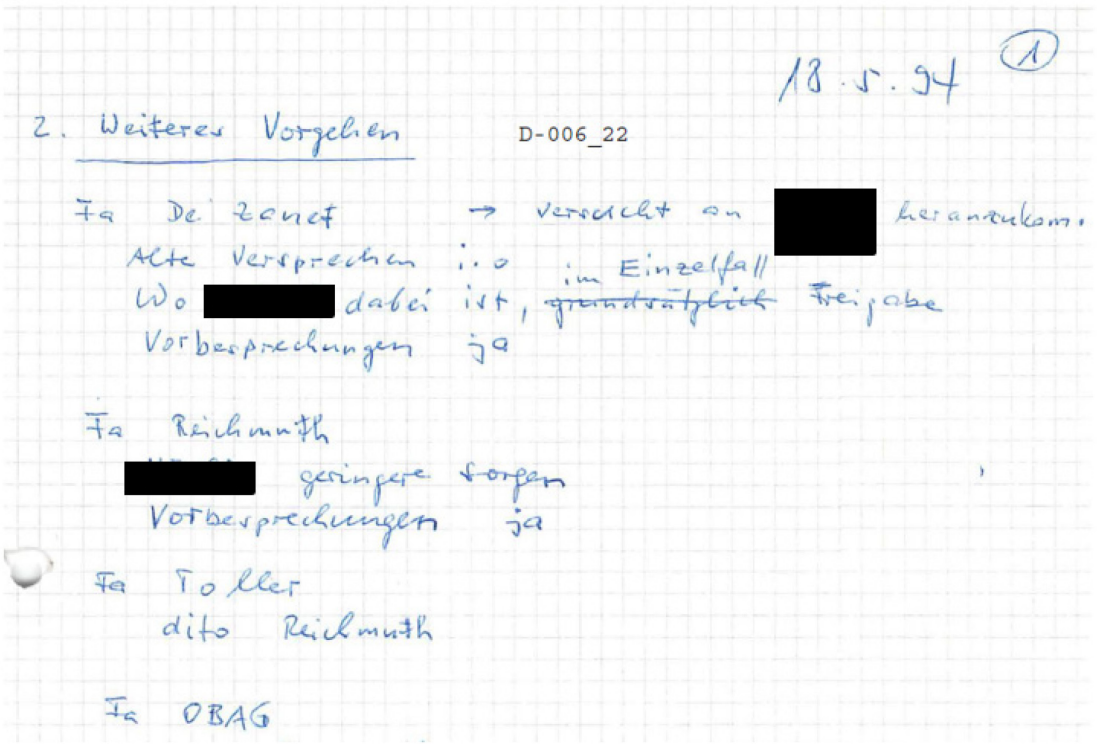


Abbildung 4: Auszug aus Act. n° [...]

173. Wie erwähnt, war Anlass und Inhalt der Sitzung, das weitere Vorgehen unter den Anwesenden zu besprechen. De Zanet, Reichmuth, die Toller Strassenbau AG, Oberholzer, die Stuag AG, die [Dritte], Walo, die [Dritte], die G. Leimbacher AG, die [Dritte] erklärten dabei, dass sie mit Vorbesprechungen einverstanden seien («Vorbesprechungen ja»). Wie die Jules Hagedorn AG zu diesem Thema stand, ergibt sich aus dem Protokoll nicht, da das Protokoll zwar den Firmennamen «Hagedorn» aufführt, jedoch dem keine inhaltlichen Ausführungen beigefügt sind. Dies ist nachvollziehbar, da nicht zwingend notwendig ist, dass [Vertreter der Hagedorn] seine eigenen Ausführungen für sich selbst protokolliert.

174. Dass sich die Zustimmung zu Vorbesprechungen auf einzelne Submissionen bezog, geht aus dem Protokoll nicht direkt hervor – so heisst es im Protokoll nicht ausdrücklich, dass Submissionen im Strassen- und Tiefbau vorbesprochen werden sollen. Ein solcher Inhalt ergibt sich allerdings aus den folgenden Umständen. Zum Ersten ist zu berücksichtigen, dass das Protokoll in einem Abschnitt des beschlagnahmten Aktenordners gefunden wurde, in dem sich zahlreiche Dokumente finden, welche die Zusammenarbeit zwischen den Strassen- und Tiefbauunternehmen in Bezug auf Submissionen zum Inhalt haben. Zum Zweiten scheint laut Protokoll das Verhalten der [Dritte] den anwesenden Unternehmen ein Dorn im Auge gewesen zu sein. So meint De Zanet, dass «Freigaben» erfolgen sollten, wenn «[Dritte]» dabei sei. Von einer «Freigabe» sprechen die Strassenbauunternehmen aber immer dann, wenn sich die Unternehmen in Bezug auf eine bestimmte Submission nicht einigen können und deshalb mittels «echter» Offerten um das Projekt konkurrieren (siehe Rz 225). Schon die Verwendung des Wortes «Freigabe» zeigt damit, dass Thema des Traktandums Vorbesprechungen zwischen den Unternehmen bei Submissionen gewesen sind. Aber auch der Umstand, dass eine «Freigabe» dann erfolgen soll, wenn «[Dritte]» dabei ist, belegt dies. Denn ein solches Vorgehen passt zu der Situation, dass eine Einigung über eine Submission durch ein nicht an der Koordinierung beteiligtes Unternehmen mittels eines günstigeren Angebots unterlaufen werden kann. In einer solchen Situation sind eine Zuteilung einer Submission und eine entsprechende Koordinierung der einzelnen Offerten wenig sinnvoll. Zuletzt geht der Bezug zu einzelnen ausgeschriebenen Projekten auch aus der protokollierten Stellungnahme der G. Leimbacher AG hervor, die laut Protokoll ausgeführt hat: «Von Objekt zu Objekt Vorbesprechungen ja».

175. Beweismässig erstellt ist damit, dass u. a. De Zanet, Reichmuth, die Toller Strassenbau AG, Oberholzer, die Stuag AG, Walo und die G. Leimbacher AG beim Treffen am 18. Mai 1994 erklärt haben, dass sie sich in Bezug auf einzelne Submissionen weiter koordinieren wollen.

A.5.3.1.4 Treffen am 25. Januar 1995

176. In dem in Rz 155 erwähnten roten Aktenordner findet sich im unbenannten Abschnitt des Weiteren ein auf den 2. Dezember 1994 datiertes Schreiben der Jules Hagedorn AG an Herrn [...] von der Stuag AG[235]. Mit diesem Schreiben übersendet [Vertreter der Hagedorn] als Beilage die «Submissionslisten der Sitzung vom 30.11.1994» an Herrn [...] und teilt weiter mit, dass die Sitzung vom 14. Dezember 1994 ausfalle und auf den 25. Januar 1995 verschoben werde. Als Treffpunkt wird das Restaurant Sternen in Benken genannt.

[235] Act. n° [...].

177. Weiter enthält der erwähnte Aktenordner handschriftliche Notizen über dieses Treffen[236]. Einleitend sei ein Auszug dieses Dokuments aufgeführt.

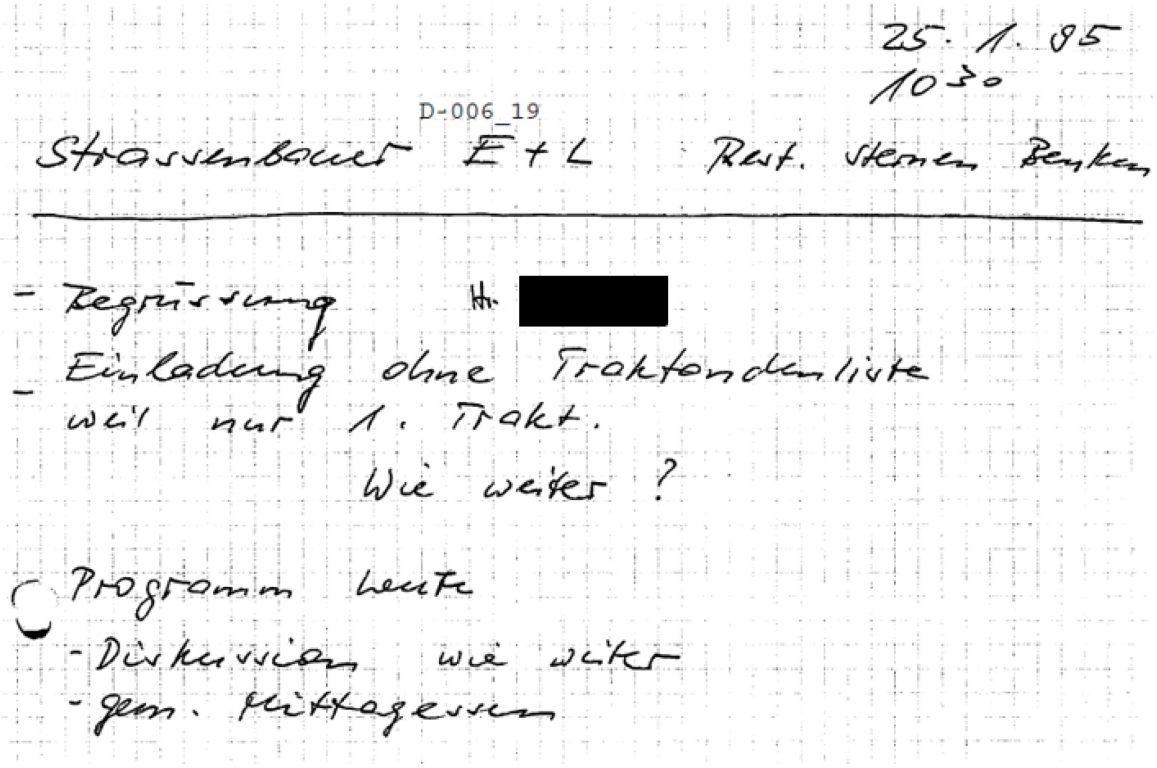


Abbildung 5: Auszug aus Act. n° [...]

178. Welche Unternehmen an dem Treffen anwesend waren, ergibt sich nicht unmittelbar aus den Notizen. Die Notizen sind lediglich überschrieben mit: «Strassenbauer E+L». Aus dem Zusammenhang mit anderen Beweismitteln lässt sich jedoch immerhin folgern, dass sich die Veranstaltung an die folgenden 12 Unternehmen richtete: De Zanet, Reichmuth, die Toller Strassenbau AG, Oberholzer, die Jules Hagedorn AG, die Stuag AG, die [Dritte], Walo, die [Dritte], die G. Leimbacher AG, die [Dritte] und die [Dritte]. Dies folgt insbesondere daraus, dass hinter dem Protokoll die in der Einladung erwähnte Submissionsliste für das Jahr 1994 eingeordnet ist[237], welche für die genannten Unternehmen jeweils eine eigene Spalte enthält. In diesen Spalten sind zwar lediglich Kürzel für die Unternehmungen eingetragen. Da sich in dem roten Aktenordner aber auch eine unausgefüllte Submissionsliste (siehe dazu auch Rz 262, 265 ff.) mit der Aufschlüsselung der Kürzel findet (Legende), ist anzunehmen, dass die genannten Unternehmen hinter den Kürzeln stehen[238]. Die Musterliste ist zur Veranschaulichung auszugsweise abgebildet:

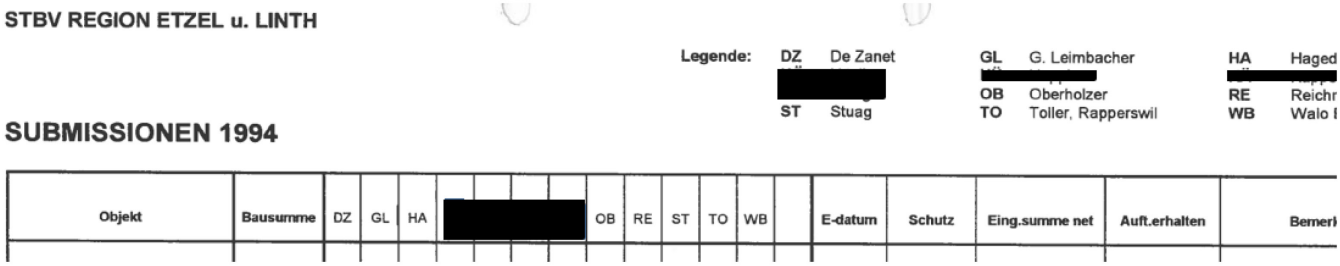


Abbildung 6: Auszug aus Act. n° [...]

179. Den Notizen lässt sich teilweise der Inhalt des Besprochenen entnehmen. Unter dem Punkt «Rückblick» heisst es u. a.: «Anfänglich ordentlich», «dann schlechter». Ausserdem habe damals «[Dritte]» ([Dritte]) gefehlt (siehe dazu auch Rz 174). Zusammenfassend zum Rückblick ist notiert: «Alle haben profitiert». Unter der Überschrift «Stand heute» heisst es in den Notizen weiter: «Alle reden … von Preisabsprachen».

[236] Act. n° [...].
[237] Act. n° [...].
[238] Vgl. auch die bei De Zanet beschlagnahmten Listen, welche sowohl Kürzel als auch das Firmenlogo enthalten; siehe dazu Act. n° [...].

180. Was bei dem Treffen darüber hinaus thematisiert worden ist, ergibt sich aus einem von [Vertreter der Hagedorn] angefertigten Redemanuskript, welches in dem besagten Aktenordner hinter den erwähnten Notizen aus dem Januar 1995, jedoch vor dem Protokoll betreffend das Treffen am 18. Mai 1994 eingeordnet wurde[239]. Schon aus der Einordnung des Dokuments vor dem Protokoll betreffend das 1994er-Treffen ergibt sich, dass das Manuskript im Zusammenhang mit dem Treffen im Januar 1995 stehen muss, da in dem Aktenordner jüngere Dokumente vor älteren Dokumenten eingeordnet worden sind. Eine solche zeitliche Zuordnung folgt darüber hinaus auch daraus, dass sich das Manuskript an 12 Unternehmen richtet (siehe unten Rz 183), am 18. Mai 1994 jedoch erst 11 Unternehmen zusammenarbeiteten (siehe oben Rz 171). Das Unternehmen «[Dritte]» ([…]) war zu jenem Zeitpunkt gerade nicht in die Koordinierung involviert (vgl. auch Rz 174, 179). Später hat sich das Unternehmen dagegen beteiligt. Dies folgt zum einen aus der bereits erwähnten Liste mit dem Titel «Submissionen 1994»[240]. Zum anderen wird das Unternehmen «[Kürzel]» in der unmittelbar hinter der Einladung zum Treffen im Januar 1995 eingeordneten handschriftlichen Notiz[241] als anwesend geführt.

181. Diese zeitliche Einordnung hat [Vertreter der Hagedorn] an seiner Einvernahme am 2. März 2015 selbst bestätigt. Er führt aus, dass es sich bei der Notiz um eine «Vorbereitungsnotiz» handele, die dazu gedient habe, «die Sitzungen aufzugleisen».[242]

182. Das Manuskript ist in vier Punkte gegliedert. Unter Punkt 1. dankt [Vertreter der Hagedorn] den anwesenden Personen für das Erscheinen und erläutert, dass eine Grundsatzabstimmung über das weitere Vorgehen erfolgen solle. Über was abgestimmt werden soll, zeigen die folgenden Punkte.

183. Punkt 2 ist mit «Apell» überschrieben. Mit diesem Appell richtet sich [Vertreter der Hagedorn] an die «12 Firmen», weil sie «80 % Arbeit in diesem Raum» abdecken könnten. Weiter heisst es dazu: «1977 ähnlich […]». Aus Punkt 2 ist damit zu folgern, dass [Vertreter der Hagedorn] eine Zusammenarbeit ähnlich wie 1977 wollte. Zwar ging damals die Initiative von Herrn «[…]» aus (siehe dazu oben Rz 155 ff.). Da aber die zeitliche Einordnung («1977») passt und die Zielsetzung beider Treffen die gleiche ist (siehe dazu sogleich Rz 184), ist jedoch anzunehmen, dass es sich um einen Orthografiefehler handelt.

184. Punkt 3 des Manuskripts enthält laut Überschrift die «Zielsetzung» der Zusammenarbeit. Ziel der Zusammenarbeit war es demnach, «bessere Preise für alle» zu erreichen. Dies wird folgendermassen konkretisiert: «alle müssen im Verhältnis zu Grösse, Struktur, Ortsansässigkeit, etc. gleich profitieren». Dies brauche nach Meinung von [Vertreter der Hagedorn] zwar «Geduld und Zeitaufwand, der sich aber auszahlt». Das Ziel könne nur erreicht werden, wenn man mit «mit Herz/innerlich dabei» sei und zudem «70–80 % der Anbieter einer Gegend dabei» seien.

185. Unter Punkt 4 wird das konkrete Vorgehen zur Erreichung des angesprochenen Ziels skizziert. Es heisst dort:

«- Alle 14 Tage Sitzung

- *Alle Submissionen vorbesprechen*
- *Buch führen und Prioritäten setzen, wenn möglich klar S*
- *Freigaben natürlich immer möglich (freie Unternehmer!)*
- *Nicht die Regel, sonst nützt's nichts»*

186. Weiter formuliert [Vertreter der Hagedorn] in dem Manuskript: «Unsere Aufgabe 1. Geldverdienen > keine Schande 2. Genügend Arbeit». In Bezug auf die Absprache von konkreten Projekten heisst es: «z. B. […] SV durchführen nach System X, wichtig wegen Preis».

187. Hinsichtlich der anberaumten Grundsatzabstimmung führte [Vertreter der Hagedorn] aus: «Wer glaubt, dass das ein Konzept ist, bei welchem der Preis besser wird und zwar für alle im Verhältnis ihrer Grösse, Struktur, etc.; Wer aber auch bereit ist, ca 10 x mehr S zu geben als zu erhalten; Kurz, wer unter dem Strich für seine Firma einen positiven Salde sieht der Stimme ja mit der Überzeugung dieser Konzept min. 1. Jahr durchzuziehen und nicht bei ersten Windstoss zu resignieren und ‚ausruft'.»

188. [Vertreter der Hagedorn] hat in diesem Redemanuskript ein System zur Koordinierung von einzelnen Submissionen aufgezeigt, wie es in Grundzügen schon vor 1995 immer wieder konzipiert worden ist und wie es auch im sanktionsrelevanten Zeitraum letztlich durchgeführt worden ist (siehe dazu unten Rz 280 ff.). Dieses System beinhaltet, dass sich die Unternehmen zur Verbesserung der Preise bezüglich der in ihrem gemeinsamen Gebiet ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte koordinieren wollen. Diese Koordination sollte derart erfolgen, dass man sich alle 14 Tage trifft, um «alle Submissionen» vorzubesprechen.

189. Aus den in Rz 185 genannten Ausführungen von [Vertreter der Hagedorn] ist in beweismässiger Hinsicht weiter zu folgern, dass ein an einem Projekt interessiertes Unternehmen klar kommunizieren sollte, wenn es «S» wollte. Aus den sonstigen Beweismitteln und dem Zusammenhang, in dem dies geäussert wird, ist dabei zu folgern, dass «S» mit «Schutz» gleichzusetzen ist (siehe auch Rz 232 f.). Dieser Interpretation der Notiz steht nicht entgegen, dass [Vertreter der Hagedorn] in einer Einvernahme äusserte, «S» stehe in diesem Dokument «vielleicht» für «Priorität».[243] Dies gilt schon deshalb, weil [Vertreter der Hagedorn] nicht erläuterte, was wiederum unter «Priorität» zu verstehen sein soll und zudem eine Gleichsetzung von «S» mit «Priorität» gerade für das genannte Verständnis des Satzes sprechen würde. Denn in diesem Fall wäre der Satz so zu verstehen, dass ein Unternehmen für sich «Priorität»

[239] Act. n° [...].
[240] Act. n° [...].
[241] Act. n° [...].
[242] Act. n° [...].
[243] Act. n° [...].

bezüglich eines Projekts beanspruchen konnte. Ein solcher Vorrang müsste denklogisch mit dem Wunsch nach «Schutz» verbunden sein, weil andernfalls die «Priorität» gar nicht umgesetzt werden könnte. Dieser Aspekt kann allerdings ohnehin unberücksichtigt bleiben, da es nicht glaubhaft ist, dass der Buchstabe «S» als Abkürzung für ein Wort verwendet wird, welches gar nicht mit «S» beginnt. Berücksichtigt man dazu, dass andere Beweismittel (z. B. die HA-Liste, siehe unten Rz 229) Einträge wie «Schutz» und «geschützt» enthielten, so muss angenommen werden, dass «S» an dieser Stelle für «Schutz» steht. Auch Walo geht bezüglich dieser Notiz von [Vertreter der Hagedorn] davon aus, dass «S» mit «Schutz» gleichzusetzen ist[244].

190. Mit dem 3. Spiegelstrich in Rz 185 kann [Vertreter der Hagedorn] also nur gemeint haben, dass ein Unternehmen sein Interesse nur dann anmelden sollte, wenn es das Projekt auch wirklich ausführen wollte. Dies diente der Konfliktvermeidung, d.h. der Vermeidung eines Streits um ein bestimmtes Projekt. Wenn zwei Unternehmen gleichermassen an einem Projekt interessiert waren, so war laut [Vertreter der Hagedorn] immer noch die «Freigabe» möglich, was wiederum bedeutet, dass sich zwei gleichermassen interessierende Unternehmen über den Preis miteinander konkurrierten und keine Koordinierung der Angebote erfolgte.

191. Auch die Art und Weise der Koordinierung in Bezug auf ein bestimmtes Projekt wurde durch [Vertreter der Hagedorn] vorgezeichnet. Massgeblich ist in dieser Hinsicht der Satz: «z. B. […] SV durchführen nach System X, wichtig wegen Preis». Was hiermit gemeint ist, ergibt sich wiederum aus einer Notiz, welche ebenfalls in dem Aktenordner gefunden wurde[245]. Diese Notiz sah wie folgt aus:

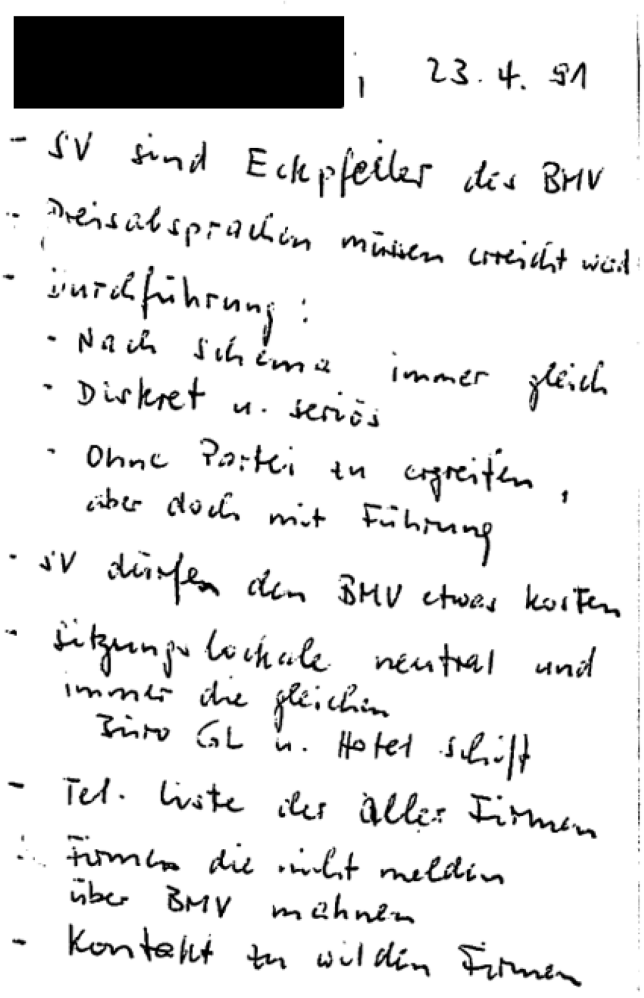

[redacted] 23. 4. 91
- SV sind Eckpfeiler des BHV
- Preisabsprachen müssen erreicht wer
- Durchführung:
  - Nach Schema immer gleich
  - Diskret u. seriös
  - Ohne Partei zu ergreifen, aber doch mit Führung
- SV dürfen den BHV etwas kosten
- Sitzungslokale neutral und immer die gleichen
  Bsp GL u. Hotel Schiff
- Tel. Liste der allen Firmen
- Firmen die nicht melden über BHV mahnen
- Kontakt zu wild. Firmen

Abbildung 7: Auszug aus Act. n° [...]

192. […] war im Jahr 1988 vom Baumeisterverband des Kantons St. Gallen zum «Leiter der Submittentenversammlungen» für die Sektion Etzel und Linth bestimmt worden[246]. Es ist daher anzunehmen, dass die oben genannte Notiz die Vorgaben für eine Submittentenversammlung (Abkürzung hierfür: «SV», s. dazu Rz 245 f.), bei der die an einer bestimmten Submission interessierten Unternehmen zusammenkommen, enthält. Nach dieser Notiz «müssen» bei solchen SV «Preisabsprachen» erreicht werden.

[244] Act. n° [...].
[245] Act. n° [...].
[246] Act. n° [...].

193. Aus dem Inhalt des Manuskripts und seiner entsprechenden Einordnung in dem Aktenordner ist zu schliessen, dass die anderen 11 Unternehmen (inkl. [Dritte]) der Strassenbauvereinigung Etzel und Linth vom Inhalt des Manuskripts Kenntnis erlangt haben. Zwar gibt [Vertreter der Hagedorn] an, dass er sich nicht mehr daran erinnern könne, ob dies passiert sei.[247] Dafür spricht aber, dass das Manuskript zusammen mit wichtigen «Nostalgie»-Dokumenten in dem besagten Ordner abgelegt worden ist und dass es zudem Grundaussagen zur Funktionsweise der Zusammenarbeit zwischen den Strassen- und Tiefbauunternehmen enthält (siehe dazu sogleich Rz 182 ff.). Da diese Zusammenarbeit überhaupt nur funktionieren kann, wenn sich alle Unternehmen an ihr beteiligen, ist anzunehmen, dass die anderen Unternehmen vom Inhalt des Dokuments im Januar 1995 Kenntnis erlangt haben. Zudem richten sich einzelne Textpassagen konkret an andere Unternehmen, teilweise verbunden mit der Bitte, den Vorschlägen von [Vertreter der Hagedorn] zu folgen.

194. Ob sich die anderen Unternehmen den Vorgaben von [Vertreter der Hagedorn] angeschlossen haben, kann der Notiz nicht unmittelbar entnommen werden. Zu berücksichtigen ist in beweismässiger Hinsicht jedoch, dass sich fast alle Untersuchungsadressatinnen und/oder ihre Rechtsvorgängerinnen (exkl. Anoba Holding AG, Oberholzer AG Eschenbach/OBERHOLZER Bauleistungen AG[248], Reichmuth Bauunternehmungen AG[249]) zwischen 1995 und Ende 2001 «planentsprechend» verhalten haben. Wie noch gezeigt wird, haben sich diese Unternehmen nämlich in der Zeit zwischen 1995 und Ende 2001 in Bezug auf konkrete Projekte entsprechend dem Plan koordiniert (siehe dazu unten Rz 221 ff.) sowie sich bisweilen im 14-Tage-Rhythmus getroffen und sich an den «Submissionsprogrammen» beteiligt (siehe dazu unten Rz 253 ff.). Hieraus kann nicht nur gefolgert werden, dass diese Unternehmen von der Notiz Kenntnis erlangt haben, sondern auch, dass sie den Inhalt billigten.

A.5.3.1.5 Treffen am 1. März 1995

195. In dem in Rz 155 erwähnten Aktenordner findet sich im unbenannten Abschnitt des Weiteren eine Einladung zu einer Sitzung, welche am 1. März 1995 bei De Zanet stattfinden sollte[250]. Unterschrieben ist die Einladung von [Vertreter der De Zanet]. Die Einladung ist laut Posteingangsstempel der Jules Hagedorn AG am 22. Februar 1995 dort eingegangen. Der Posteingangsstempel trägt das Kürzel von [Vertreter der Hagedorn]. An welche Unternehmen und Personen die Einladung gerichtet war, zeigt folgender Ausschnitt aus dem Dokument:

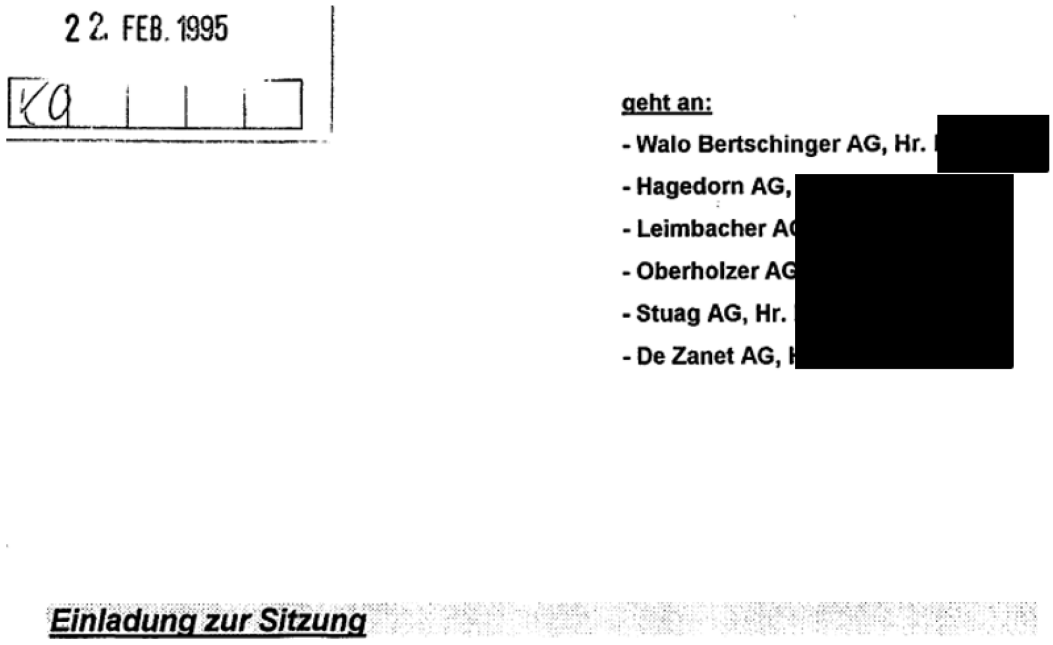


Abbildung 8: Auszug aus Act. n° [...]

[247] Act. n° [...].
[248] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.
[249] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG zu übernehmen; s. o. Rz 11.
[250] Vgl. Act. n° [...].

196. Auf der Rückseite der Einladung hat [Vertreter der Hagedorn] ein Protokoll der Sitzung verfasst. Teilgenommen haben danach «DZ», «GL», «HA», «OB», «ST» und «WB». Mit Blick auf den Adressatenkreis der Einladung und zahlreiche andere Beweismittel ist es als bewiesen anzusehen, dass DZ für De Zanet steht, für GL die (Georges) Leimbacher AG, für HA die Jules Hagedorn AG, für OB Oberholzer, für ST die Stuag AG und für WB Walo (s.a. Rz 178). Diese Unternehmen haben dementsprechend an der Sitzung am 1. März 1995 teilgenommen.

197. Was [Vertreter der Hagedorn] zum Inhalt des am Treffen Besprochenen notiert hat, zeigt folgender Auszug aus dem handschriftlichen Protokoll:

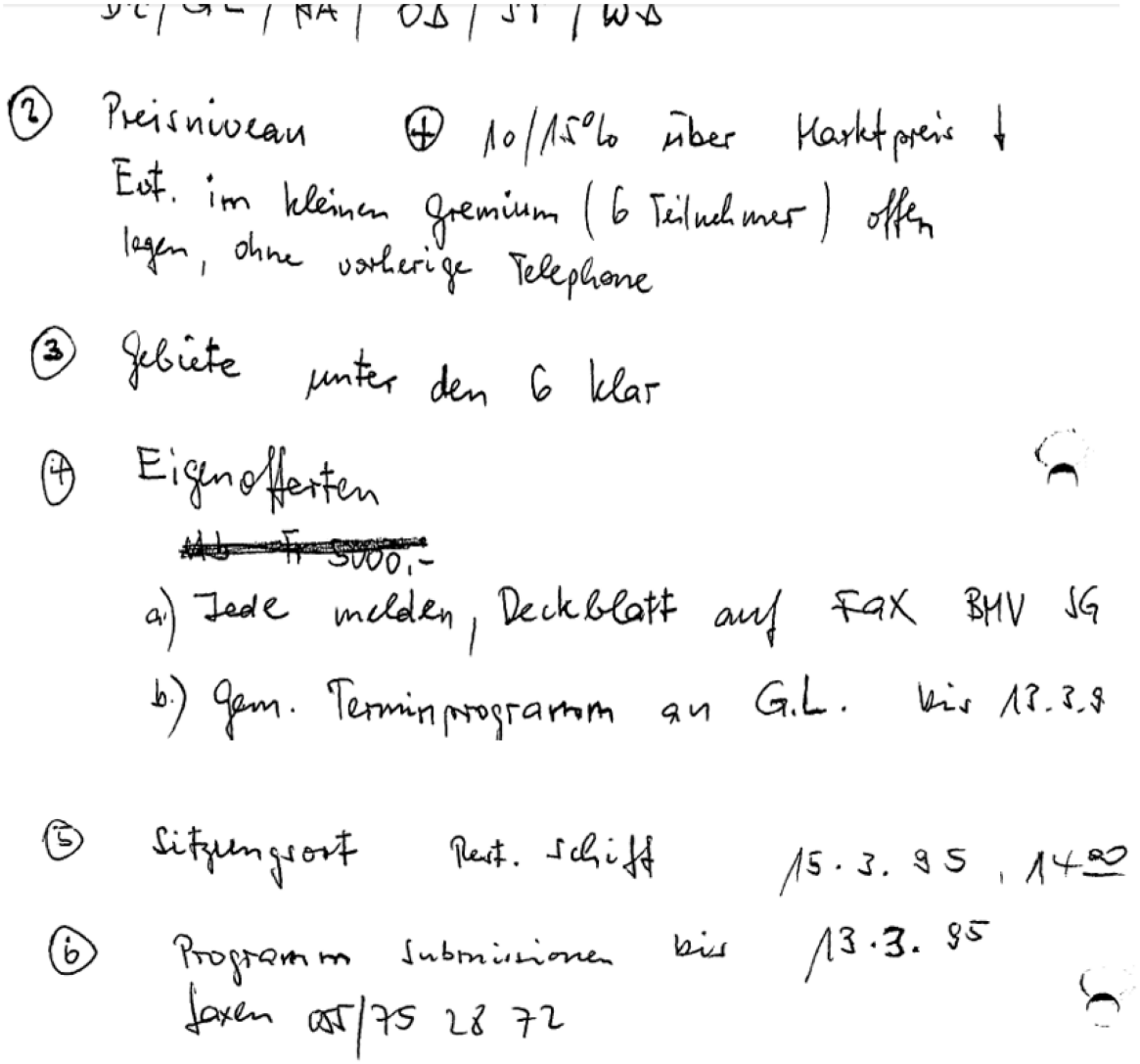


Abbildung 9: Auszug aus Act. n° [...]

198. Aus dem Protokoll geht damit in beweismässiger Hinsicht hervor, dass die teilnehmenden Unternehmen erneut die Koordination von einzelnen Projekten besprochen haben. Darüber hinaus zeigt das Protokoll, dass sie sogar festgelegt haben, dass das Preisniveau, welches sie erzielen wollen, letztlich 10 bis 15 % über den Marktpreisen liegen sollte.

199. Weiter wird durch die Teilnehmer festgelegt, dass die «Gebiete unter den 6 klar» sein müssen. Ob daraus zu folgern ist, dass es gewisse Gebiete geben sollte, in denen es jeweils eine Art «natürlichen» Vorrang eines bestimmten Unternehmens betreffend dort ausgeschriebene Projekte gibt, ist dem Beweismittel nicht eindeutig zu entnehmen. [Vertreter der Walo] von Walo, welcher zu dem Treffen eingeladen war, das Protokoll aber *nicht* verfasst hat, erklärte in Bezug auf Punkt 3 des Protokolls, dass an dem Treffen nur das «gemeinsame» Gebiet aller beteiligten Unternehmen festgelegt worden sei. Es sei nicht um die Aufteilung des Gebiets bzw. die Zuteilung von Gebieten gegangen.[251] Ob die Aussage von [Vertreter der Walo] richtig ist, kann dahin stehen, da sie nicht entscheidungserheblich ist. Anzumerken ist gleichwohl, dass der Wortlaut des Protokolls gegen das von [Vertreter der Walo] behauptete Verständnis spricht. Denn die Verwendung des Substantivs «Gebiete» im Plural sowie der Präposition «unter» bringt zum Ausdruck, dass es nicht um die Abgrenzung eines Gebiets

[251] Act. n° [...].

nach aussen, sondern um die Aufteilung von Gebieten nach innen, d.h. «zwischen» den beteiligten Unternehmen, gegangen sein muss.

200. Weiter geht aus dem Protokoll hervor, dass alle Eigenofferten an die Georges Leimbacher AG gemeldet werden sollen. Auch sollte das «Programm Submissionen» bis zum 13. März 1995 an eine bestimmte Faxnummer gesendet werden.

A.5.3.1.6 Treffen Ende 2001

201. Ein handschriftliches Dokument der Jules Hagedorn AG gibt Auskunft über eine Sitzung, welche Anfang der 2000er-Jahre – aber vor dem Jahr 2002 – stattgefunden hat[252]. Diese zeitliche Einordnung ergibt sich daraus, dass in dem Dokument bestimmte Elemente der Zusammenarbeit erst für das Jahr 2002 geplant werden (Stichwort: Quotenregelung). Zudem wird ein Treffen hinsichtlich des Projekts […] für den 18. Dezember 2001 (11 Uhr) avisiert. Ob es sich bei der handschriftlichen Notiz um eine Sitzungsmitschrift oder aber, aufgrund allfälliger Sitzungsabwesenheit von [Vertreter der Hagedorn], um dessen schriftliche Beiträge handelt, die verlesen wurden, ist ungewiss. Dies bleibt jedoch unerheblich, weil anzunehmen ist, dass die Untersuchungsadressatinnen und/oder ihre Rechtsvorgängerinnen vom Inhalt der Notiz Kenntnis erlangt und diesen gebilligt haben (siehe unten Rz 207).

202. In der Notiz finden sich unterschiedliche Ausführungen zu einzelnen Projekten (siehe unten Rz 250), aber auch zu generellen Themen. Bezüglich der an dieser Stelle interessierenden generellen Themen ist zunächst auf Traktandum 4 hinzuweisen, welches das Thema Eigenofferten betrifft. Hierzu heisst es in der Notiz: «Eigenofferten sind ‚heilig' bzw. müssen vom Mitbewerber wenn irgendwie vertretbar ‚abgedeckt' werden».

203. Unter Traktandum 5 werden sodann organisatorische Punkte zur allgemeinen Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen festgehalten. So beantragt [Vertreter der Hagedorn] (Kürzel […]) unter dem Traktandum 5.1, dass im Jahr 2002 «alle 14 Tage gem. Programm stur Strassenbauersitzungen durchzuführen» seien. Unter Traktandum 5.2 wird festgehalten, dass Eigenofferten bis CHF 200'000.- «zu schützen» seien. Weiter wird festgehalten, dass sich diese Vorgaben auf die Gebiete See, Gaster, March und Höfe beschränken.

204. [Vertreter der Hagedorn] schlägt unter dem Traktandum 5.4 ausserdem vor, dass für das Jahr 2002 eine «Quotenregelung» ausgearbeitet werden solle. Diese Quotenregelung müsse «möglichst alle Parameter einer Firma» berücksichtigen.

205. Unter dem Traktandum 5.5. wird das Thema «Delegation» behandelt. Danach dürfe immer nur eine Person die Unternehmung vertreten («Ausnahme Ferienvertretung»). Weiter heisst es: «Gemeint ist von mir speziell die Batigroup, welche je nach Gemeinde [Vertreter der Batigroup] oder [Vertreter der Batigroup] als Vertreter delegiert».

206. [Vertreter der Hagedorn] schlägt weiter vor, dass man sich am 18. Dezember 2001 wieder treffen solle, um insbesondere die Traktanden 5.1. und 5.2. zu besprechen. Die Notiz endet mit dem Satz: «Ich wünsche allen eine gute Sitzung und einen schönen Abend» und ist von [Vertreter der Hagedorn] unterschrieben.

207. Mittels dieser handschriftlichen Notiz kann bewiesen werden, dass [Vertreter der Hagedorn] eine der Notiz entsprechende Zusammenarbeit mit anderen Strassen- und Tiefbauunternehmen wollte. Ob sich andere Unternehmen den Vorgaben von [Vertreter der Hagedorn] angeschlossen haben, kann dem Beweisstück dagegen nicht entnommen werden. Bei der Beweiswürdigung ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich fast alle Untersuchungsadressatinnen und/oder ihre Rechtsvorgängerinnen (exkl. Anoba Holding AG, Reichmuth Bauunternehmung AG) auch nach 2001 «planentsprechend» verhalten haben. Wie noch gezeigt wird, haben sich diese Unternehmen nämlich in der Zeit nach 2001 in Bezug auf konkrete Projekte entsprechend den Vorgaben von [Vertreter der Hagedorn] koordiniert (siehe dazu unten Rz 221 ff. und Rz 674 ff., 747 ff.). Zudem haben sie sich häufig im 14-Tage-Rhythmus getroffen, sich an den «Submissionsprogrammen» und Marktabklärungslisten beteiligt (siehe Rz 265 ff. und Rz 854 ff.) und ihre Eigenofferten gemeldet (siehe dazu unten Rz 1031 ff.). Hieraus kann gefolgert werden, dass diese Unternehmen von der Notiz Kenntnis erlangt haben und ihren Inhalt billigten.

A.5.3.1.7 Zwischenergebnis

208. Die Auswertung der genannten beschlagnahmten Dokumente hat ergeben, dass es in der Zeit zwischen 1977 und 2002 regelmässig zu Kontakten zwischen fast allen Untersuchungsadressatinnen – mit Ausnahme der Anoba Holding AG, der Oberholzer AG Eschenbach/OBERHOLZER Bauleistungen AG[253], der Reichmuth Bauunternehmung AG[254] und der Bernet Bau – und/oder deren Rechtsvorgängerinnen kam. Bei den geschilderten Kontaktaufnahmen haben die beteiligten Unternehmensvertreter jeweils vereinbart, die in «ihren» Gebieten ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte untereinander aufzuteilen und sich hinsichtlich konkreter Submissionen jeweils derart zu koordinieren, dass es diesbezüglich zu Preisabsprachen kommen sollte.

209. Dass die Unternehmen schon seit den 1970er Jahren zusammenarbeiten, ergibt sich auch aus den Aussagen einiger Untersuchungsadressatinnen. So hat etwa die De Zanet ausgesagt, dass sie schon seit 1974 an Sitzungen gewesen sei.[255] Auch die Toller hat angegeben, dass es schon sehr lange eine Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen gab. Anlässlich ihrer Einvernahme führte sie zur Geschichte der Zusammenarbeit Folgendes aus:

[252] Act. n° [...].
[253] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.
[254] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG zu übernehmen; s. o. Rz 11.
[255] Act. n° [...].

«Vor 2000 gab es noch Sitzungen, da hat man das arithmetische Mittel der Summe der Offerten ausgerechnet. [Anmerkung beim Verlesen: Da habe ich aber nicht teilgenommen. Das ist nur Geschichte vom Hörensagen]. Wenn wir dann an der Reihe gewesen wären, dann haben sie alle viel zu tief gerechnet, das war nicht mal Kostendeckend. Das hat irgendwann aufgehört. Da wir nicht im Baumeisterverband sind, waren wir eigentlich nicht dabei. Dies ist alles 15-20 Jahre vorbei.

Es gab dann so Wellenbewegungen. Da hat jemand telefoniert. Dem Vorgang haben wir Schutz gesagt. In den 90er Jahren war das abgeflacht und auf etwa 2000 angestiegen. Dann wieder abgeflacht. Aber wir sind in den letzten Jahren in Ruhe gelassen worden, vermutlich weil wir nicht mitmachten.»[256]

210. Dass hinter den Koordinierungen zwischen den Unternehmen im Einzelfall (siehe dazu unten Rz 221 ff.) eine projektübergreifende Koordinierungsabsicht der in Rz 208 geschilderten Art stehen muss, ergibt sich auch aus folgender Überlegung: Ein ökonomisch vernünftig handelndes Unternehmens, dessen naturgemässes Ziel die Sicherung und Steigerung des eigenen Gewinns ist, wird nur dann bewusst zugunsten von Konkurrenten auf konkrete Projekte, die es selber ausführen könnte, verzichten (und eine Stützofferte eingeben), wenn es hierfür einen ökonomisch vernünftigen Grund im Sinne einer Gegenleistung gibt. Ein solcher Grund kann nicht darin liegen, dass ein Unternehmen keine Kapazitäten für ein Projekt hat, jedoch bei der ausschreibenden Stelle im Gespräch bleiben möchte und sich deshalb mit dem designierten Gewinner über den einzugebenden Preis austauscht. Denn auch so würde es dieses Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen ermöglichen, dessen Gewinn – ohne Gegenleistung – zu erhöhen. Dies bring auch Toller für zum Ausdruck, welche ausgesagt hat:

«Wenn ich jemanden einen besseren Preis geben würde, dann würde ich meine Konkurrenz fördern, welche uns dann später schadet. Das bringt nichts.»[257]

211. Wenn es aber gleichwohl Stützofferten gegeben hat, dann muss diesen die Erwartung zugrunde gelegen haben, von dem geschützten Konkurrenzunternehmen – als Gegenleistung – künftig bei einer anderen Submission Schutz oder aber eine andere Gegenleistung (z. B. direkte Geldzahlung) zu erhalten. Vorliegend gibt es keinerlei Anhaltspunkte für direkte Geldzahlungen zwischen den Unternehmen als Ausgleich für Stützofferten. Wenn sich also dieselben Unternehmen wechselseitig mittels Stützofferten unterschiedliche Submissionen «zuschanzen», so muss diesem Verhalten zwangsläufig die Idee eines «Rotationssystems» zugrunde liegen. Deutlich zum Ausdruck kommt dies in der bereits erläuterten Notiz von [Vertreter der Hagedorn]. Darin heisst es:

«Wer aber auch bereit ist, ca 10 x mehr S zu geben als zu erhalten; Kurz, wer unter dem Strich für seine Firma einen positiven Salde sieht der Stimme ja mit der Überzeugung dieser Konzept min. 1. Jahr durchzuziehen...»[258]

212. Dieses «Rotationssystem» diente dem übergeordneten Ziel, «bessere Preise» zu erzielen. In Bezug auf die Umsetzung des gefassten Plans sticht vor allem die häufige Wiederkehr des 14-Tage-Rhythmus‘ ins Auge. So wurde in den Jahren 1988, 1995 und 2001 jeweils thematisiert und (teilweise) auch vereinbart, dass man sich alle 14 Tage treffen sollte, um Submissionen «vorzubesprechen». Im Jahr 1977 wurde sogar beschlossen, dass man sich «Montags» zu Submittentenversammlungen, d.h. wöchentlich, treffen wolle. Dies alles zeigt, dass häufige und regelmässige Treffen für die Erreichung des Ziels wesentlich sind. Bestätigt wird dies auch durch Aussagen der Walo, welche ausführten, dass man sich wegen der Kürze der Eingabefristen häufig treffen musste, andernfalls wäre eine effektive Zusammenarbeit gar nicht möglich gewesen.[259]

213. Die Oberholzer und die Toller behaupten in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats sinngemäss, dass es das oben beschriebene gemeinsame Ziel der genannten Gesellschaften, sich im Rahmen eines «Rotationssystems» möglichst viele Submissionen im Untersuchungsgebiet auf die oben beschriebene Art und Weise zuzuteilen, in der Zeit vor 2002 nicht gegeben habe.[260] Die Oberholzer begründet dies im Wesentlichen damit, dass es ein derartiges Ziel nur gegeben haben könne, wenn zugleich auch ein funktionierendes Kontrollsystem betreffend die systematische Zuteilung bestanden hätte.

214. Dieser Einwand ist indes nicht überzeugend. Dies schon deshalb, da die beiden Gesellschaften in keiner Weise auf die vorliegenden und in den Rz 154–207 umfassend dargestellten und gewürdigten Beweismittel eingehen. Sollte die Behauptung der beiden Gesellschaften wahr sein, so müsste die Würdigung dieser Beweismittel Fehler enthalten. Es ist indessen nicht ersichtlich, an welcher Stelle die oben aufgeführte Beweiswürdigung Fehler enthalten soll. Solche Fehler wurden von den beiden Gesellschaften im Übrigen auch an keiner Stelle geltend gemacht. Die Oberholzer und die Toller behaupten vielmehr – ohne auf die vorliegenden Beweismittel einzugehen – schlichtweg nur, dass es das genannte Ziel nicht gegeben habe.

215. Darüber hinaus überzeugt der Verweis der Oberholzer auf das fehlende Kontrollsystem nicht. Denn das Bestehen des gemeinsamen Ziels der Zuteilung im Rahmen eines «Rotationssystems» ist gar nicht von der Existenz eines Kontrollsystems abhängig. Denn das genannte Ziel liegt ja schon vor, wenn die beteiligten Unternehmen davon ausgehen, dass sie – wenn sie Stützofferten abgeben – in Zukunft im Gegenzug auch berechtigt sein werden, Stützofferten zu verlangen. Einer solchen gegenseitigen Erwartungshaltung ist nämlich zwingend das Ziel der gegenseitigen Zuteilung immanent. Ein Kontrollsystem, wie es die Oberholzer als Voraussetzung für das genannte Ziel zu fordern scheint,

[256] Act. n° [...].
[257] Act. n° [...].
[258] Act. n° [...].
[259] Act. n° [...].
[260] […].

würde hingegen lediglich das Verfahren, mithin das «wie» der Zuteilung, aber keinesfalls das «ob» der Zuteilung betreffen. Ein Kontrollsystem ist mit anderen Worten ein der Zielsetzung nachgelagertes Überwachungssystem zur Erhöhung der Verlässlichkeit der Rotation, welches das gemeinsame Ziel nicht begründet, sondern «nur» voraussetzt (siehe dazu auch unten Rz 273). Das Ziel der gemeinsamen Zuteilung von Projekten kann also ohne weiteres unabhängig vom Bestehen eines Kontrollsystems existieren. Angesichts dessen sowie der vorliegenden, oben aufgeführten und ausführlich gewürdigten Beweismittel ist der Einwand der Oberholzer und der Toller, es habe das oben beschriebene gemeinsame Ziel der genannten Gesellschaften nicht gegeben, als nicht überzeugende Schutzbehauptung zu qualifizieren.

216. Die Toller macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats darüber hinaus geltend, sie könne an Sachverhalten vor 2002 selbst gar nicht beteiligt gewesen. Denn wenn in den vorgenannten Beweismitteln der Name «Toller» genannt sei, dann handele es sich dabei um die Toller Strassenbau AG, welche trotz familiärer Beziehungen zwischen den jeweiligen Inhabern «vollkommen unabhängig» von der Toller Unternehmungen AG (bzw. vormals Toller Gartenbau AG) gewesen sei. Die Toller habe erst im Jahr 1998/1999 (damals noch als Toller Gartenbau AG) von der Toller Strassenbau AG Inventar und Personal übernommen und sei erst ab dann im Bereich Strassen- und Tiefbau aktiv geworden. Sie weist weiter darauf hin, dass die Toller Strassenbau AG bis ins Jahr 2004 ein – wenn auch «inaktives» bzw. nur noch im Bereich der Immobilienverwaltung tätiges – unabhängiges Unternehmen gewesen sei; erst danach habe die Toller Unternehmungen AG die Toller Strassenbau AG übernommen.

217. Hinsichtlich dieser Einwände ist zunächst klarzustellen, dass es im Gegensatz zu den oben aufgeführten Behauptungen der Toller als erwiesen angesehen wird, dass die operativen Tätigkeiten der Toller Gartenbau AG und der Toller Strassenbau AG bereits im Jahr 1995 zusammengelegt wurden. Dies gibt die Toller auf ihrer Internet-Homepage selbst an (siehe dazu auch Rz 28 f.).[261] Sie gibt dort auch an, dass die beiden Gesellschaften ab 1995 «zusammen als Toller Unternehmungen AG» auftraten. Hierfür spricht auch, dass die Umbenennung der Toller Gartenbau AG in Toller Unternehmungen AG – anders als es aus den Ausführungen der Toller hervorgeht – bereits im April 1996 erfolgte.[262] Daraus ist zu folgern, dass der Zeitpunkt der Übernahme des Personals und des Inventars der Toller Strassenbau AG durch die Toller Gartenbau AG (ab 1996: Toller Unternehmungen AG) sowie des Beginns der genannten «Inaktivität» der Toller Strassenbau AG im Jahr 1995 liegt.

218. Unabhängig davon ist ohnehin nicht anzunehmen, dass die Toller Strassenbau AG und die Toller Gartenbau AG unabhängig voneinander agierten. Denn […], der damalige und heutige […] des Verwaltungsrats der Toller Strassenbau AG, gehörte seit der Gründung der Toller Gartenbau AG dem Verwaltungsrat der Toller Gartenbau AG bzw. der Toller Unternehmungen AG bis heute stets dem Verwaltungsrat der Gesellschaft (zunächst als […], ab Oktober 1997 als […]) an. Des Weiteren zeigen die Ausführungen der Toller Unternehmungen AG auf ihrer Internet-Homepage, dass die Toller Gartenbau AG «als Ergänzung zum Strassen- und Tiefbau» von der Toller Strassenbau AG bzw. den hinter ihr stehenden natürlichen Personen gegründet wurde. Kommt hinzu, dass [Vertreter der Toller], seit der Gründung der Toller Gartenbau AG im Jahr 1989 bis heute gemeinsam mit […] ununterbrochen dem Verwaltungsrat der Toller Gartenbau AG bzw. der Toller Unternehmungen AG angehört(e). Aus alldem ist deshalb zu folgern, dass die Toller Gartenbau AG bzw. die Toller Unternehmungen AG und die Toller Strassenbau AG seit 1989 nie unabhängig voneinander agierten und die Toller Unternehmungen AG (bzw. deren Organe) Wissen von der Tätigkeit der Toller Strassenbau AG hatte(n).

219. Soweit die Toller angibt, sie sei an den Vorgängen vor 2002 nie beteiligt gewesen, sei auf die vorliegenden Beweismittel verwiesen. Aus ihnen geht nicht nur hervor, dass die Toller Strassenbau AG an Koordinationen mitgewirkt hat (siehe Rz 171 ff., 221 ff.), sondern auch, dass die Toller Unternehmungen AG nach der Übernahme des Strassen- und Tiefbaugeschäfts im Jahr 1995 mit den anderen Strassen- und Tiefbauunternehmen auf die in den Rz 221 ff. beschriebene Art und Weise zusammengearbeitet hat.[263] Ob das Verhalten des Strassen- und Tiefbauunternehmens «Toller» vor 1995 der Toller Unternehmungen AG in rechtlicher Hinsicht zugerechnet werden kann, kann offen bleiben, da die Toller Unternehmungen AG jedenfalls in der Zeit ab 2002 unbestrittenermassen Trägerin des Strassen- und Tiefbauunternehmens war und das Unternehmen für diese Zusammenarbeit sanktioniert wird (siehe dazu insbesondere unten Rz 1128 ff.).

220. Zusammenfassend ist damit bewiesen, dass die in Rz 208 genannten Gesellschaften in der Zeit vor 2002 mit dem oben beschriebenen Ziel zusammenarbeiteten, sich im Rahmen eines «Rotationssystems» möglichst viele Submissionen im Untersuchungsgebiet auf die oben beschriebene Art und Weise zuzuteilen.

A.5.3.2 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Verabredungen über die Zuteilung von einzelnen Projekten

221. Im Folgenden wird gezeigt, dass es in Umsetzung der in Rz 208 genannten Ziele zu Koordinierungen zwischen fast allen Untersuchungsadressatinnen und/oder ihren Rechtsvorgängerinnen (exkl. Anoba Holding AG, Oberholzer AG Eschenbach/OBERHOLZER Bauleistungen AG[264], Reichmuth Bauunternehmung AG[265]) in Bezug auf konkrete Ausschreibungen von Strassen- und Tiefbauprojekten kam.

[261] Siehe http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1995 (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).
[262] SHAB Nr. 69 vom 10.4.1996, S. 2428.
[263] In den vorliegenden Beweismitteln ist vermerkt, dass die Toller Unternehmungen AG vor 2002 Schutz gegeben und erhalten hat; vgl. […].
[264] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.
[265] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen zu übernehmen; s. o. Rz 11.

222. Toller und De Zanet geben selbst an, dass sie vor 2004 an «Absprachen» über einzelne Ausschreibungen für Strassen- und Tiefbauprojekte beteiligt gewesen seien.[266] Vergleichbares gilt auch für Walo und die Rechtsvorgängerinnen von Implenia (Batigroup AG, Stuag AG, G. Leimbacher AG)[267]. Beweismässig erstellt ist damit, dass sich De Zanet, Toller, Walo und die Rechtsvorgängerinnen von Implenia jedenfalls ausserhalb des sanktionsrelevanten Zeitraums in Bezug auf einzelne Ausschreibungen von Strassen- und Tiefbauprojekten in den Gebieten See-Gaster, March und Höfe mit jeweils anderen Unternehmen koordiniert haben.

223. Wie derartige Koordinierungen im Einzelfall abliefen, ergibt sich aus den Ausführungen von Toller sowie aus den von den Selbstanzeigerinnen zu Protokoll gegebenen Informationen. Nach den Ausführungen von Toller kam es ausserhalb der regelmässig stattfindenden Strassenbauertreffen «bilateral zu Vereinbarungen, dass für bestimmte Objekte Stützofferten abgegeben werden sollten.»[268] Die Selbstanzeigerinnen beschreiben diese separaten Verhandlungen gleichermassen als Vereinbarung darüber, wer den Zuschlag erhalten sollte.[269] Wenn eine Einigung über den Gewinner der Ausschreibung misslang, so sei das Projekt «freigegeben» worden.[270] Weiter heisst es: «War eine Einigung möglich, wurden die Eingabesumme und die prozentuale Abweichung der Schutzofferten kommuniziert. Diese Kommunikation lief […] jeweils per Telefon oder Fax.»[271]

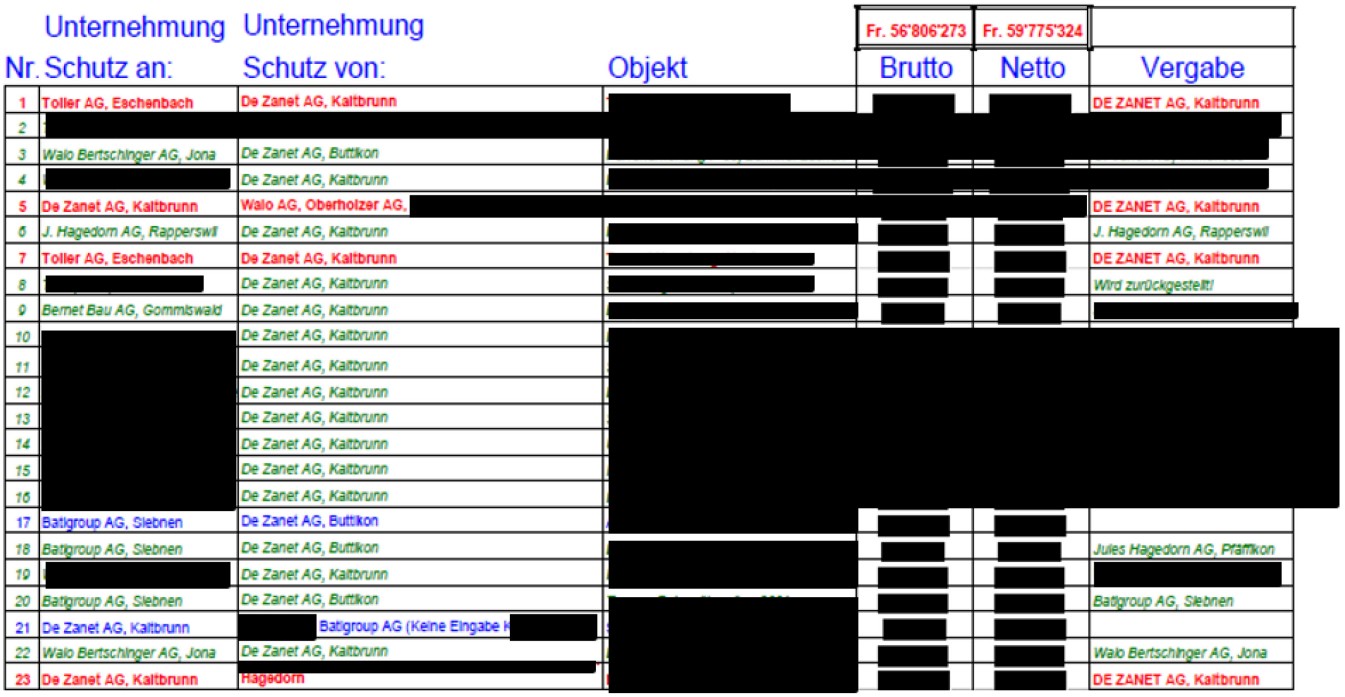
224. Wie bezüglich einzelner Submissionen die Preisfindung für die geschützte Offerte und die Stützofferten ablief, geht u. a. aus den folgenden, bereits angesprochenen Beweismitteln hervor. So wurde laut Protokoll des 1977er-Treffens von den teilnehmenden Unternehmen beschlossen, dass das Berechnungssystem des Baumeisterverbands St. Gallen zugrunde zu legen war. Danach war nicht das ursprünglich tiefste Angebot zu übernehmen, sondern das geschützte Unternehmen durfte eine Offerte eingeben, welche nicht unter dem Durchschnitt *aller* gerechneten Offerten liegen durfte («Minimale»). Auch beim Treffen im Januar 1995 wurde die Vorgehensweise im Rahmen der Submittentenversammlung thematisiert («System [...]», siehe oben Rz 191 f.). Walo hat sogar [angegeben, dass die Berechnungsmethode noch bis in das Jahr 2009 bei submissionsbezogenen Koordinierungen, an denen sie selbst beteiligt gewesen sei, meistens angewendet worden sei][272]. Das Protokoll des Treffens vom März 1995 enthält zudem die Festlegung, dass die Preise 10 bis 15 % über den Marktpreisen liegen dürfen (siehe oben Rz 198).

225. In Würdigung dieser Beweismittel ist anzunehmen, dass die gennannten Verfahrensparteien in Bezug auf einzelne Submissionen folgendermassen vorgingen: Die beteiligten Unternehmen versuchten sich vor Ablauf der Eingabefrist für eine Submission (fernmündlich, per Fax oder per E-Mail oder an Treffen) jeweils darüber zu einigen, welches Unternehmen den Zuschlag, d.h. «Schutz» erhalten sollte. Wenn dies misslang, etwa weil zwei Unternehmen gleichermassen an einem bestimmten Projekt interessiert waren, so erfolgte eine «Freigabe», d.h. die Unternehmen sollten hinsichtlich des Zuschlags miteinander konkurrieren. Wenn dagegen ein Gewinner designiert werden konnte, wurde sodann vereinbart, dass die schützenden Unternehmen einen höheren Preis als das schutznehmende Unternehmen eingeben werden («Stützofferte»). Die Preisfindung für die jeweiligen Offerten konnte – musste aber nicht zwingend – nach den in Rz 224 genannten Massgaben erfolgen. Wenn sich im Einzelfall die Unternehmen an die Verabredungen hielten, kein an der Abrede unbeteiligtes Unternehmen ein günstigeres Angebot als das zu schützende Unternehmen einreichte und das günstigste Angebot nach dem Willen der ausschreibenden Stelle gewinnen sollte, so erhielt das schutznehmende Unternehmen – wie geplant – das Projekt.

226. In Bezug auf welche Projekte konkret eine Koordinierung in der beschriebenen Art und Weise erfolgte, ergibt sich z. B. aus den bei De Zanet und Hagedorn beschlagnahmten Dokumenten. So wurden bei De Zanet Listen beschlagnahmt, welche nach Angaben der De Zanet «belegen, dass vor dem Jahre 2004 vereinzelt Absprachen vorgekommen»[273] seien. Die Listen, auf welche er hier Bezug nimmt[274], enthalten für die Jahre 2001 und 2002 Projekte, bei denen De Zanet Schutz erhalten oder einem anderen Unternehmen Schutz mittels Stützofferte gewährt hat. Im Jahr 2001 waren auf der Liste 159 Projekte im Wert von über CHF 56‘000‘000 (brutto) aufgeführt. Die Liste des Jahres 2002 enthält 26 Projekte im Wert von über CHF 17‘000‘000 (brutto). In der Mehrzahl der dort aufgeführten Fälle, erhielt das schutznehmende Unternehmen, d.h. der designierte Gewinner, auch das Projekt.

227. Nachfolgend wird ein Auszug aus diesen Listen zur Veranschaulichung abgebildet:

[266] […].
[267] […].
[268] Act. n° [...].
[269] […].
[270] […].
[271] Act. n° [...].
[272] […].
[273] Act. n° [...].
[274] Vgl. Act. n° [...].



Schutzofferten De Zanet AG, Kaltbrunn 2001

Nr.	Unternehmung Schutz an:	Unternehmung Schutz von:	Objekt	Fr. 56'806'273 Brutto	Fr. 59'775'324 Netto	Vergabe
1	Toller AG, Eschenbach	De Zanet AG, Kaltbrunn	[redacted]	[redacted]	[redacted]	DE ZANET AG, Kaltbrunn
2	[redacted]					
3	Walo Bertschinger AG, Jona	De Zanet AG, Buttikon				
4	[redacted]	De Zanet AG, Kaltbrunn				
5	De Zanet AG, Kaltbrunn	Walo AG, Oberholzer AG,				DE ZANET AG, Kaltbrunn
6	J. Hagedorn AG, Rapperswil	De Zanet AG, Kaltbrunn				J. Hagedorn AG, Rapperswil
7	Toller AG, Eschenbach	De Zanet AG, Kaltbrunn				DE ZANET AG, Kaltbrunn
8	[redacted]	De Zanet AG, Kaltbrunn				Wird zurückgestellt!
9	Bernet Bau AG, Gommiswald	De Zanet AG, Kaltbrunn				
10	[redacted]	De Zanet AG, Kaltbrunn	[redacted]			
11		De Zanet AG, Kaltbrunn				
12		De Zanet AG, Kaltbrunn				
13		De Zanet AG, Kaltbrunn				
14		De Zanet AG, Kaltbrunn				
15		De Zanet AG, Kaltbrunn				
16		De Zanet AG, Kaltbrunn				
17	Batigroup AG, Siebnen	De Zanet AG, Buttikon				
18	Batigroup AG, Siebnen	De Zanet AG, Buttikon				Jules Hagedorn AG, Pfäffikon
19	[redacted]	De Zanet AG, Kaltbrunn				
20	Batigroup AG, Siebnen	De Zanet AG, Buttikon				Batigroup AG, Siebnen
21	De Zanet AG, Kaltbrunn	[redacted] Batigroup AG (Keine Eingabe [redacted]				
22	Walo Bertschinger AG, Jona	De Zanet AG, Kaltbrunn				Walo Bertschinger AG, Jona
23	De Zanet AG, Kaltbrunn	[redacted] Hagedorn				DE ZANET AG, Kaltbrunn

Abbildung 10: Auszug aus Act. n° [...]

228. Der Auffassung von De Zanet, dass diese Listen einzelne Absprachen belegen, ist zuzustimmen. Aus dem Dokument geht klar hervor, dass sich die jeweils beteiligten Unternehmen vor Ablauf der Offerteingabefrist geeinigt haben müssen, wer das Projekt erhalten soll (Spaltenüberschrift: «Schutz an»). Weiter belegen die Listen, dass sich Unternehmen einverstanden erklärt haben, den designierten Gewinner der Submission mittels Stützofferten zu schützen (Spaltenüberschrift: «Schutz von»). Da die Abgabe einer erfolgversprechenden Stützofferte voraussetzt, dass ein Unternehmen die Eingabesumme des designierten Gewinners kennt, ergibt sich aus den Tabellen auch, dass sich die Unternehmen über den einzugebenden Preis ausgetauscht und die Höhe der Stützofferte verabredet haben müssen. Die Tabellen zeigen auch, dass die Koordination in den meisten Fällen dazu führte, dass der designierte Gewinner das jeweilige Projekt auch erhielt. Z. B hat gemäss dieser Liste 2001 die De Zanet 17 «Schutze» erhalten, welche alle erfolgreich waren. Die Eingabe der gestützten Offerte und der Stützofferten führten also zum gewünschten Erfolg.

229. Bei der Hagedorn wurde u. a. Listen beschlagnahmt, auf denen das Unternehmen monatlich Projekte aufführte, für welche es eine Offerte erstellt und eingereicht («gerechnet») hat (nachfolgend HA-Listen). Die beschlagnahmten Listen erstrecken sich über einen Zeitraum von 1981 bis 2009. Für die Jahre 1981 bis 2003 wurden nur Auszüge dieser Listen als exemplarische Beispiele in die Akten übernommen.[275]

230. Nachfolgend werden Auszüge der HA-Liste Mai 1981 und der HA-Liste Dezember 1998 zur Veranschaulichung abgebildet:

[275] Act. n° [...].

Gerechnete Offerten ( ) D-003-1 ( ) Monat Mai Jahr 91

Datum	Objekt	Gemeinde	Priv.	Kt. Gem.	Bund SBB	Unser Angebot	Höchstes Angebot	% +/-	Tiefstes Angebot	% +/-	Auftrag erhält	Datum
[redacted]	[redacted]	[redacted]	x			[redacted]					Hagedorn	[redacted]
			x									
			x								Absage Stuag	
			x									
				x			G.L gekürzt					
				x			Walo + [redacted] gekürzt				[redacted] Absage	
				x			G.L gekürzt				Absage Wüthrich/GL	
				x			G.L gekürzt				Absage Wüthrich/GL	
				x			[redacted] gekürzt				[redacted] Absage	
				x			[redacted] gekürzt				Absage [redacted]	
				x			Hagedorn erhält Schutz				Hagedorn	
				x							Hagedorn	
				x			Hagedorn erhält Schutz				Hagedorn	

Abbildung 11: Auszug aus Act. n° [...], S. 1

Off.Nr	Datum	Objekt	Bauherr	Standort	Abl.	Angebot	Bemerkungen	Auftr. erh.	Dat
[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	priv	[redacted]	UK		[redacted]
					priv		NO		
							Stuag S		
					Gde		NO		
					priv		EO/WI		
					priv		EO/WI		
					priv		EO/BU		
					priv		EO/BU		
					priv		EO/KO		
					priv		Freigabe	Absage	
					Gde		Freigabe		
					priv		Hagedorn S		
					Gde		Hagedorn S	Hagedorn	
					Gde		Freigabe	Absage	
					priv		Freigabe		
					Kt. SZ		Freigabe		
					Gde		Reichmut S		
					Gde		Freigabe	Absage	
					Gde		Freigabe		
					Gde		[redacted]		
					priv		UK		
					priv		[redacted]		
					priv				
					priv		EO/JS	Hagedorn	
					priv		EO/BU	Hagedorn	
					priv		UK		
					Gde		Hagedorn S	Hagedorn	
					Gde		[redacted]		
					priv		Freigabe		

Abbildung 12: Auszug aus Act. n° [...]

231. In dem in Rz 155 genannten Aktenordner finden sich weitere Tabellen, u. a. das «Submissionsprogramm 1990». Ein Auszug des Programms ist nachfolgend abgebildet:

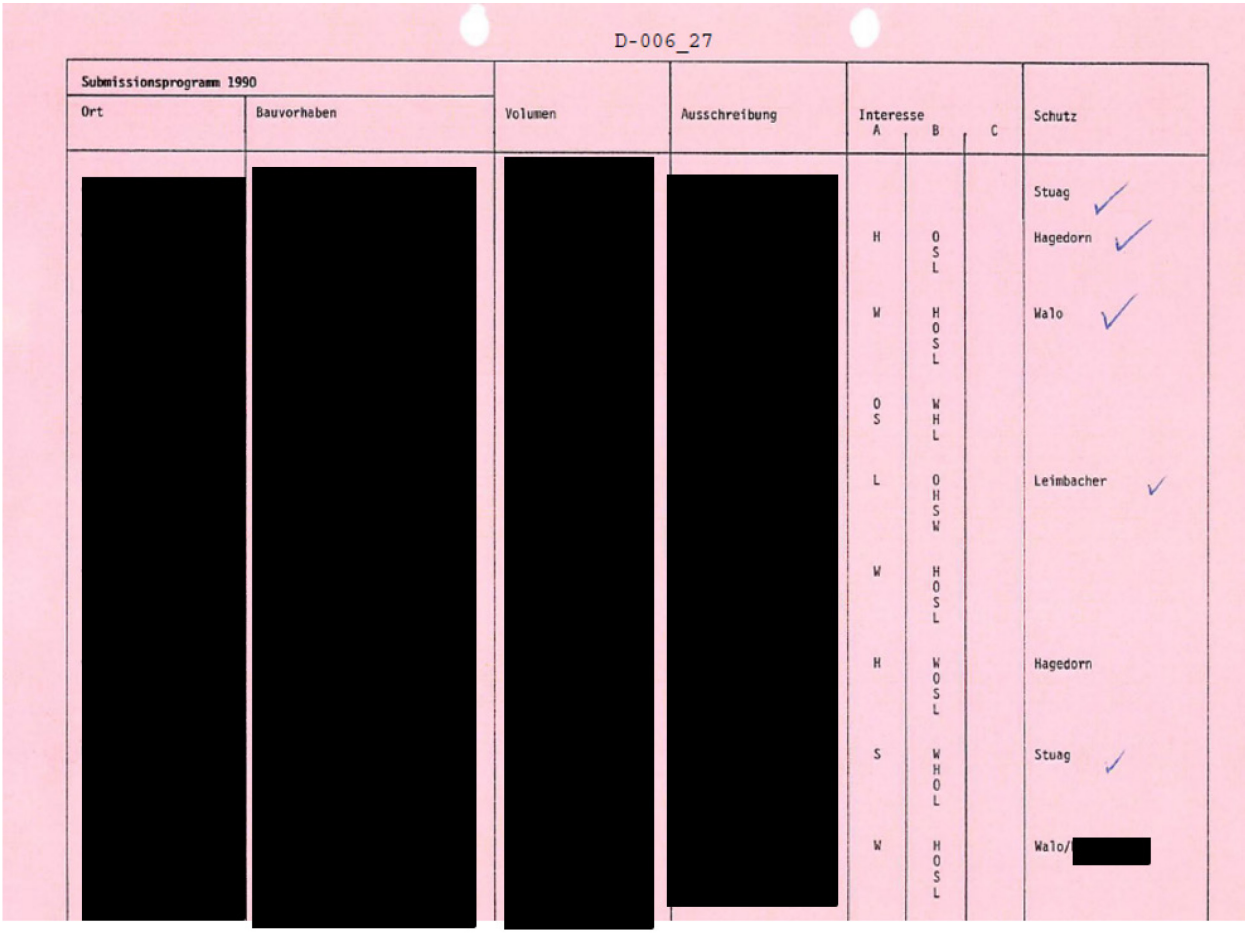


Abbildung 13: Auszug aus Act. n° [...]

232. Aus den HA-Listen und den Submissionsprogrammen ist in beweismässiger Hinsicht regelmässig zu folgern, dass sich die jeweils beteiligten Unternehmen darüber geeinigt haben, ein bestimmtes Unternehmen zu schützen (Spaltenüberschrift: «Schutz», «Hagedorn erhält Schutz», «[Dritte] geschützt», «Walo + [Dritte] geschützt», «Hagedorn S», «Toller S», «Reichmuth S»).

233. Dieser beweismässigen Interpretation der Listen und der entsprechenden Spalteneinträge steht nicht entgegen, dass [Vertreter der Hagedorn] in einer Einvernahme äusserte, «S» stehe auch in diesen Listen für «Priorität» oder «Interesse».[276] Denn wie bereits erläutert, sind diese Behauptungen unglaubhaft (siehe oben Rz 189).

234. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats machen die Hagedorn, die Oberholzer und die Toller geltend, aus den HA-Listen lasse sich nicht ableiten, dass hinsichtlich Projekten, bezüglich derer in den HA-Listen «Schutz» oder «S» eingetragen sei, von unterschiedlichen Unternehmen der spätere Zuschlagsempfänger und die Höhe der einzugebenden Preise gemeinsam festgelegt worden seien.[277] Die Hagedorn begründet diese Behauptung nur bezüglich der Eintragungen «SEC80» und «S-Hagedorn». Diesbezüglich führt die Hagedorn aus, diese Eintragungen würden lediglich eine Hagedorn-interne Einschätzungen über die Chance für den Zuschlag wiedergeben. Die Oberholzer meint, die HA-Listen würden diverse Ungereimtheiten enthalten.[278] Die Toller führt zur Begründung ihrer Behauptung aus, insgesamt fünf Beispiele würden belegen, dass die Eintragung «Schutz» offensichtlich nicht im oben genannten Sinne verstanden werden könne. Zudem sei die Liste auch deshalb fehlerhaft, da in der Spalte Bemerkungen der HA-Listen «Implenia» schon ab März 2005 genannt worden sei, obwohl die Firma zu dieser Zeit in der Region noch unter dem Namen «Batigroup» aufgetreten sei. In der Spalte «Zuschlag» sei hingegen der Name «Batigroup» bis März 2006 verwendet worden.[279] Der Zweck der HA-Listen habe im Versuch gelegen, eine Liste zu kreieren, welche die Hagedorn im Rahmen von künftigen Gesprächen mit Unternehmen verwendeten konnte, um

[276] Act. n° [...], siehe auch Rz 208, 250, 285.
[277] […].
[278] Act. n° [...].
[279] Act. n° [...].

im Sinne eines Gegengeschäfts ein Unternehmen wie Toller z. B. mit Material zu beliefern.[280] Insgesamt sei es aus Sicht der Toller plausibler, dass «Schutz» bzw. «S» für «Interesse» bzw. eine Mutmassung von Hagedorn über ein Interesse eines Unternehmens an einem Projekt stehe könnte.[281]

235. Hinsichtlich dieser Einwände ist zunächst zu betonen, dass die Hagedorn für ihre Behauptung keine Begründung bezüglich Eintragungen wie «Schutz», «Hagedorn erhält Schutz», «[Dritte] geschützt», «Walo + [Dritte] geschützt» erbringt. Dies ist umso erstaunlicher als sie selbst die Erstellerin dieser Listen ist und deshalb von ihr erwartet werden könnte, dass sie derartige Eintragungen erläutert. Da sie dies indessen nicht tut, ist jedenfalls aus diesen Eintragungen zu folgern, dass bezüglich der betroffenen Projekte Unternehmen gemeinsam den Zuschlagsempfänger und die Höhe der einzugebenden Preise festgelegt haben.

236. Das gilt im Übrigen auch für solche Projekte, hinsichtlich derer Eintragungen wie «Hagedorn S», «Toller S», «Reichmuth S» erfolgt sind. Dies folgt schon daraus, dass die Behauptung, der drei Unternehmen, es sei bei solchen Eintragungen um Hagedorn-interne Einschätzungen gegangen, dem gerade genannten Verständnis der Eintragungen gar nicht entgegensteht. Denn die Hagedorn-interne Einschätzung über die Erfolgschancen eines Unternehmens bei einer konkreten Submission ist gerade dann besonders genau, wenn das Unternehmen weiss, ob es zu einer Koordination gekommen ist. Wenn also die Hagedorn von einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers durch Baugesellschaften wusste, sei es insbesondere, weil Hagedorn als schutznehmendes oder schutzgebendes Unternehmen beteiligt war, so konnte sie zwingend auch die Erfolgschancen des designierten Zuschlagsempfängers besser einschätzen. Dass es teilweise keine absolute Sicherheit für den Gewinn der Submission gab, lag schlichtweg daran, dass sich nicht immer alle Mitbietenden in die Zusammenarbeit einbinden liessen.

237. Des Weiteren sind die Ausführungen der drei Unternehmen deshalb nicht überzeugend, da es nicht plausibel ist, dass die Hagedorn den Buchstaben «S» für einen Begriff verwendet haben soll, welcher gar nicht mit «S» beginnt. Warum ausgerechnet «S» als Eintragung verwendet worden sein soll, wenn eigentlich *ausschliesslich* vermerkt werden sollte, dass ein «mutmassliches Interesse» oder «wahrscheinlich grosses Interesse» eines Unternehmens bestand, erläutern die Parteien dementsprechend auch nicht. Dementsprechend hatte die Toller während der Untersuchung auch noch in einer Stellungnahme zu den Akten selbst ausdrücklich angegeben, dass «S» für «Schutz» stehe.[282]

238. Anders als die Toller meint, widersprechen die Eintragungen von «Implenia S» bezüglich Projekten, welche vor der Umbenennung der Batigroup bzw. ZB Didumos AG am 14. November 2005 in «Implenia» (siehe dazu Rz 18) an «Batigroup» vergeben oder vor diesem Zeitpunkt abgesagt wurden[283], nicht dem Schluss, dass die HA-Listen Koordinationen zwischen Unternehmen im oben beschriebenen Sinne belegen. Solche Eintragungen sprechen im Gegenteil gerade für das Verständnis der Eintragung «S», wonach hinsichtlich des betroffenen Projekts Schutz gemeinsam festgelegt wurde. Dies basiert auf den folgenden Überlegungen: Wenn die HA-Listen an den genannten Stellen die Eintragung «Implenia S» enthalten, obwohl die Umbenennung des Unternehmens erst im November 2005 bekannt gegeben wurde, so zeigt dies, dass die HA-Listen bzw. die entsprechenden Dateien im Excel-Format *nach* der Vergabe der betroffenen Projekte […] 2005 an die Batigroup von der Hagedorn – nach […] 2005 – nachträglich bearbeitet worden sein müssen und erst danach ausgedruckt wurden. Eine solch nachträgliche Änderung der HA-Liste wird die Hagedorn aber nur durchgeführt haben, wenn sie hiermit nach […] 2005 eine für sie wesentliche Information generieren konnte. Wenn nun die Behauptung der Oberholzer und der Toller richtig wäre, dass «S» ein «mutmassliches Interesse» dokumentiere, so hätte sich die Hagedorn mit diesen nachträglichen Änderungen – in der Excel-Tabelle und mit der entsprechenden Filterfunktion – einen einfachen Überblick über Anzahl und Wert der «mutmasslichen Interessen» der Batigroup/Implenia im Jahr 2005 bzw. in den Jahren 2005 und 2006 verschaffen können. Dass die HA-Listen dazu gedient hätten, sich *im Nachhinein* einen Überblick über «mutmassliche Interessen» zu verschaffen, wurde von den Parteien indessen nie vorgebracht und erschiene auch nicht sinnvoll. Ein nachträglicher Überblick über Anzahl und Wert der Projekte, bezüglich derer «Implenia S» eingetragen ist, ist jedoch gerade dann für ein Unternehmen von Interesse, wenn das Unternehmen Mitglied eines «Rotationssystems» ist (siehe dazu oben Rz 208 ff.) und «Implenia S» bedeutet, dass hinsichtlich des betroffenen Projekts Schutz zugunsten der Batigroup bzw. Implenia gemeinsam festgelegt wurde. Denn in diesem Fall konnte sich die Hagedorn anhand der (Excel-)Liste einen Überblick darüber verschaffen, wie oft und bezüglich welcher Werte die Hagedorn der Batigroup/Implenia im Jahr 2005 bzw. in den Jahren 2005 und 2006 Schutz gewährt hat, und bei Bedarf bzw. unter Rückgriff auf die von der Hagedorn und der Implenia genannten Faustformel (siehe dazu oben Rz 211) bei der Batigroup/Implenia hierfür eine Gegenleistung in Form von Schutzgewährung einfordern. Der Umstand, dass nach […] 2005 bezüglich Projekten, welche vor […] 2005 vergeben worden waren, «Implenia S» eingetragen wurde, belegt mithin, dass in Bezug auf diese Projekt Batigroup als Zuschlagsempfänger und die Höhe der einzureichenden Preise gemeinsam festgelegt worden waren.

239. Auch die sonstigen von der Toller angesprochenen Beispiele für die Fehlerhaftigkeit der HA-Listen sowie die von der Oberholzer behaupteten «Ungereimtheiten» sprechen nicht gegen das Verständnis, dass Eintragungen wie «Schutz», «Hagedorn erhält Schutz», «[Dritte] geschützt», «Walo + [Dritte] geschützt», «Toller S» die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers

[280] Act. n° [...].
[281] Act. n° [...].
[282] Act. n° [...].
[283] Siehe z. B. die Projekte: […], vgl. Act. n° [...].

sowie die entsprechenden Festlegungen der beim Auftraggeber einzureichenden Preise belegen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass *im Einzelfall* die Eintragung von «Schutz» bzw. «S» fehlerhaft war; etwa weil nach einer Schutzanfrage durch ein anderes Unternehmen und der entsprechenden Eintragung z. B. von «Toller S» oder «Oberholzer S» danach doch keine Koordination zustande kam oder [Vertreter der Hagedorn] schlicht die «Schutz»- bzw. die «S»-Eintragung irrtümlich in einer falschen Zeile, d. h. beim falschen Projekt eingefügt hat. Aus derartigen möglichen Fehlern kann aber keinesfalls gefolgert werden, dass deshalb sämtliche oder auch nur die Mehrheit der «Schutz»- bzw. «S»-Eintragungen falsch sind. Denn es ist nicht vorstellbar, dass [Vertreter der Hagedorn] seit 1981 Jahr für Jahr eine Liste führen würde, wenn diese ausschliesslich falsche Eintragungen enthalten würde. Was der Wert einer solchen falschen Liste sein soll, ist nicht ersichtlich. Deshalb ist die HA-Liste nur insoweit als fehlerhaft anzusehen, wenn Beweismittel (Aussagen, Dokumente etc.) vorliegen, welche in Bezug auf einzelne «Schutz»- bzw. «S»-Projekte gegen eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Offertpreise sprechen. Inwiefern solche entgegenstehenden Beweismittel vorliegen, wird in Bezug auf konkrete Projekte aus der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 thematisiert (siehe insbesondere unten Rz 701 ff., 714 ff.)

240. Auch die Behauptung der Toller, der Zweck der HA-Liste habe möglicherweise darin gelegen, eine Liste zu kreieren, die er im Rahmen von künftigen Gesprächen mit Unternehmen verwenden könnte, um im Sinne eines Gegengeschäfts ein Unternehmen wie Toller z. B. mit Material zu beliefern, überzeugt nicht. Denn erstens hat die Hagedorn als Erstellerin der Listen einen solchen Zweck im gesamten Untersuchungsverfahren nie angegeben. Zweitens hat die Toller diese Relativierung ausdrücklich nur bezüglich Eintragungen wie «Toller S» aus der Zeit nach 2004 aufgestellt.[284] Und Drittens ist diese Erklärung für die «Schutz» bzw. «S»-Eintragungen mit Blick auf die sonstigen Eintragungen auf der HA-Listen nicht schlüssig. Denn angenommen die Hagedorn hätte mit «Schutz» bzw. «S» ein mutmassliches Interesse eines Unternehmens vermerken wollen, um sich dem Unternehmen allenfalls als Lieferant von Maschinen, Personal oder Material oder als ARGE-Partner anbieten zu können, so wäre nicht erklärlich, warum in vielen Zeilen «Freigabe» statt ein Unternehmensname vermerkt ist. Denn auch bei «Freigabe»-Projekten hätte die Hagedorn ja ohne Weiteres eine Vermutung über den Interessenten anstellen können.

241. Zuletzt sei auf die folgenden zwei Aspekte hingewiesen: Erstens hat die Hagedorn im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen (siehe oben Rz 223) zuletzt angegeben, dass «Freigabe» als «Entscheid [der interessierten Unternehmen], sich Wettbewerb zu machen» zu verstehen sei.[285] Hieraus ist zu folgern, dass eine solche Wettbewerbssituation gerade nicht bestanden haben kann, wenn konkret «Schutz» bzw. «S» in den HA-Listen eingetragen wurde. Zweitens ist mit der statistischen Analyse nachgewiesen, dass sich das Bieterverhalten der offerierenden Unternehmen bei «Schutz»- bzw. «S»-Projekten gemäss HA-Listen in statistischer Hinsicht signifikant vom Bieterverhalten der offerierenden Unternehmen bei «Freigabe»-Projekten gemäss HA-Listen unterscheidet.[286]

242. Im Ergebnis ist daher in beweismässiger Hinsicht anzunehmen, dass die Eintragung «Schutz» bzw. «S» in den HA-Listen (und auch in anderen Dokumenten) regelmässig bedeutet, dass sich die jeweils beteiligten Unternehmen bezüglich der betroffenen Projekte darüber geeignet haben, ein bestimmtes Unternehmen zu schützen, und dementsprechend vor Ablauf der Eingabefrist – wenn nötig – auch die zu offerierenden Preise abgestimmt haben.

243. Aus den Submissionsprogrammen geht weiter hervor, dass das Unternehmen, welche (alleine) das grösste Interesse an einer Submission geäussert hatte, letztlich auch geschützt wurde. Den HA-Listen lässt sich des Weiteren häufig eindeutig entnehmen, dass das laut Liste geschützte Unternehmen die Ausschreibung auch gewonnen hat. Aus dem Umstand, dass eine planmässige Umsetzung des beschlossenen Schutzes in der Regel nur möglich ist, wenn die anderen eingebenden Unternehmen höhere Offertpreise eingereicht haben, folgt damit zwingend, dass die jeweils beteiligten Unternehmen vor der Einreichung ihrer Offerte auch die einzugebenden Preise besprochen und koordiniert haben müssen.

244. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass die Liste «Submissionen 1994»[287] weitere Belege für das Stattfinden von submissionsbezogenen Koordinierungstreffen oder Telefonaten enthält. Auch diese Liste enthält nämlich eine Spalte mit dem Titel «S». Darin sind bisweilen die Unternehmenskürzel aufgeführt. Wie in Bezug auf andere Dokumente, in denen das Kürzel «S» aufgeführt ist, ist auch diesbezüglich anzunehmen, dass «S» für Schutz steht (siehe oben Rz 189 und 233). Dies bestätigt auch Walo ausdrücklich.[288] In beweismässiger Hinsicht ist deshalb aus dieser Liste zu schliessen, dass sich die Unternehmen getroffen und den Zuschlagsempfänger bestimmt haben. Gestützt wird dieses Beweisergebnis auch dadurch, dass in der Spalte Bemerkung in Bezug auf eine Submission sogar vermerkt wurde: «Absprache ST».

245. Dass in Bezug auf einzelne in der Liste «Submissionen 1994»[289] aufgeführte Submissionen der Gewinner bestimmt und die Preissetzung koordiniert wurde, indizieren auch die in der Spalte «Bemerkungen» eingetragenen Anmerkungen zu «SV». So wurde in dieser Liste in Bezug auf bestimmte Submissionen vermerkt: «Sep. SV Büro Stuag», «DZ verl. SV», «SV 13.4.1994», «KI org. SV», «RE org. SV» oder nur «SV». Hieraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass in Bezug auf Projekte, für die solche Eintragungen vorgenommen wurden, «Submittentenversammlungen» nach dem in

[284] Siehe Act. n° [...].
[285] Act. n° [...].
[286] Act. n° [...].
[287] Vgl. Act. n° [...].
[288] Act. n° [...].
[289] Siehe auch Act. n° [...].

den Rz 191 f. beschriebenen Muster stattfinden sollten bzw. stattgefunden haben. Wie erläutert, beinhalteten die «Submittentenversammlungen» insbesondere, dass «Preisabsprachen» erreicht werden sollten (siehe oben Rz 191).

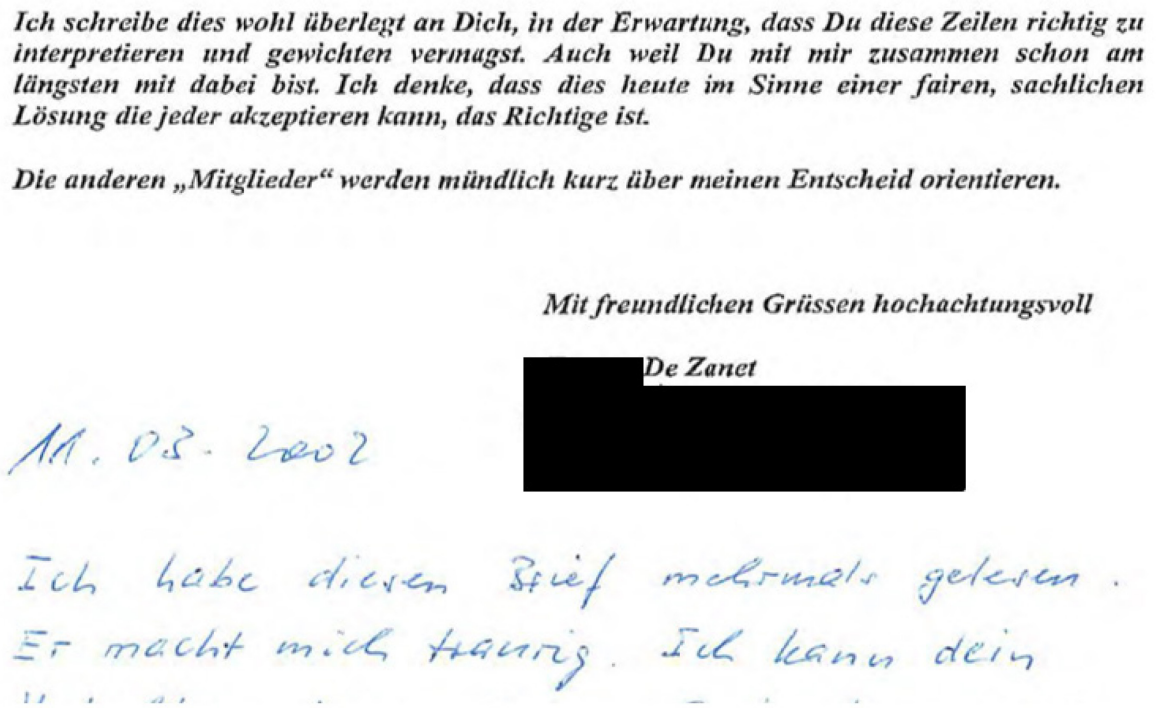
246. Einer solchen Beweisführung spricht nicht entgegen, dass einige der im Frühjahr 2015 vernommenen Verfahrensparteien angegeben haben, dass sie die Abkürzung «SV» nicht aufschlüsseln könnten.[290] Denn zum einen gestanden die Parteien auf Nachfrage ein, dass sie wissen, was eine «Submittentenversammlung» ist. Und zum anderen ist die Aussage, das Unternehmen kenne die Bedeutung der Abkürzung «SV» nicht, angesichts der vorliegenden Beweisstücke wenig glaubhaft. Dass es bei «SV» um Treffen gehen muss, zeigt schon die Erwähnung von «SV» in Verbindung mit Orten («SV Büro Stuag») und Daten («SV 13.4.1994»). Auch ist vermerkt, welches Unternehmen «SV» organisiert («KI org. SV», «RE org. SV»). Deutlich wird auch, dass es um separate Sitzungen geht («Sep. SV Büro Stuag»). Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Abkürzung «SV» auch in anderen Dokumenten Erwähnung findet, und dort gleichzeitig explizit auch der Begriff «Submittentenversammlungen» genannt ist, oder aber zumindest auf Herrn [...] verwiesen wird[291], der solche «Submittentenversammlungen» für den zuständigen Baumeisterverband organisiert hat (siehe oben Rz 191). Der in dieser Liste mehrfach zu findenden Vermerk «SV tel.» belegt erneut, dass die Koordinierungen teilweise telefonisch erfolgten.

247. Anders als De Zanet, Toller, Implenia und Walo haben die übrigen Verfahrensparteien eine Koordination, wie sie in Rz 223 ff. beschrieben ist, nicht eingestanden. Aus den genannten Beweismitteln ergibt sich jedoch, dass fast alle übrigen Verfahrensparteien (exkl. Anoba Holding AG, Oberholzer Eschenbach AG/OBERHOLZER Bauleistungen AG[292], Reichmuth Bauunternehmung AG[293]) an einer solchen Koordination ebenfalls beteiligt gewesen sind. So führt Toller aus, dass die Koordination vor 2004 in Bezug auf einzelne Projekte zwischen allen «sich an der Liste beteiligenden Unternehmen» erfolgte.[294] Vergleichbares geht aus den Selbstanzeigen hervor.[295] Da zu den an der Liste beteiligten Unternehmen u. a. auch Bernet, Hagedorn, Oberholzer und Reichmuth gehörten (siehe unten Rz 593 ff., 854 ff., 1031 ff.), bedeutet dies, dass auch diese Unternehmen im Einzelfall an der Koordinierung bei einzelnen Submissionen beteiligt gewesen sind. Dies folgt darüber hinaus auch aus den bei De Zanet und Hagedorn beschlagnahmten Dokumenten. Denn Bernet Bau, Hagedorn, Oberholzer und Reichmuth werden in den in den Rz 226 bis 231 genannten Listen in Bezug auf koordinierte Submissionen aufgeführt. Diese Dokumente belegen damit, dass auch Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth im Einzelfall sowohl Schutz gewährt haben als auch von Schutzmassnahmen anderer Unternehmen profitierten.

248. Wie Hagedorn zu Recht einwendet, enthalten die genannten Beweismittel für die Zeit vor 2004 lediglich Aussagen betreffend die Jules Hagedorn AG[296]. Letztere wurde erst im Jahr 2006 umfirmiert in die Hagedorn AG. Festzuhalten ist aber, dass jedenfalls für die Jules Hagedorn AG das gleiche Beweisergebnis gilt wie für Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth (siehe Rz 247). Denn die Jules Hagedorn AG wird in den beschlagnahmten Dokumenten genauso genannt wie Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth (siehe oben Rz 226 bis 231). Zudem belasten auch De Zanet und Toller sowie die Selbstanzeigerinnen mit ihren Aussagen die Jules Hagedorn AG (siehe oben Rz 247).

249. Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass der heutige Vertreter, […] und […] von Hagedorn, [Vertreter der Hagedorn], schon seit 1975 bei der Jules Hagedorn AG tätig ist.[297] Er war z. B. in den Jahren 1988 und 1995 und 2001 als Vertreter der Jules Hagedorn AG bei Treffen anwesend, an denen u. a. zwischen der Jules Hagedorn AG, De Zanet, Oberholzer und Walo Allgemeines zur Preiskoordinierung bei Strassen- und Tiefbauprojekten besprochen wurde (siehe auch oben Rz 162 ff.)[298]. Die Rolle von [Vertreter der Hagedorn] bei der Zusammenarbeit der Strassenbauunternehmen illustriert auch folgender Auszug aus einem beschlagnahmten Brief von [Vertreter der De Zanet] an [Vertreter der Hagedorn] aus dem Jahr 2002[299]. Darin schreibt [Vertreter der De Zanet], der zu jener Zeit anscheinend erwog, die Zusammenarbeit mit den anderen Unternehmen aufzugeben, an [Vertreter der Hagedorn], dass [Vertreter der Hagedorn] mit ihm zusammen «schon am längsten mit dabei» sei. Dieser Brief ist im Folgenden auszugsweise abgebildet:

[290] Siehe zum Beispiel Act. n° [...].
[291] Act. n° [...].
[292] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.
[293] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen zu übernehmen; s. o. Rz 11.
[294] Act. n° [...].
[295] […].
[296] Act. n° [...].
[297] Act. n° [...].
[298] Für das Jahr 1988 siehe Act. n° [...]. Für das Jahr 1995 siehe Act. n° [...].
[299] Act. n° [...].



Ich schreibe dies wohl überlegt an Dich, in der Erwartung, dass Du diese Zeilen richtig zu interpretieren und gewichten vermagst. Auch weil Du mit mir zusammen schon am längsten mit dabei bist. Ich denke, dass dies heute im Sinne einer fairen, sachlichen Lösung die jeder akzeptieren kann, das Richtige ist.

Die anderen „Mitglieder" werden mündlich kurz über meinen Entscheid orientieren.

Mit freundlichen Grüssen hochachtungsvoll

De Zanet

[redacted]

11.05.2002

Ich habe diesen Brief mehrmals gelesen.
Er macht mich traurig. Ich kann dein

Abbildung 14: Auszug aus Act. n° [...]

250. Weiter zeigen die im «Strassenbauer»-Ordner von [Vertreter der Hagedorn] (siehe oben Rz 155) beschlagnahmten Dokumente die stetige Bereitschaft von [Vertreter der Hagedorn], mit anderen Strassen- und Tiefbauunternehmen zu kooperieren (siehe dazu insbesondere Rz 162 ff., 193 ff., 201 ff.). Eindrücklich ist diesbezüglich auch die von [Vertreter der Hagedorn] unterzeichnete Notiz aus dem Jahr 2001 (siehe dazu Rz 201 ff.) zu Einzelprojekten. Dort hat [Vertreter der Hagedorn] betreffend das Traktandum «2.1 [Projektname] notiert: «strebe Schutz an», und: «Erwarte Schutz auch von Batigroup». Zum Traktandum «2.2 [Projektname]» ist vermerkt: «KV Hagedorn Nr. 205 (unter anderen!) bin gesprächsbereit». Zum Traktandum «2.3 [Projektname]» heisst es: «S an De Zanet».

251. Zuletzt sei auf die Indizienwirkung der in den Rz 208 ff. aufgeführten projektübergreifenden Treffen und Beschlüsse hingewiesen. Die Häufigkeit der Treffen sowie der an den Treffen kundgegebene Wille zur Besprechung von Submissionen lassen darauf schliessen, dass alle an den Treffen beteiligten Unternehmen ihre Pläne – zumindest teilweise – auch umgesetzt haben.

252. Zusammenfassend ist aus den genannten Beweismitteln damit zu folgern, dass sich Bernet Bau, De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Reichmuth, Toller bzw. (vor der Übernahme des Strassen- und Tiefbaugeschäfts durch die Toller Gartenbau AG bzw. die Toller Unternehmungen AG im Jahr 1995) die Toller Strassenbau AG, Walo und die Rechtsvorgängerinnen von Implenia (G. Leimbacher AG, Stuag AG, Zschokke Holding AG, Batigroup AG) schon vor 2002 in unterschiedlichen Konstellationen in Bezug auf einzelne Submissionen auf die in Rz 223 f. beschriebene Art und Weise koordiniert haben.

A.5.3.3 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Regelmässige Treffen und Austausch von Listen («Submissionsprogramme»)

253. Nachfolgend wird gezeigt, dass der an den projektübergreifenden Treffen besprochene und (teilweise) auch beschlossene Plan, sich regelmässig zu treffen und Listen auszutauschen, von den Unternehmen auch umgesetzt worden ist.

A.5.3.3.1 Regelmässige Treffen im beschlossenen Rhythmus

254. De Zanet hat ausgesagt, dass es Marktabklärungssitzungen bereits seit 1974 gegeben habe.[300] Weiter sprechen der Wert und vor allem die Anzahl der von einer Koordinierung durch die selben Unternehmen betroffenen Projekte (siehe oben Rz 226 ff.) in beweismässiger Hinsicht dafür, dass die beteiligten Unternehmen früh eine Art System betrieben haben müssen, mit dem sie gewährleisten konnten, dass die an der Koordinierung beteiligten Unternehmen einen Überblick über alle im Gebiet See-Gaster, March und Höfe ausgeschriebenen Strassenbau- und Tiefbauprojekte haben. Denn ein auf die Sicherung des *eigenen* Gewinns ausgerichtetes Unternehmen wird in einem «Rotationssystem» Konkurrenzunternehmen wertvolle Projekte nur dann mittels Stützofferten «zuschanzen», wenn es einen steten Überblick darüber hat, welche Projekte sonst auf dem

[300] Act. n° [...].

Markt sind oder sein werden und welche es dann als Gegenleistung für den gewährten Schutz selbst ausführen kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein Unternehmen, welches Stützofferten einreicht, dies nicht in der Erwartung tut, dass es Ausgleichszahlungen für die Stützofferten erhält.

255. Dabei ist zu beachten, dass die Nachfrage nach den Leistungen der Strassen- und Tiefbauunternehmen im Laufe der Zeit stetig variiert, da sie massgeblich davon abhängt, welche Projekte gerade ausgeschrieben sind. Zugleich ist der in Rz 254 angesprochene Marktüberblick eines Unternehmens in einer solchen Situation auch vom Wissen abhängig, welches Unternehmen welches Projekt ausführen soll, ausführt oder bereits ausgeführt hat. Ein wirksamer Marktüberblick bedarf mithin einer ständigen Erneuerung der Wissenslage. Mit anderen Worten: Wenn Unternehmen Submissionen über einen längeren Zeitraum hinweg «gerecht» untereinander aufteilen wollen, bedarf es in einem «revolvierenden» Markt häufiger Treffen. Andernfalls wäre die Marktlage gar nicht abklärbar.

256. Für den Umstand, dass es solche regelmässigen Treffen in kürzeren Abständen gegeben hat, spricht weiter, dass dies von den an den projektübergreifenden Sitzungen anwesenden Unternehmen 1977, 1988, 1995 und 2001 thematisiert und (teilweise) auch beschlossen worden war (siehe oben Rz 155 ff. und 212). Dabei ist kein dafür Grund ersichtlich, dass sich die Unternehmen nicht an den Plan gehalten hätten. Für die Planumsetzung auch in Bezug auf regelmässige Treffen spricht insbesondere, dass sich die Unternehmen bezüglich anderer Elemente der beschlossenen Zusammenarbeit – z. B. Koordination in Bezug auf bestimmte Submissionen – gerade «planentsprechend» verhalten haben. Wenn dem so ist, dann muss auch der Plan, sich im Rhythmus von 14 oder sogar sieben Tagen zu treffen, umgesetzt worden sein.

257. In beweismässiger Hinsicht kommt hinzu, dass sich in den Akten im Hinblick auf regelmässige Treffen weitere Hinweise für die Planumsetzung finden. Zu nennen ist hier zunächst ein Muster für eine Einladung[301], welche in dem in Rz 155 erwähnten Aktenordner «Strassenbauer SZ + SG» gefunden wurde. Zur Veranschaulichung sei ein Auszug dieses Musters nachfolgend abgebildet:

EINLADUNG

DATUM:	**Mittwoch,**
ZEIT:	**16.00 Uhr**
ORT:	**Rest. Sternen, Benken**
TRAKTANDEN	**1. Apell**
	2. Erhaltene Aufträge
	3. Neue Submissionen
	4. Eigenofferten
	5.
	6. Diverses

Abmelden: **bis** **Tel.:** [redacted]
Fax:

Beilagen: **Sub.-Liste**

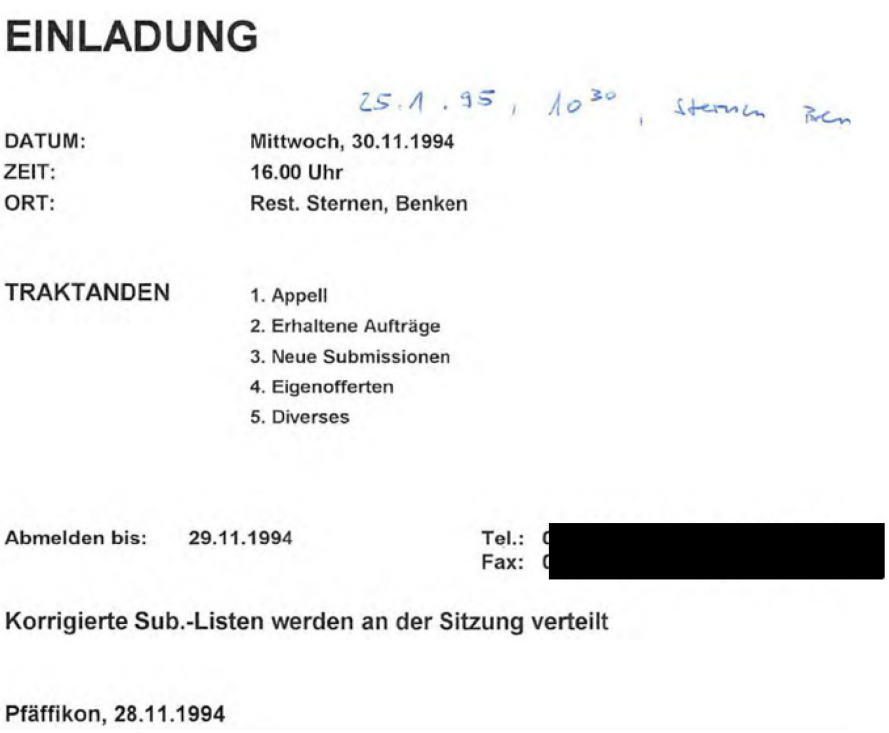
Pfäffikon,

Abbildung 15: Auszug aus Act. n° [...]

258. Dieses Muster enthält Zeilen für Datum, Uhrzeit und Ort für Treffen, wobei der Wochentag, die Uhrzeit und der Ort für das Treffen schon vorgegeben waren (Mittwoch, 16 Uhr im Restaurant Sternen, Benken). Auch die Traktanden waren für das Treffen weitgehend vorherbestimmt (insbesondere: «Erhaltene Aufträge», «Neue Submissionen» und «Eigenofferten»). Ein Unternehmen, welches nicht kommen konnte, hatte sich nach der Einladung unter der angegebenen Telefonnummer oder unter der Faxnummer abzumelden. Der Einladung war zwingend die «Sub.-Liste» beizufügen. Dass es sich bei dieser Liste um eine ständig ergänzte Liste mit ausgeschriebenen Projekten handelt («Submissionsprogramm»), wird unter Rz 265 ff. näher erläutert.

[301] Act. n° [...].

259. Eine nach diesem Muster ausgefüllte Einladung findet sich ebenfalls in dem in Rz 155 genannten Ordner[302]. Auch diese Einladung sei zur Veranschaulichung im Folgenden abgebildet:



EINLADUNG

25.1.95, 10³⁰, Sternen Benken

DATUM: Mittwoch, 30.11.1994
ZEIT: 16.00 Uhr
ORT: Rest. Sternen, Benken

TRAKTANDEN
1. Appell
2. Erhaltene Aufträge
3. Neue Submissionen
4. Eigenofferten
5. Diverses

Abmelden bis: 29.11.1994 Tel.: [redacted]
Fax: [redacted]

Korrigierte Sub.-Listen werden an der Sitzung verteilt

Pfäffikon, 28.11.1994

Abbildung 16: Auszug aus Act. n° [...]

260. Das Muster der Einladung und die entsprechend dem Muster ausgefüllte Einladung belegen, dass der Plan, regelmässige Treffen an einem Mittwoch durchzuführen, auch umgesetzt wurde.

261. Darüber hinaus belegt auch die Wortwahl in weiteren Dokumenten, dass es zu häufigen und regelmässigen Treffen gekommen ist. Mit dem in Rz 176 erwähnten Schreiben der Jules Hagedorn AG an die Stuag AG vom 2. Dezember 1994 wurden z. B. «die Submissionslisten der Sitzung vom 30.11.1994» übersandt. Gleichzeitig informiert der Absender im Auftrag von [Vertreter der Hagedorn] darüber, dass «die» Sitzung vom 14. Dezember 1994 ausfalle und verschoben werde. Weiter heisst es, dass der Eingabetermin für die Eigenofferten…bestehen» bleibe. Diese Textpassagen zeigen, dass die Unternehmen bestimmte Termine vorvereinbart hatten, an denen sie sich treffen wollten und an denen gewisse Listen abzuliefern waren. Insbesondere aus dem Umstand, dass jeweils von «der» Sitzung am [Datum] gesprochen wird, lässt sich folgern, dass die Unternehmen vorher wussten, dass turnusmässig eine Sitzung stattfinden wird. Weiter ist bezüglich des Schreibens auffällig, dass die nächste Sitzung (14. Dezember 1994) nach dem ursprünglichen Plan genau zwei Wochen nach der Sitzung vom 30. November 1994 stattfinden sollte. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass sowohl der 30. November 1994 als auch der 14. Dezember 1994 sowie der 25. Januar 1995 jeweils auf einen Mittwoch fielen und die Treffen nach der Muster-Einladung auch stets an einem Mittwoch stattfinden sollten (siehe Rz 257 f.).

262. Für turnusmässige Sitzungen spricht weiter, dass bei Hagedorn Listen beschlagnahmt wurden[303], welche u. a. zwischen De Zanet, der G. Leimbacher AG, der Jules Hagedorn AG, Oberholzer, Reichmuth, Stuag, Toller und Walo Bertschinger ausgetauscht wurden (siehe dazu Rz 265 ff.). Diese Listen enthalten in Bezug auf innerhalb eines ganzen Jahres durchgeführte Submissionen Informationen, welche kaum an einem Treffen gesammelt werden könnten. Das gilt insbesondere deshalb, weil die erfassten Submissionen über ein ganzes Jahr hinweg verstreut stattgefunden haben und es kaum denkbar ist, dass im Nachhinein – z. B. an einem Treffen am Ende eines Jahres – in Bezug auf all diese Submissionen die Interessen der Unternehmen abgeklärt (zur Interessensabklärung siehe insbesondere Rz 267 f.) wurden. Eine derartige nachträgliche Abklärung der Interessen wäre ohnehin ohne erkennbaren Nutzen für die Unternehmen. Zur Illustration seien Auszüge aus den diesen Listen aufgeführt:

[302] Act. n° [...].
[303] Act. n° [...].

Submissionsprogramm 1990

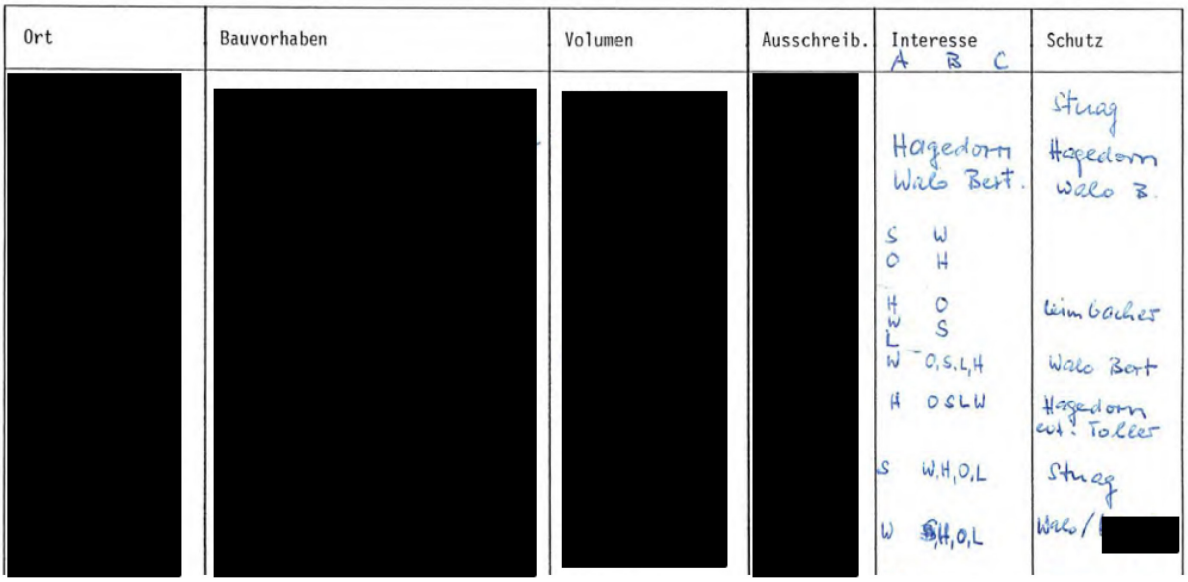


Abbildung 17: Auszug aus Act. n° [...]

SUBMISSIONEN 1994

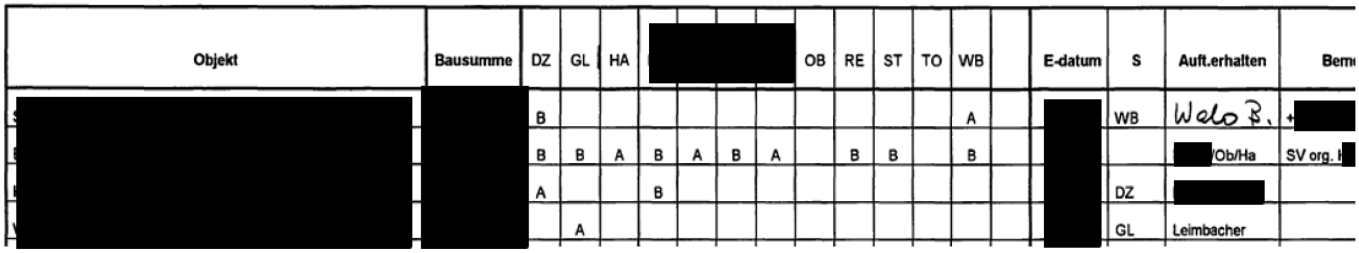


Abbildung 18: Auszug aus Act. n° [...]

263. Zuletzt ist in Erwägung zu ziehen, dass sich aus den beschlagnahmten HA-Listen sowie den bei De Zanet gefunden Dokumenten ergibt, dass es in Bezug auf einzelne Projekte zu Koordinierungen gekommen ist (siehe oben Rz 226 ff., 229 ff). Wie gezeigt, belegen die unternehmensinternen HA-Listen dabei einzelne Koordinierungen («…geschützt», «…gesch.», «Schutz an [Unternehmen]» oder «[Unternehmen] S») und/oder gescheiterte Vereinbarungen («Freigabe») für das Jahr 1981 sowie die Jahre 1989 bis 2001. Die bei De Zanet gefundenen unternehmensinternen Listen für die Jahre 2001 und 2002 zeigen Vergleichbares. Eine derart häufige Koordinierung erfordert jedoch auch ein organisiertes Vorgehen. Denn es ist nicht ersichtlich, wie De Zanet und Hagedorn die in den gefundenen Listen enthaltenen Informationen über Jahre hinweg hätten stetig sammeln können, wenn sie sich nicht mit ihren Konkurrenten regelmässig und häufig getroffen hätten.

264. Nach alledem ist es als beweismässig erstellt anzusehen, dass der von den Unternehmen gefasste Plan, sich häufiger und regelmässig zu treffen, jedenfalls grundsätzlich und über gewisse Zeiträume hinweg auch eingehalten wurde.

A.5.3.3.2 Austausch von Submissionslisten zur Abklärung des Marktes und zur Interessensbekundung

265. Nach dem in Rz 257 erwähnten Muster war einer Einladung zu den mittwochs stattfindenden Sitzungen eine «Sub.-Liste» beizufügen. Da einer nach diesem Muster ausgefüllten Einladung eine Liste mit ausgeschriebenen Projekten angehängt war und diese Liste den Titel «Submissionen 1994» trägt (siehe oben Rz 259), ist es als beweismässig erstellt anzusehen, dass einer Einladung die aktuelle «Submissionsliste» beizufügen war. Mit Blick auf den Inhalt der Listen, auf die diesbezüglichen Ausführungen einiger Untersuchungsadressatinnen und auf die Bedeutung der Listen als Mittel zur Gewährleistung eines Marktüberblicks in einem «revolvierenden» Markt ist in beweismässiger Hinsicht anzunehmen, dass die Listen mehrere Funktionen hatten.

266. Die Listen dienten den Unternehmen zum einen dazu, die Mitglieder der Strassenbauvereinigung laufend über die derzeit ausgeschriebenen Projekte und ihren Wert zu informieren. Eine solche Funktion ist in beweismässiger Hinsicht schon daraus zu folgern, dass die bei

Hagedorn gefundenen Listen Projekte mit genauer Bezeichnung (Objekt, Ort), Bausumme und Datum enthalten[304]. Weiter ist eine solche Informationsfunktion der Bedeutung der Listen als Mittel zur Marktabklärung inhärent. Denn wenn sich die Unternehmen im Zuge ihrer Zusammenarbeit laufend über den Markt in «ihrem» Gebiet informieren wollen, dann benötigen sie eine möglichst vollständige und aktuelle Entscheidungsgrundlage. Kommt hinzu, dass die erwähnten Listen aus früheren Jahren mit den «Marktabklärungslisten» der Zeit nach 2002 im Hinblick auf den Aufbau und den darin enthaltenen Informationen vergleichbar sind, und den «Marktabklärungslisten» eine Informationsfunktion in Bezug auf die aktuell ausgeschriebenen Projekte zukam (siehe unten Rz 593 ff.). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass die Jules Hagedorn AG bereits im Jahr 1993 die anderen Unternehmen der Strassenbauvereinigung über die von ihr gerechneten Eigenofferten informiert hat[305].

267. Wie im Folgenden gezeigt wird, dienten die ausgetauschten Listen zum anderen dazu, in Bezug auf bestimmte Projekte die Interessenslage der an der Kooperation beteiligten Unternehmen abzuklären. Hierfür spricht schon, dass die Selbstanzeiger sowie einige weitere Verfahrensparteien dies in Bezug auf die «Marktabklärungslisten» eingestanden haben (siehe unten Rz 602 ff.) und kein Grund ersichtlich ist, der dafür spricht, dass die älteren, vergleichbar aufgebauten Listen eine solche Funktion gerade nicht hatten. Darüber hinaus sind bei Hagedorn «Submissionsprogramme» aus den Jahren 1990 und 1991 gefunden worden, in denen jeweils eine Spalte mit «Interesse» überschrieben ist[306]. In diesen Spalten konnten die Unternehmen jeweils aufzeigen, ob und inwiefern sie an der Ausführung eines bestimmten Submissionsprojekts interessiert sein. Diese älteren Listen zeigen, dass man mittels einem «A» ein höheres Interesse geltend machen konnte als mit einem «B». Dies wird von einigen Verfahrensparteien auch bestätigt[307]. Zur Illustration seien im Folgenden zwei Auszüge dieser Submissionsprogramme abgebildet:

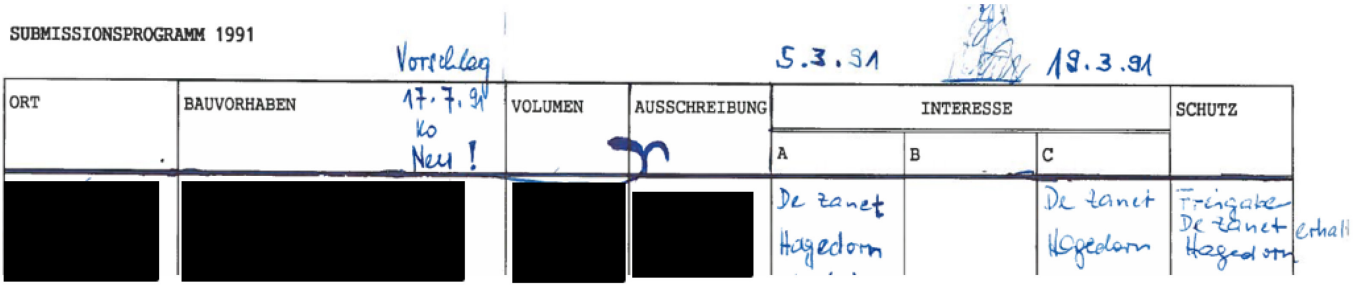


Abbildung 19: Auszug aus Act. n° [...]

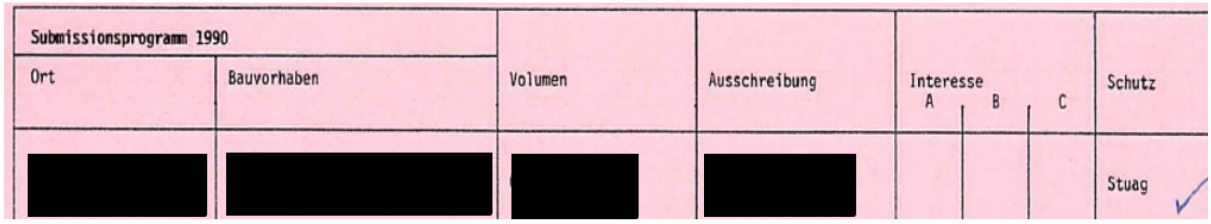


Abbildung 20: Auszug aus Act. n° [...]

268. Dass dieses System der Interessensabklärung fortgesetzt wurde, zeigt die bereits erwähnte Liste aus dem Jahr 1994, welche zahlreiche Interessensbekundungen durch Unternehmen dokumentiert[308]. Auffällig ist hier, dass sich die Systematik änderte. Spaltenüberschrift bildet nicht mehr das «Interesse», sondern das jeweilige Unternehmenskürzel, unter dem ein Unternehmen sein Interesse mittels einem «A» oder einem «B» geltend machen konnte. Wenn es keinerlei Interesse hatte, dann liess es das jeweilige Feld frei. Eine vergleichbare Systematik findet sich in den Marktabklärungslisten (siehe unten Rz 539 ff.). Zu Illustration sei im Folgenden erneut ein Auszug aus der Liste «Submissionen 1994» abgebildet:

[304] […].
[305] Vgl. Act. n° [...].
[306] […].
[307] […].
[308] Act. n° [...].

STBV Region Etzel u. Linth

SUBMISSIONEN 1994

Objekt	Bausumme	DZ	GL	HA	[redacted]	OB	RE	ST	TO	WB	E-datum	S	Auft.erhalten	Bemerkung
[redacted]	[redacted]			A				A			[redacted]		Krieg	Hag. tel. Stuag
													De Zanet	Freigabe
			A	A				A						KV absprechen
		B	B	B	B	B	A	A	B	A		ST	Stuag	SV, Walo verl.

Abbildung 21: Auszug aus Act. n° [...]

269. Bei der Durchsicht der Submissionsprogramme und der Liste «Submissionen 1994» fällt auf, dass häufig das Unternehmen, welches alleine oder mit einem anderen Unternehmen zusammen das höchste Interesse bekundet hat, das Projekt letztlich auch ausgeführt hat. Dieser Zusammenhang zeigt sich auch später bei den Marktabklärungslisten (siehe dazu Rz 649 ff., 671 ff.).

270. Es ist damit als beweismässig erstellt anzusehen, dass die Unternehmen seit 1990 Listen ausgetauscht haben, mit denen sie sich gegenseitig über die in «ihrem» Gebiet ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte informieren konnten. Darüber hinaus ermöglichten es diese Tabellen den Unternehmen, die Interessen der an der Kooperation beteiligten Unternehmen in Bezug auf ganz bestimmte Projekte abzuklären. Ob die Listen regelmässig im Rhythmus der regelmässigen Treffen ausgetauscht wurden, ergibt sich aus den Beweismitteln nicht direkt. Denn anders als in Bezug auf die ausgetauschten Marktabklärungslisten, konnten die Wettbewerbsbehörden keine durchgehende Reihe von ausgetauschten Listen für die Jahre 1990 bis 2001 sicherstellen. Mit Blick auf die Eigenart des «revolvierenden» Marktumfelds, in dem die Unternehmen tätig waren und auf den sich ihr Wille zur Koordinierung bezog, ist jedoch anzunehmen, dass ein regelmässiger Informationsaustausch mittels Listen – entsprechend der Zusammenarbeit nach 2002 (siehe unten Rz 282 ff., 854 ff.) – erfolgte.

A.5.3.4 Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit: Teilweise Überwachung einer «gerechten» Verteilung zwischen den involvierten Unternehmen

271. Wie bereits erläutert, ist nicht anzunehmen, dass ein ökonomisch vernünftig handelndes Unternehmen seine Konkurrenten mittels Stützofferten begünstigen würde, wenn es dafür nicht eine Gegenleistung erhält (siehe dazu Rz 210 f.). Wenn ein stützendes Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen hilft, dann muss es dies zwangsläufig (wenn keine Ausgleichszahlungen vorgesehen und gezahlt werden) in der Erwartung tun, als Gegenleistung für seine Hilfe Unterstützung von den anderen Unternehmen zu bekommen, wenn es selbst ein bestimmtes anderes Projekt ausführen will. Wenn – wie hier – alle beteiligten Unternehmen eine derartige Zusammenarbeit wollen, dann liegt ein Zuteilungs*system* vor, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass die beteiligten Unternehmen versuchen, sich wechselseitig Aufträge zuzuschanzen, so dass jedes beteiligte Unternehmen insgesamt genügend Aufträge erhalten kann.[309]

272. In welchem Verhältnis in einem derartigen Zuteilungssystem die Zahl der Projekte, die ein bestimmtes Unternehmen erhält, zu der Anzahl derjenigen Submissionen steht, bei denen dieses Unternehmen Stützofferten abgibt, illustriert das bereits erwähnte Redemanuskript von [Vertreter der Hagedorn] aus dem Jahr 1995[310]. Darin heisst es: «Wer aber auch bereit ist, ca 10 x mehr S zu geben als zu erhalten […], der Stimme ja mit der Überzeugung dieser Konzept min. 1. Jahr durchzuziehen…». Bestätigt wird dieses Verhältnis durch eine Aussage von Implenia, welche unabhängig von Hagedorn angibt, dass im Sinne einer Faustregel galt, dass jedes Club-Mitglied [nach neun bis zehn Schutzgewährungen wiederum Anrecht auf Schutz gehabt habe].[311]

273. Bei einem Rotationssystem besteht für jedes beteiligte Unternehmen die Gefahr, dass es nicht genug Projekte erhält, z. B. weil es sich bei den Koordinierungsrunden nicht durchsetzen kann. Es kann dann zu der Situation kommen, dass einige Mitglieder des Rotationskartells in grösserem Masse von der Zusammenarbeit profitieren als andere Unternehmen. Um dieser Entwicklung entgegen zu wirken, kann bei Rotationskartellen das Bedürfnis entstehen, über den Wert der von den Teilnehmern der Kooperationsrunde erhaltenen Projekte «Buch zu führen». Dies ermöglicht es den beteiligten Unternehmen besser zu kontrollieren, ob alle Teilnehmer des Rotationskartells entsprechend ihrer Kapazitäten von der Zusammenarbeit profitieren und kein Unternehmen benachteiligt wird. Hierzu können Unternehmen z. B. füreinander jährliche Kontingente festlegen, welche nicht überschritten werden dürfen. Bei dem von der WEKO als unzulässig eingestuften Rotationskartell im Kanton Tessin wurde z. B. genau diese Lösung gewählt[312]. Wie bereits erwähnt, ist ein solches Kontrollsystem aber nicht zwingende Voraussetzung für das Ziel, sich im Rahmen eines Zusammenarbeitssystems wechselseitig Projekte mittels Stützofferten zuzuteilen (siehe oben Rz 214).

[309] Siehe zum Rotationskartell RPW 2008/1, 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*.
[310] Act. n° [...].
[311] Act. n° [...].
[312] RPW 2008/1, 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

274. Auch in casu sind Belege für Ansätze für derartige Kontrollmechanismen vorhanden. Ein Hinweis auf eine «geordnete» Kooperation findet sich zum einen in dem bereits erwähnten Redemanuskript von [Vertreter der Hagedorn]. Darin heisst es zur Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen: «alle müssen im Verhältnis zu Grösse, Struktur, Ortsansässigkeit, etc. gleich profitieren.»[313]

275. Weiter finden sich im bei Hagedorn beschlagnahmten roten Ordner Unterlagen, welche für bestimmte Zeiträume eine Übersicht über den Wert der jeweils von einem Unternehmen erhaltenen Aufträge geben und diese Werte in Relation zueinander setzen[314]. Zur Illustration sind im Folgenden zwei Auszüge aufgeführt:



Abbildung 22: Auszug aus Act. n° [...]

[313] Act. n° [...].
[314] Act. n° [...], S. 252 ff., 260 f., 263.

STUAG KREIS LINTH — Prozentual nach Offertsummen — OFFERTEN + VERGABEN 1990

	Total			Oeffentlich			Beschränkt			Eigen		
Total gerechnete Offerten	100 %			100 %			100 %			100 %		
Noch nicht vergeben	34.10			30.50			35.50			43.60		
Zurückgestellt	3.20			5.40			0.20			1.30		
Total vergeben	62.70	100 %		64.10	100 %		64.30	100 %		55.10	100 %	
An Dritte vergeben	20.70	33.00		27.40	42.80		15.50	24.10		6.60	12.10	
An Mitgliedervereinigung vergeben	42.00	67.00	100 %	36.70	57.20	100 %	48.80	75.90	100 %	48.50	87.90	100 %
STUAG	[redacted]											
HAGEDORN												
LEIMBACHER												
WALO												
DE ZANET												
OBERHOLZER												

Abbildung 23: Auszug aus Act. n° [...]

276. Die beschlagnahmten Verteilungsübersichten belegen, dass bisweilen die wertmässige Aufteilung der erhaltenen Projekte unter den Unternehmen thematisiert worden ist. Beweismässig nicht erstellt ist dagegen, dass regelmässig eine systematische Überwachung der Frage erfolgte, ob die Verteilung der abgesprochenen Projekte gerecht war, d.h. entsprechend Grösse, Struktur, Ortsansässigkeit etc. erfolgte.

A.5.3.5 Zwischenergebnis

277. Aus den zahlreichen Beweismitteln ergibt sich, dass die Zusammenarbeit fast aller Untersuchungsadressatinnen und/oder ihrer Rechtsvorgängerinnen (exkl. Anoba Holding AG, der Oberholzer AG Eschenbach/OBERHOLZER Bauleistungen AG[315] und Reichmuth Bauunternehmungen AG[316]) zur Koordinierung von Submissionen teilweise bis in die 1970er Jahre zurückreicht.

278. Bezüglich der Bernet Bau AG gilt dabei, dass nur vereinzelt Dokumente vorliegen, welche ihre Beteiligung an der Zusammenarbeit vor dem Jahr 2002 beweisen.[317] Hinsichtlich der Toller Unternehmungen AG ist darauf hinzuweisen, dass bis zur Zusammenlegung der operativen Tätigkeiten der Toller Strassenbau AG und der Toller Gartenbau AG sowie der Übernahme des Personals und der Maschinen durch die Toller Gartenbau AG im Jahr 1995 (siehe dazu Rz 28 ff.), nicht die Toller Gartenbau AG/Toller Unternehmungen AG, sondern ausschliesslich Vertreter der Toller Strassenbau AG an den Koordinierungen beteiligt war.

279. Die Koordinierung beinhaltete, dass sich die an projektübergreifenden Treffen anwesenden Unternehmen dazu bereit erklärten, zur Erreichung «besserer Preise» bezüglich aller Submissionen in den Gebieten See, Gaster, March und Höfe zusammenzuarbeiten. Diese Zusammenarbeit beinhaltete, dass sich die Unternehmen einzelne Submissionen wechselseitig «zuschanzten» und – falls dies erforderlich war –, sich dazu bereit erklärten, Stützofferten zugunsten des jeweils als Gewinner designierten Unternehmens abzugeben. Insoweit aus den sichergestellten Dokumenten ersichtlich ist, dass in Bezug auf eine bestimmte Submission das schutznehmende Unternehmen den Auftrag für das Projekt letztlich auch erhalten hat, ist zugleich bewiesen, dass die Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen auch zum gewünschten Erfolg führte.

A.5.4 Die Zusammenarbeit nach 2002

280. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Bernet Bau AG, die De Zanet AG, die Hagedorn AG (bzw. die Jules Hagedorn AG), die Implenia Schweiz AG (bzw. die Batigroup), die Oberholzer AG Eschenbach (bzw. die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen), die Gebr. P. und J. Reichmuth AG, die Toller Unternehmungen AG sowie die Walo Bertschinger AG St. Gallen die in den Rz 150 bis 279 geschilderte Art und Weise der Zusammenarbeit bis Mitte 2009 beibehielten bzw. – im Fall der Bernet Bau – sich ihr anschlossen. Insbesondere zeigen die folgenden Ausführungen, dass die Unternehmen in den Jahren 2002 bis 2009 entsprechend der in der Notiz von [Vertreter der Hagedorn] von Ende 2001 beschriebenen Art und Weise der Zusammenarbeit (siehe Rz 201 ff.) zusammengearbeitet haben.

281. Wenn im Folgenden auf die «acht Unternehmen» Bezug genommen wird, dann meint dies die soeben genannten acht Gesellschaften und/oder deren Rechtsvorgängerinnen. Wie aus den folgenden Abschnitten hervorgeht, beteiligten sich diese acht Gesellschaften an einem bestimmten «Marktabklärungssystem» sowie einem Eigenoffertsystem. Diese beiden Systeme werden

[315] Die Oberholzer AG Eschenbach (heute: OBERHOLZER Bauleistungen AG) wurde erst im Jahr 2003 gegründet; s. o. Rz 23. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (heute: OBERHOLZER Immobilien AG) war an der nachfolgend beschriebenen Koordinierung sehr wohl beteiligt.

[316] Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet, um das Bauunternehmen von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG zu übernehmen; s. o. Rz 11.

[317] Nachgewiesen ist nur die Beteiligung an der gemeinsamen Festlegung von Schutz, siehe dazu oben Rz 247.

nachfolgend als MA-System bzw. EO-System bezeichnet. In den Rz 282 ff. werden Funktionsweise und Zweck des MA-Systems dargestellt. Die Rz 864 ff. gehen sodann auf die Funktionsweise und den Zweck des EO-Systems ein.

A.5.4.1 Das MA-System

282. Aus dem folgenden Abschnitt geht hervor, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems ein wesentliches Element für die Koordination zwischen den genannten Unternehmen war. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, waren wesentliche Bausteine dieses MA-Systems die Marktabklärungssitzungen (MA-Sitzungen) bzw. vor 2004 die «Submissionsprogrammsitzungen», an denen alle acht Unternehmen teilgenommen haben (siehe dazu Rz 283 ff.), der Austausch von Marktabklärungslisten (MA-Listen) bzw. vor 2004 von Submissionsprogrammen mit bestimmten Inhalten (siehe dazu Rz 539 ff.) sowie die Bekundung von Interessen an den MA-Sitzungen, um – wie auch vor 2002 – eine Aufteilung der in den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe (Untersuchungsgebiet) ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zwischen den acht Unternehmen zu ermöglichen (siehe dazu Rz 598 ff.). Wie noch gezeigt wird, führte diese Zusammenarbeit dazu, dass die acht Unternehmen in einer Vielzahl von Fällen bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet – in unterschiedlichen Konstellationen – vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen festlegten (siehe dazu Rz 674 ff.). In den Rz 751 ff. wird abschliessend das Ausmass der Zusammenarbeit quantifiziert. Der Abschnitt wird mittels einem zusammenfassenden Zwischenergebnis abgeschlossen (Rz 854 ff.).

A.5.4.1.1 Die Marktabklärungssitzungen und Submissionsprogrammsitzungen

283. In den Akten finden sich zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass sich die acht Unternehmen wie schon vor 2002 weiterhin regelmässig trafen (siehe zu den MA-Sitzungen Rz 283 ff.), um ständig aktualisierte «Submissionsprogramme» bzw. später «Marktabklärungslisten» (siehe zu den Listen Rz 539 ff.) miteinander zu besprechen. Welchem Zweck diese Besprechungen dienten, wird in einem eigenen Abschnitt dargelegt (siehe unten Rz 602 ff.).

284. Nachfolgend werden nur diejenigen Sitzungen als Marktabklärungssitzungen (nachfolgend MA-Sitzungen) bezeichnet, anlässlich derer die acht Unternehmen die «Marktabklärungsliste» (nachfolgend MA-Liste) besprochen haben. Die Sitzungen, an denen die acht Unternehmen die Submissionsprogramme besprachen, werden Submissionsprogrammsitzungen genannt.

a. Jedem der acht Unternehmen war jeweils eine Kennziffer zugeordnet

285. Zum besseren Verständnis der nachfolgend erwähnten und gewürdigten Beweismittel ist vorab darauf hinzuweisen, dass die acht Unternehmen in den MA-Listen, den Eigenoffertlisten (nachfolgend: EO-Liste, siehe dazu Rz 871 ff.) sowie den Terminlisten, mit denen zu Anfang eines Jahres die Termine der in dem betreffenden Jahr durchzuführenden MA-Sitzungen festgelegt wurden (nachfolgend: MA-Programm), ab Ende 2005 (siehe dazu Rz 287 f.) nicht mehr namentlich genannt wurden. Jedem der acht Unternehmen war in den MA- und EO-Listen sowie in den MA-Programmen in dieser Zeit zur Identifizierung jeweils eine Kennziffer zwischen 1 und 8 zugeordnet.

286. Entsprechend der Angaben einer Selbstanzeigerin[318] sowie mit Blick auf beschlagnahmte Dokumente[319] ist es als bewiesen anzusehen, dass folgende Kennziffern den acht Unternehmen zugeordnet waren:

1 = De Zanet (Kaltbrunn)

2 = Hagedorn (Pfäffikon/Reichenburg)

3 = Oberholzer (Neuhaus)

4 = Implenia (Siebnen)

5 = Walo (Eschenbach/Jona)

6 = Reichmuth (Freienbach)

7 = Toller (Eschenbach)

8 = Bernet Bau (Gommiswald)

287. Eine derartige Anonymisierung haben die acht Unternehmen im Übrigen nicht immer vorgenommen. Aus den beschlagnahmten Listen ist vielmehr zu folgern, dass die Unternehmen teilweise noch bis Ende 2005 namentlich – oft unter Verwendung des offiziellen Firmenlogos – in unter den acht Unternehmen ausgetauschten Dokumenten aufgeführt waren. Dies lässt sich u. a. durch einen Ausschnitt aus dem «Submissionsprogramm» vom 10. Dezember 2003 illustrieren (siehe für noch ältere Dokumente oben z. B. Rz 262):

[318] Act. n° [...].
[319] Z. B. Act. n° [...].

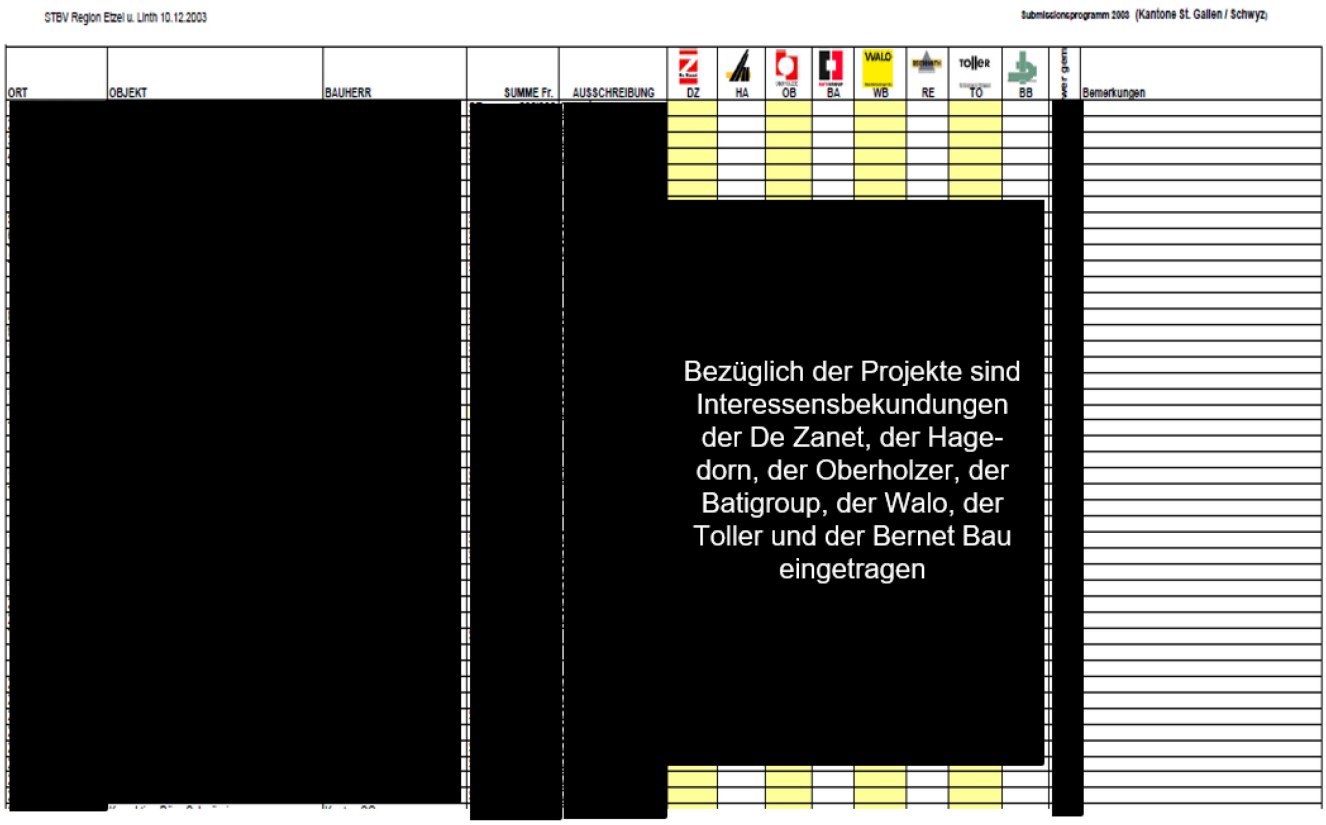


Abbildung 24: Auszug aus dem «Submissionsprogramm» vom 10. Dezember 2003, Act. n° [...]

288. Nach Dezember 2003 sind die Unternehmen in den Listen nur noch unregelmässig namentlich und mit Firmenlogo genannt. Im Jahr 2004 wurden nur Listen versandt, in denen die Unternehmen durch die genannten Kennziffern gekennzeichnet sind.[320] Im Jahr 2005 wurden teilweise MA-Listen ausgetauscht, in denen die Unternehmen namentlich und mit Firmenlogo identifizierbar sind.[321] Die letzte Verwendung einer solchen Liste datiert aus dem November 2005.

b. Zwischen Ende 2003 und Ende 2009 waren über 100 MA-Sitzungen geplant

289. Im Folgenden wird gezeigt, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen den Jahren 2004 und 2009 geplant haben, sich regelmässig, d. h. alle zwei bis vier Wochen, an unterschiedlichen Orten zu MA-Sitzungen zu treffen.

290. Die Selbstanzeigerinnen Implenia und Walo sowie die Unternehmen Bernet Bau, De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Reichmuth und Toller haben angegeben, dass MA-Sitzungen stattgefunden haben und dass sie jeweils selbst (teilweise) an solchen MA-Sitzungen anwesend waren.[322] Implenia und Walo haben ferner angegeben, dass die Treffen, an denen die Liste besprochen wurde oder hätte besprochen werden sollen, entsprechend einer Sitzungsplanung «regelmässig» hätten stattfinden sollen.[323]

291. Weiter wird von den Selbstanzeigerinnen angegeben, dass die Terminplanung für die Treffen jeweils zu Beginn eines Kalenderjahres für das Kalenderjahr oder am Ende eines Kalenderjahres für das darauf folgende Kalenderjahr vorab festgelegt und unter allen acht Unternehmen kommuniziert wurde.[324]

292. Aus den Aussagen von Implenia und Walo liesse sich mithin folgern, dass regelmässige MA-Sitzungen unter Beteiligung der acht Unternehmen hätten stattfinden sollen und dass diese Sitzungen jeweils vorab für einen bestimmten Zeitraum angesetzt wurden.

293. Wie erläutert, hat das Bundesverwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass die Beweisführung der Wettbewerbsbehörden nicht ausschliesslich auf die Angaben einer Selbstanzeigerin gestützt werden dürfe, wenn die belasteten Dritt-Unternehmen die Beschuldigungen bestreiten.[325] Ob diese Aussage in ihrer Absolutheit zutrifft, ist fraglich, da sie gleichbedeutend wäre mit einer an sich unzulässigen Beschränkung der freien Beweiswürdigung (siehe dazu oben Rz 125 ff.).

[320] Vgl. Act. n° [...].
[321] Vgl. Act. n° [...].
[322] […].
[323] Act. n° [...].
[324] Act. n° [...].
[325] Vgl. Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.4.34, *Paul Koch AG/WEKO*.

294. Einige Verfahrensparteien haben sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats auf diese Rechtsprechung berufen. So verwies die Oberholzer auf die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[326] und machte geltend, die Vertreter der Implenia hätten erhebliche Informationslücken.[327] Ausserdem sei es offensichtlich, dass die Implenia mit ihrer Selbstanzeige «eigene Interessen» verfolge und deshalb eine möglichst umfassende Selbstanzeige abgeben wollte, welche sie dementsprechend auch in «zahllosen» Eingaben ergänzt habe, um möglichst den vollen Sanktionserlass zu erhalten bzw. diesen nicht zu gefährden.[328] Es könne für den Beweis von rechtserheblichen Umständen daher nicht einzig auf die Angaben der Selbstanzeigerin abgestellt werden.[329] Die Toller führte aus, die Angaben der Implenia seien vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die Implenia bemüht gewesen sei, «eher etwas zu viel einzugestehen als zu wenig und Sachverhalte so darzustellen, wie sie sich aus Sicht des Sekretariats aufgrund von Akten wie den Marktabklärungslisten im schlimmsten Fall zugetragen haben könnten.».[330] Sinngemäss gibt die Toller auch an, die Implenia habe ihre eigene Rolle relativieren wollen.[331] Die Reichmuth verwies ebenfalls auf die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und stellte die Beweiskraft der Selbstanzeigen in Frage.

295. Wie bereits dargelegt, ist hinsichtlich eines zu beweisenden Umstands stets eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (siehe oben Rz 125 ff). Es müssen deshalb stets alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Ob die Angaben der Implenia – so wie es die Oberholzer, die Toller und die Reichmuth angeben oder zumindest suggerieren – tatsächlich unglaubhaft sind, ist mithin nachfolgend zu prüfen. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (vgl. insbesondere oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

296. Die Aussage der Implenia wird durch die De Zanet bestätigt. Diese hat – ohne Kenntnis der Angaben der Implenia – angegeben, dass Sitzungstermine jeweils anfangs Jahr zwischen den acht Unternehmen vereinbart worden seien, «da dies logistisch einfacher» gewesen sei[332].

297. Zudem wurden Terminpläne («MA-Programme») der «Marktabklärung» für die Jahre 2006, 2007, 2008 und 2009 bei der Toller und für das Jahr 2009 bei der De Zanet sichergestellt[333] sowie für die Jahre 2007, 2008 und 2009 von Implenia eingereicht[334]. Soweit diese MA-Programme dieselben Jahre betreffen, stimmen sie überein. Diese MA-Programme wurden zu Beginn der betreffenden Jahre jeweils von der De Zanet an die anderen sieben Unternehmen versandt.[335]

298. Der Versand der Programme zu Beginn des jeweiligen Jahres bestätigt, dass die Unternehmen die Terminplanung zu Beginn des jeweiligen Jahres oder zum Ende des vorangegangenen Jahres vorgenommen haben. Aus diesen MA-Programmen lässt sich in beweismässiger Hinsicht auch folgern, dass für die Zeit zwischen Anfang 2006 bis Ende 2009 pro Jahr ungefähr alle zwei bis drei Wochen ein Treffen anberaumt war. Festgehalten wurde auch ein Tag, bis zudem neue Eigenofferten gemeldet werden mussten (Spalte: «Abgabetag» in den MA-Programmen) Zur Illustration ist nachfolgend ein Ausschnitt aus dem MA-Programm des Jahres 2009 abgebildet:

[326] Act. n° [...].
[327] Act. n° [...].
[328] Act. n° [...].
[329] Act. n° [...].
[330] Vgl. insbesondere Act. n° [...].
[331] Vgl. Act. n° [...].
[332] Act. n° [...].
[333] […].
[334] Act. n° [...].
[335] […].



Marktabklärung

Januar – Dezember 2009

Abgabetag:	Datum:		D-006_11
19.01.2009	22.01.2009	17.00 Uhr	3
24.02.2009 (Fasnachtsdienstag)	26.02.2009	17.00 Uhr	4
02.03.2009	~~05.03.2009~~	~~15.00 Uhr~~	~~5~~
~~09.03.2009~~	12.03.2009	17.00	6
~~16.03.2009~~	~~19.03.2009~~	~~17.00 Uhr~~	~~6~~
30.03.2009	02.04.2009	17.00 Uhr	7
14.04.2009	16.04.2009	17.00 Uhr	8
04.05.2009	07.05.2009	17.00 Uhr	1
25.05.2009	28.05.2009	17.00 Uhr	2
08.06.2009	11.06.2009	17.00 Uhr	3

Abbildung 25: Auszug aus MA-Programm, Act. n° [...]

299. Die MA-Programme bestätigen mithin die Aussagen der Selbstanzeigerinnen für die Jahre 2006 bis 2009.

300. Darüber hinaus werden die Aussagen der Selbstanzeigerinnen durch die bei Toller und De Zanet sichergestellten sowie von Implenia eingereichten Einladungs- und Absage-E-Mails[336] bestätigt. Diese E-Mails wurden im zwei- bis etwa dreiwöchigen Rhythmus – jeweils kurz vor dem laut Liste anberaumten Termin – an die anderen Unternehmen versandt. Ihnen beigefügt war in der Regel die jeweils aktuelle MA-Liste. Den Wettbewerbsbehörden liegen solche E-Mails ab dem 25. November 2003 vereinzelt vor. Nahezu lückenlos vorhanden sind die Einladungs- oder Absage-E-Mails aus einem Zeitraum zwischen dem 25. Mai 2004 und dem 28. Mai 2009.

301. Aus diesen Beweisdokumenten geht hervor, dass vor jedem in den MA-Programmen festgelegten Termin – im Zeitraum von 2006 bis Mai 2009 – entweder eine Einladungs- oder aber eine Absage-E-Mail von De Zanet versandt wurde. Dies belegt, dass die acht Unternehmen den MA-Programmen eine verbindliche Bedeutung zugemessen haben und diese dementsprechend «abgearbeitet» haben.

302. Die Einladungs- und Absage-E-Mails bestätigen die Aussage der Selbstanzeigerinnen, dass regelmässige Sitzungen im zwei- bis etwa dreiwöchigen Rhythmus anberaumt worden waren, auch für die Jahre 2004 und 2005. Wie im Folgenden gezeigt wird, lässt sich dies aus dem Wortlaut der E-Mails sowie aus dem Versendungsrhythmus folgern. Die Einladungs-E-Mails lauteten in der Regel:

> *«Die nächste Sitzung vom [Datum] findet um [Uhrzeit] in [Ort/Ziffer] statt.»*

303. Falls die Ortsbezeichnung nicht eindeutig war, da zwei der beteiligten Unternehmen ihren Sitz oder Werkhof in dem Ort hatten – dies ist z. B. bei Walo und Toller der Fall, welche Räumlichkeiten in Eschenbach hatten –, wurde die Einladung präzisiert. Als Treffpunkt wurde dann angegeben: «Eschenbach Toller», «Eschenbach Walo» oder «Eschenbach ([…])» bzw. «Eschenbach ([…])». Diesen Einladungen wurde in Vorbereitung auf das jeweilige Treffen stets die aktualisierte MA-Liste angehängt.

304. Insgesamt wurden zwischen Mai 2004 und Mai 2009 lediglich 19 Sitzungen abgesagt (siehe unten Rz 310). In diesen Absagen schreibt die Absenderin De Zanet meistens:

> *«Die Sitzung vom [Datum] fällt aus», oder: «…findet nicht statt»*

[336] Siehe dazu […].

305. Teilweise wurde ergänzt, auf wessen Wunsch die Sitzung nicht stattfinden soll und/oder dass die Absage telefonisch[337] vorbesprochen war.

306. Die Verwendung des bestimmten Artikels in den E-Mails («Die Sitzung…») zeigt, dass der Sitzungstermin vorab bereits schon festgelegt gewesen sein muss. Wäre die Sitzung erst durch die E-Mails selbst anberaumt worden, so wäre es logischer gewesen, anzukündigen, dass «eine» Sitzung stattfinden soll. Auch der Umstand, dass Absagen vorliegen, belegt, dass vorab eine Sitzungsplanung stattgefunden haben muss. Denn Absagen sind nur dann sinnvoll, wenn vorab auch ein Termin festgelegt worden war. Dass auch in den Jahren 2004 und 2005 vorab Sitzungen geplant gewesen waren, folgt darüber hinaus daraus, dass die Einladungs- und Absage-E-Mails in dem von den Selbstanzeigerinnen erwähnten zwei- bis höchstens vierwöchigen Rhythmus von De Zanet versendet wurden und für die Jahre 2004 und 2005 einerseits und für die Jahre 2006 bis 2009 andererseits identisch lauten.

307. Dass es im Jahr 2005 auch schon eine Terminplanung gegeben haben muss, zeigt auch eine E-Mail von De Zanet aus dem Jahr 2005. Darin heisst es im Hinblick auf das Treffen am 20. Oktober 2005:

> *«Dann werden auch die neuen Treffpunkte bzw. evtl. Termine festgelegt.»*[338]

308. Diese Formulierung ist für die Empfänger nur verständlich, wenn die vorgängige Terminfestlegung für das gesamte Jahr auch schon im Jahr 2005 der «modus operandi» war.

309. Mit Blick auf die genannten Beweismittel ist daher nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben zu der Sitzungsplanung gemacht haben. Denn ihre diesbezüglichen Angaben werden durch zahlreiche weitere Beweismittel bestätigt. Aus der Gesamtheit der genannten Beweismittel ist daher zu folgern, dass geplant war, dass sich die acht Unternehmen in einem zwei- bis vierwöchigen Rhythmus treffen sollten. Diese Planung bestand jedenfalls für die Zeit zwischen Anfang 2004 und Ende 2009 und wurde jeweils zu Beginn des Kalenderjahres für das Kalenderjahr oder am Ende eines Kalenderjahres für das folgende Kalenderjahr festgelegt.

310. Die gesamte Sitzungsplanung für die Jahre 2004 bis 2009 ist – soweit sie den Beweismitteln direkt entnommen werden kann – in der folgenden Tabelle zusammengefasst. Sie zeigt auch, zu welchem Datum die Einladungs- oder die Absage-E-Mail versendet wurde sowie welche MA-Liste der jeweiligen E-Mail angehängt war. Wie die Zusammenfassung zeigt, ist aus den genannten Beweismitteln zu folgern, dass im Zeitraum zwischen Ende 2003 und Ende 2009 über 100 Sitzungen hätten stattfinden sollen, wobei zwischen Mai 2004 und Mai 2009 insgesamt 19 Sitzungen per E-Mail abgesagt wurden.

[337] Vgl. z. B. Act. n° [...].
[338] Act. n° [...].

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail[339]	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm[340]	EO-Liste[341]
Vor 2004				
	unbekannt	unbekannt	Submissionsprogramm 2002 26.6.02[342]	
25.11[343]	26.11.2003	unbekannt/fällt aus		
	10.12.2003[344]	unbekannt	Submissionsprogramm 2003 10.12.03[345]	
2004				
			2004 (1)[346]	
			2004 (2)[347]	EO 30.3.04 mit Buchstaben
			2004 (3)[348]	EO 2004_18 mit Ziffern
			MA 2004_20[349]	EO 2004_20
25.05	26.05.2004	Eschenbach	MA 2004_22	EO 2004_22
				EO 2004_24
22.06	23.06.2004	Gommiswald	MA 2004_26	EO 2004_26
06.07	07.07.2004	Eschenbach	MA 2004_28	EO 2004_28
17.08	18.08.2004	Siebnen	MA 2004_34	EO 2004_34
31.08	01.09.2004	Kaltbrunn	MA 2004_36	
14.09	15.09.2004	Gommiswald	MA 2004_38	
28.09	29.09.2004	Siebnen	MA 2004_40	
12.10	13.10.2004	fällt aus	MA 2004_42	
26.10	27.10.2004	Eschenbach	MA 2004_44	
30.11	01.12.2004	Pfäffikon	MA 2004_49	
14.12	15.12.2004	Kaltbrunn (gemeinsames Essen organisiert durch [Vertreter der Toller])	MA 2004_51	EO 2004_51[350]
2005				
	Januar 2005		MA 2005_2[351]	
				EO 2005_4[352]
09.03	10.03.2005	Freienbach SZ	MA 2005_10	
22.03	23.03.2005	Eschenbach	MA 2005_12	
06.04	07.04.2005	Gommiswald	MA 2005_14	EO 2005_14[353]
20.04	21.04.2005	Kaltbrunn	MA 2005_16	
03.05	03.05.2005	Pfäffikon	MA 2005_18	
18.05	19.05.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_20	

[339] Siehe dazu Act. n° [...].
[340] Wenn nicht anders vermerkt, kommen alle Dokumente dieser Spalte aus Act. n° [...].
[341] Wenn nicht anders vermerkt, kommen alle Dokumente dieser Spalte aus Act. n° [...].
[342] Act. n° [...]. Diese Liste wurde im Excel-Format bei De Zanet gefunden.
[343] Vgl. Act. n° [...].
[344] Vgl. Act. n° [...].
[345] Act. n° [...]. Diese Liste wurde im Excel-Format bei De Zanet gefunden.
[346] Act. n° [...]. Diese Liste hat keine Kalendernummer oder kein genaues Datum.
[347] Vgl. Fn 346.
[348] Vgl. Fn 346.
[349] Act. n° [...]. Diese MAL wurde ohne Einladungs-E-Mail geliefert.
[350] Act. n° [...].
[351] Dieser Liste war eine E-Mail ohne Text angehängt; s. Act. n° [...].
[352] Act. n° [...].
[353] Act. n° [...].

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail[339]	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm[340]	EO-Liste[341]
01.06	02.06.2005	Siebnen	MA 2005_22	
15.06	16.06.2005	Eschenbach WB	MA 2005_24	
29.06	30.06.2005	Freienbach	MA 2005_26	
11.07	13.07.2005	Eschenbach	MA 2005_28	
10.08	11.08.2005	Gommiswald	MA 2005_32	
24.08	25.08.2005	Kaltbrunn	MA 2005_34	
07.09	08.09.2005	fällt aus («allfällige Wünsche können bilateral abgesprochen werden»)		
21.09	22.09.2005	fällt aus		
20.10	20.10.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_42	
02.11	03.11.2005	Freienbach	MA 2005_44	
16.11	17.11.2005	Eschenbach	MA 2005_46	
30.11	01.12.2005	Siebnen	MA 2005_48	
14.12	15.12.2005	Eschenbach (5)	MA 2005_50	EO 2005_50[354]
2006				
17.01	18.01.2006	Kaltbrunn	MA 2006_3	
23.01			E-Mail betr. MA-Programm 2006	
15.02	16.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_7 (beschriftet als 2006_3)	
24.02	24.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_8 (beschriftet als 2006_4)	
07.03	09.03.2006	Freienbach	MA 2006_10[355]	EO 2006_10
22.03	23.03.2006	Siebnen	MA 2006_12	EO 2006_12
05.04	06.04.2006	Eschenbach	MA 2006_14	EO 2006_14
19.04	20.04.2006	Goldingen	MA 2006_16	EO 2006_16
03.05	04.05.2006	Eschenbach	MA 2006_18	EO 2006_18
17.05	18.05.2006	fällt aus		EO 2006_20
07.06	08.06.2006	Kaltbrunn	MA 2006_23	EO 2006_23
28.06	29.06.2006	Eschenbach	MA 2006_26	EO 2006_26
18.07	20.07.2006	fällt aus		EO 2006_29
16.08	17.08.2006	Eschenbach […]	MA 2006_33	EO 2006_33
05.09	07.09.2006	fällt aus		EO 2006_36
12.09	13.09.2006	Eschenbach ([…]) Werkhof	MA 2006_37	EO 2006_37
27.08	28.09.2006	Gommiswald	MA 2006_39	EO 2006_39
10.10	12.10.2006	fällt aus		EO 2006_41
25.10	26.10.2006	Pfäffikon ([…])	MA 2006_43	EO 2006_43
08.11	09.11.2006	Reichenburg ([…])	MA 2006_45	EO 2006_45

[354] Act. n° [...].
[355] Diese Liste wurde von Implenia geliefert, Act. n° [...].

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail[339]	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm[340]	EO-Liste[341]
22.11	23.11.2006	Siebnen	MA 2006_47	EO 2006_47
06.12	07.12.2006	fällt aus	MA-Programm 2007	EO 2006_49
2007				
17.01	18.01.2007	Eschenbach ([…])	MA 2007_3	
12.02	13.02.2007	Freienbach	MA 2007_7	EO 2007_7
27.02	02.03.2007	fällt aus		EO 2007_9
14.03.	15.03.2007	Eschenbach	MA 2007_11	EO 2007_11
28.03	29.03.2007	Kaltbrunn	MA 2007_13	
19.04	19.04.2007	fällt aus	MA 2007_16	
02.05	03.05.2007	Eschenbach ([…])	MA 2007_18	EO 2007_18
23.05	24.05.2007	Neuhaus ([…])	MA 2007_21	EO 2007_21
06.06	07.06.2007	fällt aus		EO 2007_23
27.06	28.06.2007	Eschenbach ([…])	MA 2007_26	EO 2007_26
11.07	12.07.2007	Freienbach ([…])	MA 2007_28	EO 2007_28
15.08	16.08.2007	Eschenbach ([…])	MA 2007_33	EO 2007_33
29.08	30.08.2007	Gommiswald ([…])	MA 2007_35	EO 2007_35
12.09	12.09.2007	fällt aus	MA 2007_37	EO 2007_37
26.09	27.09.2007	Siebnen ([…])	MA 2007_39	EO 2007_39
10.10	11.10.2007	fällt aus		EO 2007_41
24.10	25.10.2007	Neuhaus ([…])	MA 2007_43	EO 2007_43
07.11	08.11.2007	Siebnen - fällt aus (kzfr.)	MA 2007_45	EO 2007_45
21.11	22.11.2007	Kaltbrunn statt Jona ([…])	MA 2007_47	EO 2007_47
12.12	13.12.2007	Freienbach ([…])	MA 2007_50 und MA-Programm 2008	EO 2007_50
2008				
16.01	17.01.2008	fällt aus		EO 2008_3
19.02	21.02.2008	fällt aus		EO 2008_8
05.03	06.03.2008	Kaltbrunn	MA 2008_10	EO 2008_10
19.03	20.03.2008	Reichenburg (Schwaderau)	MA 2008_12[356]	EO 2008_12
02.04	03.04.2008	Siebnen	MA 2008_14	EO 2008_14
16.04	17.04.2008	Neuhaus	MA 2008_16	EO 2008_16
07.05	08.05.2008	Eschenbach	MA 2008_19	EO 2008_19
21.05	21.05.2008	Freienbach	MA 2008_21	EO 2008_21
04.06	05.06.2008	Eschenbach Toller AG	MA 2008_23	EO 2008_23
17.06	19.06.2008	Gommiswald	MA 2008_25	EO 2008_25
02.07	03.07.2008	Kaltbrunn (anschliessend Restaurant)	MA 2008_27	EO 2008_27

[356] Diese Liste wurde von Implenia geliefert, Act. n° [...].

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail[339]	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm[340]	EO-Liste[341]
16.07	17.07.2008	Reichenburg (Hagedorn AG)	MA 2008_29[357]	EO 2008_29
13.08	14.08.2008	Neuhaus	MA 2008_33[358]	EO 2008_33
22.08	04.09.2008	fällt aus[359]		
17.09	18.09.2008	Kaltbrunn	MA 2008_38[360]	EO 2008_38
01.10	02.10.2008	Freienbach	MA 2008_40	EO 2008_40
14.10	16.10.2008	Eschenbach (Toller AG)	MA 2008_42	EO 2008_42
05.11	06.11.2008	Gommiswald	MA 2008_45	EO 2008_45
19.11	20.11.2008	Kaltbrunn	MA 2008_47 mit Entwurf MA-Programm 2009	EO 2008_47
10.12	11.12.2008	Reichenburg	MA 2008_50 mit MA-Programm 2009	EO 2008_50
12.12			E-Mail betr. MA-Programm 2009 mit Hinweis: «wie gestern bereinigt»	
2009				
21.01	22.01.2009	Neuhaus	MA 2009_4	
25.02	26.02.2009	Siebnen	MA 2009_9[361]	
	05.03.2009			
11.03	12.03.2009	Freienbach	MA 2009_11[362]	EO 2009_11
01.04	02.04.2009	fällt aus[363]	MA 2009_14[364]	EO 2009_14[365]
15.04	16.04.2009	Gommiswald	MA 2009_16	EO 2009_16[366]
06.05	07.05.2009	Kaltbrunn	MA 2009_19[367]	
27.05	28.05.2009	fällt aus (mangels Ausschreibungen)	MA 2009_22	EO 2009_22[368]
	11.06.2009			EO 2009_24[369]
	25.06.2009			
	09.07.2009			
	13.08.2009			
	03.09.2009			
	17.09.2009			
	01.10.2009			
	15.10.2009			
	05.11.2009			
	19.11.2009			
	10.12.2009			

Tabelle 1: Termine der Marktabklärungssitzungen und Listen 2002-2009

[357] Diese Liste wurde von Implenia geliefert, Act. n° [...]. Die Einladung per E-Mail (Versand 16. Juli 2008) wurde auch bei Toller gefunden. Die angehängte Liste war irrtümlich die MA 2006_4 und nicht die MA 2008_29.
[358] Diese Liste wurde von Implenia geliefert, Act. n° [...].
[359] Diese Absage-E-Mail wurde von Implenia geliefert, Act. n°[…].
[360] Diese Liste wurde von Implenia geliefert, Act. n° [...].
[361] Act. n° [...].
[362] Act. n° [...].
[363] Act. n° [...]. Die Sitzung wurde am 1.4.2009, um 9.22 Uhr abgesagt.
[364] Act. n° [...].
[365] Act. n° [...].
[366] Act. n° [...].
[367] Act. n° [...].
[368] Act. n° [...].
[369] Act. n° [...], Versand am 9.6.2009.

311. Die Analyse der Einladungs- und Absage-E-Mails ergibt in beweismässiger Hinsicht im Einzelnen,

- dass schon im Jahr 2003 Treffen stattfinden sollten und diesbezüglich Einladungen und Absagen von De Zanet verschickt wurden;[370]
- dass zwischen dem 25. Mai 2004 und Ende Dezember 2004 – im Abstand von zwei bis maximal vier Wochen – insgesamt 10 Einladungen, welchen jeweils die aktualisierte MA-Liste beigefügt war, und eine Absage von De Zanet an die anderen sieben Unternehmen versendet wurden (für die Zeit davor konnten keine E-Mails sichergestellt werden);
- dass die sieben Unternehmen im Jahr 2005 insgesamt 17 Einladungen von De Zanet samt aktualisierter MA-Liste erhalten haben und zwei Sitzungen abgesagt wurden, wobei die jeweiligen E-Mails im Abstand von zwei bis maximal vier Wochen bei den Unternehmen eintrafen;
- dass die sieben Unternehmen im Jahr 2006 insgesamt 17 Einladungen von De Zanet samt aktualisierter MA-Liste erhalten haben und fünf Sitzungen abgesagt wurden, wobei die jeweiligen E-Mails im Abstand von zwei bis maximal vier Wochen bei den Unternehmen eintrafen;
- dass die sieben Unternehmen im Jahr 2007 insgesamt 14 Einladungen von De Zanet samt aktualisierter MA-Liste erhalten haben und sechs Sitzungen abgesagt wurden, wobei die jeweiligen E-Mails im Abstand von zwei bis maximal vier Wochen bei den Unternehmen eintrafen;
- dass die sieben Unternehmen im Jahr 2008 insgesamt 16 Einladungen von De Zanet samt aktualisierter MA-Liste erhalten haben und drei Sitzungen abgesagt wurden, wobei die jeweiligen E-Mails im Abstand von zwei bis maximal vier Wochen bei den Unternehmen eintrafen;
- dass die sieben Unternehmen zwischen Anfang 2009 und 28. Mai 2009 insgesamt sechs Einladungen von De Zanet samt aktualisierter MA-Liste erhalten haben und zwei Termine abgesagt wurden, wobei die jeweiligen E-Mails im Abstand von zwei bis drei Wochen bei den Unternehmen eintrafen.

312. Der Vergleich der Einladungs- und Absage-E-Mails mit den jeweiligen MA-Programmen der Jahre 2006 bis 2009 zeigt weiter, dass die Einladungen jeweils kurz vor avisierten Treffen, d.h. mit drei Ausnahmen[371] am Vortag bzw. am Tag selbst versendet wurden. Vergleichbares gilt (mit sechs Ausnahmen[372]) für die Absage-E-Mails. Zudem zeigt der Vergleich mit den MA-Programmen, dass De Zanet in den Jahren 2006 bis 2009 bezüglich nahezu aller[373] vorab in den MA-Programmen festgelegten Sitzungstermine entweder eine Einladung oder aber eine Absage versendet hat.

c. Eine Sitzungsplanung erfolgte auch in den Jahren 2002, 2003 und Anfang 2004

313. Wie die oben stehende Tabelle zeigt, konnten für die Jahre 2002 und 2003 sowie für Anfang 2004 weder mit den MA-Programmen vergleichbare Terminplanungsdokumente, in denen zu Beginn des jeweiligen Jahres bzw. zum Ende des jeweils vorangehenden Jahres eine Sitzungsplanung enthalten ist, noch eine Reihe von Einladungs- und Absage-E-Mails sichergestellt werden.

314. Dass es gleichwohl eine Sitzungsplanung gegeben haben muss, bestätigt u. a. die Aussage der Toller. Toller gibt an, dass sie «etwa 2002 dazu gestossen» sei[374] – später präzisieren sie, es sei das Jahr 2001 gewesen[375] – und dass es jedenfalls vor 2004 «Turnuslisten» gegeben habe, nach denen die Sitzungen turnusmässig bei den unterschiedlichen Unternehmen stattfinden sollten.[376]

315. Des Weiteren wurde auch schon Ende 2003 «die Strassenbauersitzung» (vom 26. November 2003) «definitiv abgesagt»[377]. Die in der E-Mail gewählte Formulierung zeigt wie auch bei den sonstigen Einladungs- und Absage-E-Mails, dass es zuvor eine Terminfestlegung gegeben haben muss (vgl. oben Rz 302 ff).

316. Den Wettbewerbsbehörden liegt ausserdem ein an alle acht Unternehmen adressiertes Fax vom 22. März 2002 vor[378]. Der Betreff des Faxes, welches von [Vertreter der De Zanet] unterschrieben ist, lautet «Mitteilung zur Strassenbauersitzung». Aus diesem Fax geht hervor, dass «*die*» Strassenbauersitzungen vom 27. März 2002 und vom 10. April 2002 entfallen werden. Weiter wird «die nächste Sitzung» für den 24. April 2002 angekündigt. Zudem werden die Adressaten in dem Fax gebeten, sich den 24. April 2002 und «alle nachfolgenden, bereits bekannten» Daten zu reservieren. Auch diese Formulierungen – insbesondere der Verweis auf die «bereits bekannten» Termine – zeigen deutlich, dass im Jahr 2002 eine entsprechende Sitzungsplanung vorab vorgenommen worden sein muss. Dies gilt auch, weil die im Fax genannten Daten jeweils 14 Tage voneinander entfernt liegen.

317. Zudem indizieren auch die Angaben von Walo, welche angibt, dass man sich jedenfalls seit 2003 getroffen habe, dass es eine Sitzungsplanung gegeben habe. Denn Walo gibt an, dass die «Achtersitzungen … turnusmässig abwechslungsweise bei den acht Unternehmen» stattgefunden hätten.[379] Dies sei jedenfalls in «den Jahren 2003, 2004 und allenfalls 2005» so gewesen. Später habe sich herausgestellt, dass nicht alle Unternehmen über geeignete Räumlichkeiten verfügt hätten, so dass später die Sitzungen mehrheitlich in Reichenburg bei der Hagedorn, in Kaltbrunn bei der De Zanet oder in Siebnen bei der Implenia stattgefunden hätten.[380]

[370] Act. n° [...].
[371] Vgl. E-Mails betreffend die Treffen am 13.7.2005, 9.3.2006 sowie am 19.6.2008.
[372] Vgl. E-Mails betreffend die Treffen am 20.7.2006, 7.9.2006, 12.10.2006, 2.3.2007, 21.2.2008 und 4.9.2008.
[373] Nur bezüglich des Treffens am 5.3.2009 konnte keine E-Mail sichergestellt werden.
[374] Act. n° [...].
[375] Act. n° [...].
[376] Act. n° [...].
[377] Act. n° [...].
[378] Act. n° [...].
[379] Act. n° [...].
[380] Act. n° [...].

318. Dass es eine Sitzungsplanung gegeben hat, wird weiter durch die Notiz von [Vertreter der Hagedorn] von Ende 2001 indiziert (siehe Rz 201 ff.).[381] In dieser Notiz, welche nach dem Beweisergebnis den genannten Unternehmen zur Kenntnis gelangt sein muss (siehe oben Rz 207), heisst es unter dem Traktandum 5.1, dass im Jahr 2002 «alle 14 Tage *gem. Programm stur* Strassenbauersitzungen durchzuführen» seien (Hervorhebung durch die WEKO).

319. Zudem liegen den Wettbewerbsbehörden aus der Zeit zwischen Februar 2002 und Mitte 2009 Versand-E-Mails betreffend die Eigenoffertlisten vor, welche ebenfalls an den MA-Sitzungen besprochen wurde und etwa zwei bis drei Tage vor der jeweiligen MA-Sitzung von der Implenia bzw. Batigroup an die anderen sieben Unternehmen versandt worden war (siehe dazu unten Rz 865 ff.). In diesen E-Mails wird ab 2002 wiederholt auf «die nächste» oder die «die morgige» Strassenbauersitzung Bezug genommen, für welche die der E-Mail angehängte Eigenoffertliste jeweils bestimmt war.[382]

320. Zuletzt kann bewiesen werden, dass nicht nur in den Jahren 2004 bis 2009, sondern auch – wie auch schon vor 2002 – in den Jahren 2002 und 2003 tatsächlich regelmässige Marktabklärungssitzungen stattgefunden haben müssen (siehe dazu unten Rz 326 ff., 363 ff.). Mit Blick hierauf ist anzunehmen, dass auch eine entsprechende *Planung* für die Jahre 2002 und 2003 bestand. Das Fehlen einer Vorabplanung wäre nämlich unpraktikabel, da die durchgeführten Treffen dann jeweils ad-hoc hätten angesetzt werden müssen. Die De Zanet hat dementsprechend in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2014 auch angegeben, dass die Sitzungstermine jeweils anfangs Jahr vereinbart wurden, «da dies logistisch einfacher» gewesen sei.[383]

321. Als Beweisergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Sitzungsplanung, wonach alle zwei bis vier Wochen eine Sitzung zur Besprechung der Listen durchzuführen ist, nicht nur in den Jahren 2004 bis 2009 existierte, sondern auch in den Jahren 2002 und 2003 durchgeführt worden war.

d. Von allen acht Unternehmen waren Personen beteiligt

322. Die erwähnten Einladungs- oder Absage-E-Mails aus den Jahren 2003 bis 2009 wurden inklusive der aktualisierten MA-Liste von der De Zanet an Vertreter der anderen acht Unternehmen versendet. Zuständig für den Versand war das Sekretariat der De Zanet[384].

323. Die Empfänger der Einladungs- und Absage-E-Mails waren die folgenden Personen (in Klammern die Zeit, in der sie Empfänger waren):

- [Vertreter der Batigroup] (bis Ende 2005), Mitarbeiter der Batigroup Holding AG;
- [Vertreter der Implenia] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), […] der Batigroup Holding AG/Implenia;
- [Vertreter der Implenia] (ab 2006 bis Mai 2009), unterschiedliche Funktionen (u. a. […]) bei der Implenia;
- [Vertreter der Bernet] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter der Bernet Bau;
- [Vertreter der De Zanet] (unregelmässig von 2004 bis 2008), Vertreter der De Zanet;
- [Vertreter der De Zanet] (unregelmässig ab Juni 2008 bis April 2009), Stellvertreter von [Vertreter der De Zanet] für gewisse Aufgaben der De Zanet;
- [Mitarbeiter der De Zanet] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), [Vertreter] bei der De Zanet;
- […] (unregelmässig in den Jahren 2004 und 2005), [Vertreter] der De Zanet;
- [Vertreter der Hagedorn] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter der Hagedorn;
- [Vertreter der Oberholzer] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter der Oberholzer;
- [Vertreter der Reichmuth] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter der Reichmuth;
- [Vertreter der Toller] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter der Toller (er hatte Zugriff auf die E-Mail-Adresse […]»[385]);
- [Vertreter der Walo] (durchgehend von 2003 bis Mai 2009), Vertreter (bis 2010) der Walo Niederlassung in Eschenbach;
- […] (durchgehend von November 2004 bis Mai 2009), […] der Hagedorn;
- […] (Mai 2007 bis Mai 2009), […] der Implenia.

324. In beweismässiger Hinsicht ist daraus zu folgern, dass die genannten Personen in den massgeblichen Zeiträumen von den angesetzten Terminen und den festgelegten Treffpunkten sowie den regelmässig versandten MA-Listen Kenntnis genommen haben.

325. Welche Personen von den Unternehmen vor Ende 2003 für den Empfang der Terminfestlegungen sowie der Submissionsprogramme zuständig waren, ist den Beweismitteln nicht zu entnehmen. Dass die Unternehmen aber – durch welche Personen auch immer – an der Zusammenarbeit beteiligt waren, zeigen die Ausführungen zum Stattfinden der regelmässigen Treffen vor Mai 2004 (siehe dazu Rz 363 ff.).

e. MA-Sitzungen fanden zwischen Mai 2004 und Juni 2009 regelmässig statt

326. Dass die MA-Sitzungen zwischen Mai 2004 und Juni 2009 regelmässig auch tatsächlich stattgefunden haben, wird von einigen der acht Unternehmen bestritten. Zu diesem Umstand ist dementsprechend eine umfassende Beweiswürdigung durchzuführen.

(i) Aussagen und Stellungnahmen der Verfahrensparteien

327. Implenia und Walo geben an, dass die geplanten Treffen, an denen die jeweils aktuelle MA-Liste besprochen wurde, jedenfalls zwischen Mai 2004 und Juni

[381] Act. n° [...].
[382] […].
[383] Act. n° [...].
[384] Act. n° [...].
[385] Act. n° [...].

2009 bzw. «Mitte 2009» tatsächlich «regelmässig» stattgefunden hätten.[386] Implenia und Walo führen weiter aus, dass dies bedeute, dass sich alle acht Unternehmen entsprechend der Terminplanung in der Regel alle zwei bis drei Wochen tatsächlich getroffen hätten, wobei es durchaus vorgekommen sei, dass bereits terminierte Sitzungen ausgefallen seien oder dass nicht alle acht Unternehmen an einem Treffen vertreten gewesen seien.[387] Als Gründe für die Absage der MA-Sitzungen werden von ihnen eine Terminkollision, ein Mangel an Gesprächsthemen (keine neuen Ausschreibungen) oder Ferienabwesenheiten genannt.

328. Alle anderen sechs Unternehmen räumen durchaus ein, dass in den Jahren 2004 bis 2007 (inkl.) MA-Sitzungen stattgefunden haben und dass sie auch daran teilgenommen haben.[388] Die Hagedorn gibt zum Beispiel an, dass man sich Anfang Jahr alle vierzehn Tage getroffen habe, in der zweiten Hälfte eines Jahres dann weniger.[389] Toller führt aus, die acht Unternehmen hätten sich in gewissen Abständen getroffen, um Marktabklärung zu machen.[390]

329. Umstritten ist allerdings das Datum des endgültigen Endes der Zusammenarbeit sowie inwiefern die Unternehmen in den Jahren 2008 und 2009 an stattfindenden Treffen teilgenommen haben[391]. Inwieweit Letzteres der Fall war, wird an anderer Stelle geklärt (siehe dazu unten Rz 378 ff.). Im Folgenden wird lediglich Beweis dazu geführt, in welchem Zeitraum die MA-Sitzungen tatsächlich stattgefunden haben (egal in welcher Besetzung).

330. Hinsichtlich des genauen Endtermins der Zusammenarbeit hat die Walo den 11. Juni 2009 angegeben. Der Vertreter von Walo könne sich an dieses Treffen sehr gut erinnern, da es kurz nach den Hausdurchsuchungen der Wettbewerbsbehörden bei Bauunternehmungen im Fall Aargau und Zürich stattgefunden habe. Am 11. Juni 2009 habe er den anderen sieben Unternehmen mitgeteilt, dass Walo die Zusammenarbeit einstellen wolle.[392]

331. Implenia gibt an, dass sie «Mitte 2009» den «anderen Teilnehmern der Gruppe» mitgeteilt habe, «dass sich Implenia künftig nicht mehr an der Koordination von Projekten beteiligen» würde. Diese Mitteilung sei insbesondere vor dem Hintergrund interner Compliance-Massnahmen im Nachgang zu den Hausdurchsuchungen der Wettbewerbsbehörden bei Bauunternehmungen im Kanton Aargau und im Kanton Zürich erfolgt; der genaue Zeitpunkt des Ausscheidens von Implenia könne jedoch nicht mehr festgestellt werden.[393]

332. Die Toller, die De Zanet und die Oberholzer haben hingegen gegen Ende des Untersuchungsverfahrens behauptet, dass ab Frühjahr 2008 ein «Streit», d.h. ein Streit im Zusammenhang mit dem Grossprojekt «[…]»[394], zwischen den acht Unternehmen ausgebrochen sei, in dessen Folge eine Kommunikation «sehr schwer» geworden sei.[395] Bei diesem sei es um Folgendes gegangen: Hagedorn habe das streitgegenständliche Grossprojekt entgegen der «Abmachung» nicht in einer grossen ARGE ausführen wollen und das Projekt letztendlich (u. a. zusammen mit Bernet Bau und Oberholzer) gewonnen. Die beiden unterliegenden Arbeitsgemeinschaften, die ARGE Walo/Toller sowie die ARGE Implenia/De Zanet, hätten jeweils gegen den Zuschlag [sich mit rechtlichen Mitteln zur Wehr gesetzt]. Deshalb sei die Kommunikation zwischen den acht Unternehmen «blockiert» gewesen.[396] Toller und De Zanet bestreiten darüber hinaus, dass man aus dem Versand der Einladungs- und Absage-E-Mails ableiten könne, dass Treffen stattgefunden hätten. Denn laut der Toller seien Treffen auch noch telefonisch abgesagt worden, obwohl schon Einladungs-E-Mails versandt worden wären[397]. De Zanet erklärt ausserdem, der Versand der Einladungs-E-Mails sei am Ende der Zusammenarbeit nur noch ein «Automatismus» gewesen, welcher durch das Sekretariat der De Zanet ausgeführt worden sei, weshalb der Versand der E-Mails gerade nicht zeige, dass die Sitzungen stattgefunden hätten[398].

333. Die Toller und die Oberholzer haben die genannten Einwände auch in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats wiederholt.[399] Neu nahmen sodann auch die Hagedorn und die Reichmuth-Gesellschaften in ihren Stellungnahmen zum Antrag erstmals auf den angeblichen Streit Bezug, freilich ohne ausdrücklich zu behaupten, die Zusammenarbeit sei aufgrund des Streits schon im Frühjahr 2008 vollständig eingestellt worden.[400] Die Hagedorn gibt lediglich an, die im Antrag des Sekretariats geäusserte Annahme des Sekretariats, es habe eine Gesamtabrede bis Ende Juni 2009 gegeben, sei unrichtig.[401] Die Reichmuth-Gesellschaften führen in ihrer Stellungnahme aus, das Sekretariat «sei sich» hinsichtlich des Endes der Zusammenarbeit «selbst nicht schlüssig» und es habe Zweifel gehabt, welche zugunsten der Reichmuth-Gesellschaften zu berücksichtigen seien.[402] Das Parteigutachten, welches von der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller jeweils in inhaltlich identischen Fassungen eingereicht wurde, prüft zudem anhand des DOP, ob sich das Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen vor und nach Frühjahr 2008 statistisch in signifikanter Weise voneinander unterscheidet. Dies wird bejaht (siehe dazu auch Rz 845).[403] An der Anhörung der Oberholzer durch die Kommission gab [Vertreter der Oberholzer] an, er sei ab Frühjahr 2008 wegen des Streits nicht mehr an MA-Sitzungen gegangen.[404] [Vertreter der Hagedorn] erläuterte an der Anhörung der Hagedorn, der Streit habe dazu geführt, dass man sich nicht mehr vertraut habe.[405]

[386] […].
[387] Act. n° [...] (betreffend nicht alle immer vertreten).
[388] […].
[389] Act. n° [...].
[390] Act. n° [...].
[391] Toller, Reichmuth, Bernet Bau und Toller bestreiten ihre Teilnahme; siehe dazu Rz 363 ff.
[392] Act. n° [...].
[393] Act. n° [...].
[394] […].
[395] […].
[396] Act. n° [...].
[397] […].
[398] Act. n° [...].
[399] […].
[400] Act. n° [...].
[401] Act. n° [...].
[402] […].
[403] Vgl. z. B. Act. n° [...].
[404] Act. n° [...].
[405] Act. n° [...].

334. Wie bereits erwähnt, bemängelten die Oberholzer, die Toller und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats ausserdem den Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerinnen, da diese nur deshalb eine möglichst umfassende Selbstanzeige abgeben wollte, welche sie dementsprechend auch in «zahllosen» Eingaben ergänzt habe, um möglichst den vollen Sanktionserlass zu erhalten bzw. diesen nicht zu gefährden. Die drei Unternehmen nehmen deshalb an, oder suggerieren dies zumindest, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben, insbesondere zur Dauer der Zusammenarbeit gemacht hätten (siehe dazu oben vertiefend Rz 294 f.).[406]

(ii) Beweiswürdigung

335. Wie bereits dargelegt, ist hinsichtlich eines zu beweisenden Umstands stets eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (siehe oben Rz 125 ff). Es müssen deshalb stets alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Im Rahmen dieser umfassenden Beweiswürdigung wird dann auch geklärt, ob die Aussagen und Angaben der Selbstanzeigerinnen glaubhaft sind. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

336. Weder die Angaben der Selbstanzeigerinnen noch die Aussagen und Stellungnahmen der Toller, der De Zanet, der Oberholzer, der Hagedorn und der Reichmuth zum angeblichen «Streit» weisen innere Logikbrüche auf. Es ist damit zu prüfen, ob und inwiefern die Behauptungen und Stellungnahmen im Einklang mit den sonstigen Beweismitteln stehen.

337. Für ein regelmässiges Stattfinden der Treffen in der Zeit bis Juni 2009 sprechen schon die Umstände, dass die Termine der MA-Sitzungen wiederholt vorab in MA-Programmen festgelegt wurden, dass die MA-Programme an alle Unternehmen versandt wurden und dass keinerlei Widersprüche gegen die Terminplanung aus den Akten ersichtlich sind (siehe Rz 297 ff.). Hätten die in den MA-Programmen anberaumten Treffen in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich gar nicht stattgefunden, so wäre nicht zu erklären, warum auch für das Jahr 2009 Terminfestlegungen erfolgten, ohne dass sich Unternehmen gegen die Festlegungen gewehrt haben. Für Widersprüche gegen die Terminfestlegungen gibt es allerdings keinerlei Hinweise in den Akten. Es ist nicht überzeugend, dass über zwei Jahre eine Terminplanung erfolgt, ohne dass auch Treffen stattfinden. Bei der Beweiswürdigung ist auch zu berücksichtigen, dass nach den Terminprogrammen für die Jahre 2008 und 2009 Sitzungen insbesondere bei der Toller, der De Zanet, der Oberholzer, der Hagedorn und der Reichmuth stattfinden sollten (siehe oben Tabelle 1 nach Rz 310) und dass sich diese Unternehmen nicht dagegen gewehrt haben, dass mittel der MA-Programme über die Räumlichkeiten der Toller, der Oberholzer, der Hagedorn und der Reichmuth verfügt wurde, indem dort Sitzungen anberaumt wurden. Ein Widerspruch gegen die Ansetzung von Sitzungen in den Räumlichkeiten des eigenen Unternehmens wäre indes zu erwarten, wenn die Zusammenarbeit bereits eingestellt gewesen wäre.

338. Wie eine bei Toller sichergestellten E-Mail[407] von De Zanet an die Vertreter der anderen sieben Unternehmen zeigt, haben die Unternehmen im Gegenteil noch am 11. Dezember 2008 die Terminplanung für das Jahr 2009 einvernehmlich festgelegt. In dieser bei Toller sichergestellten E-Mail heisst es:

> *«Im Anhang erhalten Sie die Termine fürs 2009, welche gestern, 11.12.2009 bereinigt wurden.»*

Diese E-Mail wurde am 12. Dezember 2008 versandt, weshalb davon auszugehen ist, dass die De Zanet auf den 11. Dezember ***2008*** Bezug nimmt. Der E-Mail war das MA-Programm 2009 (Stand: 12. Dezember 2008) beigefügt. Das Datum, auf das De Zanet in der E-Mail Bezug nimmt («gestern»), fällt auf einen Tag, an dem laut MA-Programm 2008 eine Sitzung stattfinden sollte. Dementsprechend hat die De Zanet am 10. Dezember 2008 auch eine Einladungs-E-Mail für das Treffen am 11. Dezember 2008 versandt und diesem nicht nur die MA-Liste 2008_50, sondern auch das MA-Programm 2009 (Stand: 10. Dezember 2008) beigefügt.[408] Da sich das MA-Programm 2009 vom 10. Dezember 2008 von demjenigen vom 12. Dezember 2008 unterscheidet, ist in beweismässiger Hinsicht davon auszugehen ist, dass sich die Unternehmen am 11. Dezember 2008 tatsächlich trafen und das MA-Programm 2009 besprochen und dann auch geändert haben. Dies zeigt, dass sich die Unternehmen am 11. Dezember 2008 – also nach Beginn des angeblichen «Streits» und [den damit verbundenen rechtlichen Schritten] im November 2008 – getroffen haben, um den Zeitplan für die künftige Zusammenarbeit gemeinsam zu beschliessen.

339. Die Aussagen von Toller, De Zanet, Oberholzer, Hagedorn und Reichmuth stehen des Weiteren im Widerspruch zu den Einladungs- und Absage-E-Mails, welche die De Zanet regelmässig an die anderen sieben Unternehmen versendet hat[409] (siehe auch oben Rz 302). Wie bereits erläutert (siehe oben Rz 312), hat die De Zanet – mit einer Ausnahme – zwischen dem 25. Mai 2004 und dem 27. Mai 2009 insgesamt über 100 Einladungs- oder Absage-E-Mail verschickt. Es erscheint nicht plausibel, dass ein solcher Aufwand betrieben worden sein soll, ohne dass die Unternehmen dann tatsächlich auch an Treffen zusammen gekommen wären. Hätte es einen «Streit» gegeben, der zum Ende der Zusammenarbeit geführt hätte, so müsste eine Erklärung dafür bestehen, dass nach April 2008 noch über ein Jahr lang regelmässig Einladungs- bzw. Absage-E-Mails betreffend der in den MA-Programmen festgelegten Termine gegeben hat. Eine plausible Erklärung hierfür besteht aber nicht (siehe dazu auch unten Rz 342 ff.). Es ist

[406] Act. n° [...].
[407] Act. n° [...].
[408] Act. n° [...].
[409] […].

schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter beispielsweise am 21. Januar 2009 um 14:21 Uhr eine E-Mail (inkl. aktualisierter MA-Liste) erhielten, in der es hiess:

> *«…Die erste Sitzung im neuen Jahr findet am 22.01.2009, um 17:00 Uhr, in Neuhaus [bei Oberholzer] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»,*

und dann gleichwohl niemand bei der Oberholzer erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Auch ist an dieser Stelle zu wiederholen, dass es zu erwarten wäre, dass Oberholzer der Terminansetzung in ihren Räumlichkeiten widersprechen würde, wenn sie nicht mehr an der Zusammenarbeit beteiligt wäre. Aus den Umständen, dass die Einladungs- und Absage-E-Mails im Jahr 2008 und bis Mai 2009 nach demselben gleichförmigen Muster (1–2 Tage vor dem stattfinden des festgelegten Treffens; beigefügt die aktuelle MA-Liste) und mit demselben Inhalt (Einladung oder Absage) wie in den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2007 versendet wurde und dass hiergegen kein Widerspruch von Seiten der Toller, der De Zanet, der Oberholzer, der Hagedorn und der Reichmuth vorliegt, ist damit zu schliessen, dass Treffen, für die keine Absage vorliegt, auch stattgefunden haben. Die über 100 Einladungs- und Absage-E-Mails stützen also die Aussagen der Selbstanzeigerinnen, dass die MA-Sitzungen bis zur Durchführung der Hausdurchsuchungen der Wettbewerbsbehörden im Kanton Aargau sowie im Kanton Zürich regelmässig stattfanden. Dies gilt insbesondere, weil diese Hausdurchsuchungen tatsächlich vom 8. bis 10. Juni 2009 durchgeführt wurden[410].

340. Auch aus einer weiteren E-Mail lässt sich folgern, dass nach dem 6. März 2008 weitere MA-Sitzungen stattfanden. So schreibt [Vertreter der De Zanet] in einer E-Mail vom 7. März 2008[411] an die Vertreter der anderen sieben Unternehmen:

> *«Ein weiteres Mal zeichnete sich aufgrund der miserablen Teilnehmerzahl eine Verschiebung, das heisst eine Absage der Sitzung vom 06.03.2008 ab. Ich habe mich dann trotzdem entschieden, die Sitzung durchzuführen. Grundsätzlich mache ich darauf aufmerksam, dass an den jeweiligen Telefonaten die Gründe für die Absagen ehrenwert und verständlich sind anderseits die „Teilnahmewilligen" sich beschweren und monieren, dass nun endlich die Sitzungen wieder regelmässig und mit voller Anwesenheit stattfinden solle. Nur kontinuierliche Sitzungen machen Sinn. Aus diesem Grund fordere ich alle auf, den nächsten Termin DICK in der Agenda zu vermerken, selber zu erscheinen oder sich entsprechend vertreten zu lassen. Die nächste Sitzung findet am 20.3.2008 um 17.00 Uhr in Reichenburg (Schwaderau), bei der Firma Hagedorn statt. (Agenda). Ich bitte euch höflich, diesen Termin definitiv einzutragen. Bis zur nächsten Sitzung in Vollbesetzung!»*

Aus dieser E-Mail lässt sich in beweismässiger Hinsicht Folgendes ableiten. Sie zeigt, dass die Sitzung am 6. März 2008 – wenn auch mit «miserabler Teilnehmerzahl» – stattgefunden hat und dass dort [Vertreter der De Zanet] und mindestens ein weiterer Unternehmensvertreter anwesend waren. Mit Blick darauf, dass sich die Hagedorn, die Implenia und die Walo für diese Sitzung bereits abgemeldet hatten,[412] ist anzunehmen, dass neben [Vertreter der De Zanet] ein Vertreter der Oberholzer, der Bernet Bau, der Reichmuth und/oder der Toller anwesend gewesen sein muss. Weiter zeigt die E-Mail, dass dem regelmässigen Stattfinden der Treffen und der Anwesenheit *aller* Unternehmen eine sehr grosse Bedeutung beigemessen hat («nur kontinuierliche Sitzungen machen Sinn»; «Bis zur nächsten Sitzung in Vollbesetzung»). Weiter ist zu berücksichtigen, dass nach Aktenlage eine E-Mail mit auch nur vergleichbarem Inhalt später nie wieder versendet wurde. Derartiges wäre indes zu erwarten gewesen, wenn sich die Teilnehmerzahl nach dem 7. März 2008 nicht wieder verbessert hätte. Diese E-Mail und das Fehlen einer vergleichbaren E-Mail nach dem 7. März 2008 indiziert damit, dass nach dem 7. März 2008 wieder MA-Sitzungen mit grösserer Teilnehmerzahl stattfanden. Die E-Mail zeigt weiter, dass selbst wenn es einen «Streit» im Frühjahr 2008 gegeben haben sollte, der «Streit» allenfalls dazu führte, dass die Teilnehmerzahl bei den MA-Sitzungen zu Beginn des Jahres 2008, insbesondere bei der MA-Sitzung am 6. März 2008, geringer war als davor.

341. Gegen das Stattfinden von Treffen nach April 2008 spricht auch nicht der Einwand von Toller, dass Treffen per Telefon abgesagt worden seien, obwohl bereits eine Einladungs-E-Mail versendet worden war. Dies erstens, weil hinsichtlich nahezu[413] aller 100 anberaumten Treffen entweder eine Einladungs- oder aber eine Absage-E-Mail vorliegt. Diese E-Mails wären gar nicht notwendig gewesen, wenn Sitzungen letztlich auch hätten per Telefon abgesagt werden können. Zweitens zeigt der Inhalt vieler Absage-E-Mails, dass es zwar telefonische Kontakte zwischen den Unternehmen gegeben hat, welche zu Absagen der Treffen führten. Wenn dem so war, wurde dies aber in einer Absage-E-Mail entsprechend kommuniziert («nach gegenseitiger Rücksprache findet die Sitzung am … nicht statt»)[414]. Drittens wäre eine Absage der Termine per Telefon – nach der Versendung der Einladungs-E-Mail – zudem gegenüber einer nachträglichen E-Mail-Absage um ein vielfaches aufwändiger gewesen als der erneute Versand einer E-Mail an alle Unternehmen gleichzeitig. Aus den Akten geht dementsprechend auch hervor, dass eine Absage sogar ganz kurzfristig *per E-Mail* abgesagt wurde, auch wenn zuvor schon eine Einladungs-E-Mail versandt worden war.[415] Viertens spricht gegen den Einwand der Toller, dass auch die anderen Unternehmen nicht angegeben haben,

[410] RPW 2012/2, 276 Rz 26 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in Kanton Aargau*.
[411] Act. n° [...].
[412] Dies zeigt eine E-Mail, welche die Toller im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eingereicht hat, s. Act. n° [...].
[413] Lediglich hinsichtlich des für den 5.3.2009 angekündigten Treffens konnte keine E-Mail sichergestellt werden.
[414] Vgl. Absage-E-Mails in Act. n° [...].
[415] Vgl. Einladungs-E-Mail vom 1.4.2009 zum Treffen vom 2.4.2009 in Act. n° [...], S. 114 sowie die Absage-E-Mail betr. dasselbe Treffen vom 2.4.2009 in Act. n° [...], S. 18. Die kurzfristige E-Mail wurde am 2.4.2009 um 9:22 Uhr versandt.

dass die MA-Sitzungen per Telefon abgesagt worden seien. Walo hat im Gegenteil angeben, dass Absagen nach ihrer Kenntnis meistens per E-Mail kommuniziert wurden.[416] Absagen per Telefon seien nicht die Regel gewesen.[417]

342. Gegen die bisher genannten Einwände (angeblicher «Streit», angebliche Absagen per Telefon) sowie die Behauptung der De Zanet, der Versand der E-Mails sei nur noch ein «Automatismus» gewesen, spricht des Weiteren, dass – neben den oben genannten E-Mails vom 7. März 2008 (siehe Rz 340) und vom 10. und 12. Dezember 2008 (siehe Rz 338) – weitere Beweismittel vor vorliegen, welche das Stattfinden von konkreten Treffen im Zeitraum von Anfang 2008 bis Juni 2009 belegen. Dies zeigen die folgenden Ausführungen:

343. Zunächst ist auf den Inhalt der versendeten und stets aktualisierten MA-Listen hinzuweisen, welche als Beilage den Sitzungseinladungen beigefügt waren. Den Wettbewerbsbehörden liegt eine Reihe der MA-Listen für die gesamte Zeit zwischen 25. Mai 2004 und 28. Mai 2009 vor; bei De Zanet wurden zudem auch Listen für die Zeit vor Mai 2004 gefunden (vertiefend zu den MA-Listen Rz 542 ff.). Wie schon vor 2002 (siehe dazu oben Rz 253 ff.) waren in den MA-Listen im Gebiet See-Gaster, March und Höfe ausgeschriebene Strassen- und Tiefbauprojekte aufgeführt, bezüglich derer die acht Unternehmen Interessen geltend machen konnten. Die Analyse aller MA-Listen ergibt dabei, dass bezüglich der in der Liste geführten Projekte Interessen eingetragen sind und dass sich die Interessenslage hinsichtlich einzelner Bauprojekte von einem MA-Termin zum nächsten veränderte. Im Jahr 2009 enthalten z. B. die an alle Unternehmen versendeten MA 2009_09 und MA 2009_11 veränderte Interessenslagen[418], was auf das Stattfinden der dem Versand dieser Listen vorausgehenden MA-Sitzungen (am 22. Januar 2009 bei Oberholzer sowie am 26. Februar 2009 bei Implenia oder am 5. März 2009 bei Walo[419]) schliessen lässt.

344. Eine von Hagedorn im roten Ordner (siehe oben Rz 155) eingeordnete und von Hand ausgefüllte MA 2009_16 dokumentiert zudem neue Interessen hinsichtlich insgesamt sieben Projekten.[420] In dieser Liste, die – natürlich ohne handschriftliche Eintragungen – am 15. April 2009 von De Zanet für die MA-Sitzung am 16. April 2009 an alle Unternehmen versandt worden war,[421] hat [Vertreter der Hagedorn] handschriftlich Notizen zu solchen Projekten eingetragen, die Ende April oder Anfang Mai 2009 ausgeführt werden sollen. Eingetragen wurden Interessen von De Zanet, Oberholzer, Implenia, Walo, Reichmuth, Toller und Hagedorn und bestimmte Interessensbekundungen wurden umkreist. Zudem wurde vermerkt, dass bezüglich eines bestimmten Projekts auf «Freigabe» entschieden worden war. Die folgenden beiden Ausschnitte aus der händisch ausgefüllten MA 2009_16 illustrieren dies:

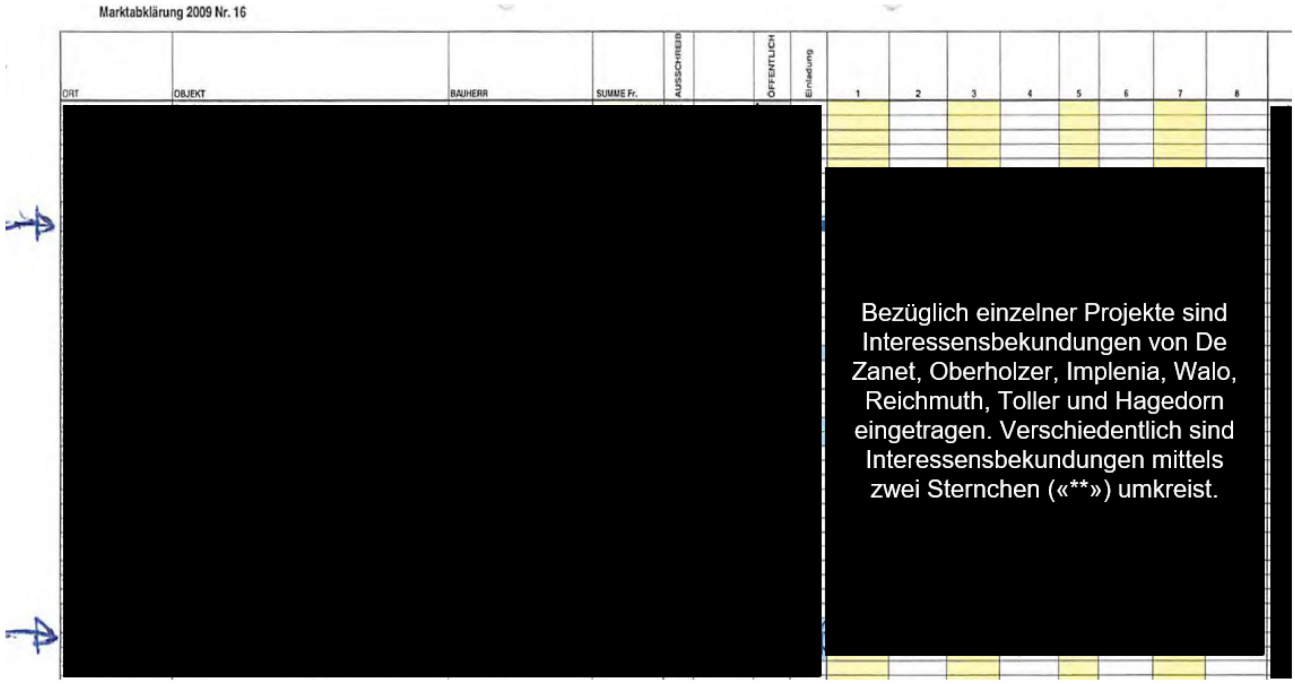


Abbildung 26: Auszug aus Act. n° [...]

[416] Act. n° [...].
[417] Act. n° [...].
[418] Projekt 16 auf der MA 2009_09, s. Act. n° [...]. Projekte 58, 102 und 103 auf der MA 2009_11, s. Act. n° [...].
[419] Für diese Sitzung liegt keine Absage- oder Einladungs-E-Mail vor.
[420] Act. n° [...].
[421] Vgl. Act. n° [...].

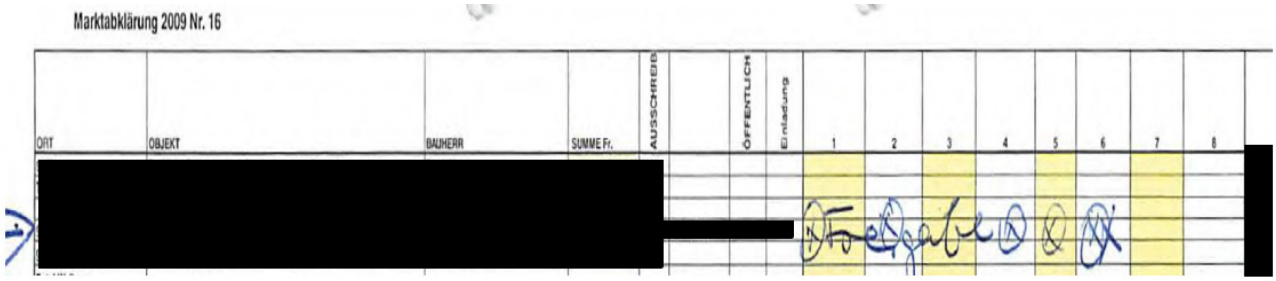


Abbildung 27: Auszug aus Act. n° [...]

345. Berücksichtigt man, dass die Sitzung vom 16. April 2009 nicht abgesagt worden war (siehe oben), und dass die Interessen nach übereinstimmenden Aussagen der Selbstanzeigerinnen in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle an der MA-Sitzung geltend gemacht wurden[422], so ist aus dieser händisch «ausgefüllten» MA-Liste 2009_16 zu folgern, dass sich die genannten Unternehmen noch am 16. April 2009 in Gommiswald bei Bernet Bau getroffen und hinsichtlich aktueller Projekte Interessen ausgetauscht und Festlegungen gemacht haben. Dies folgt auch daraus, dass es nicht plausibel ist, dass die Hagedorn hinsichtlich des Projekts, für das «Freigabe» notiert ist (siehe oben Abbildung 27), den «Entscheid, sich Wettbewerb zu machen»[423] alleine gefällt hat.

346. Mit Blick auf den Umstand, dass Interessensbekundungen in der Regel an den MA-Sitzungen geltend gemacht wurden, ergibt sich auch aus den MA-Listen des Jahres 2008, dass MA-Sitzungen stattgefunden haben. Denn wenn nach einem Termin einer MA-Sitzung eine MA-Liste versendet wurde, welche neue Interessen enthielt, dann folgt hieraus, dass an der MA-Sitzung einer Interessensbekundung erfolgte. Sich in den MA-Listen verändernde Interessenslagen finden sich aus dem Jahr 2008 in den MA-Listen: MA 2008_12, MA 2008_23, MA 2008_25, MA 2008_27, MA 2008_29, MA 2008_40. Damit ist indiziert, dass jedenfalls die MA-Sitzungen vom 6. März 2008 (bei De Zanet)[424], 21. Mai 2008 (bei Reichmuth), 5. Juni 2008 (bei Toller), 19. Juni 2008 (bei Bernet Bau), 3. Juli 2008 (bei De Zanet), 18. September 2008 (bei De Zanet) stattfanden.

347. Die Toller und die Oberholzer wenden gegen diese Argumentation ein, eingetragene Sterne würden das Stattfinden von Treffen nicht belegen, da es möglich bzw. «denkbar sei» sei, dass De Zanet als Listenführerin von sich aus Interessen in die Spalten anderer Unternehmen eingetragen habe.[425] De Zanet hat dazu auf Nachfrage des Sekretariats am 2. April 2015 erklärt, es könne «gut sein», dass «man in Pausen, wo nicht viel» gelaufen sein, «Grundinteressen» eingetragen habe («z. B. wenn das Projekt in kurzer Distanz lag»).[426] In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verweist die Toller zudem auf die Aussage der Walo, welche – das ist unstreitig – auf Nachfrage des Sekretariats angegeben hat, dass es sein könne, dass Sternchen, welche in den Listen eingetragen sind, nicht auf eine Geltendmachung durch das Unternehmen zurück gingen.[427] Sie macht in dieser Stellungnahme ausserdem geltend, dass bei der De Zanet in neuen MA-Listen Interessen eingetragen seien, obwohl die vorangehende Sitzung tatsächlich nicht stattgefunden habe.[428]

348. Bei der Würdigung dieser Einwände ist zunächst zu berücksichtigen, dass die von der Toller und der Oberholzer aufgestellte Behauptung lediglich hinsichtlich der von der De Zanet versendeten MA-Listen, nicht aber bezüglich der von [Vertreter der Hagedorn] handschriftlich ausgefüllten MA 2009_16 gemacht wurde: Weder die Toller noch die Oberholzer haben zunächst argumentiert, dass auch andere Unternehmen von sich aus Interessen für andere Unternehmen an MA-Sitzungen geltend gemacht hätten. Die Oberholzer machte erst in ihrer Stellungnahme zum Antrag hierzu Ausführungen und bestritt, an der Sitzung am 16. April 2009 anwesend gewesen zu sein.[429] Darüber hinaus machen die Toller und die Oberholzer nicht geltend, dass die De Zanet für andere Unternehmen ein besonders hohes Interesse (mittels der Eintragung von zwei Sternchen «**») geltend gemacht habe. Da sich auch solche besonders hohen Interessen neu in MA-Listen der Jahre 2008 und 2009 finden, hätte der Einwand und der Toller – wenn er denn zutreffen würde – überhaupt nur eine Bedeutung für neue Eintragungen eines niedrigen Interesses («*»).

349. Allerdings überzeugt die Behauptung, die De Zanet bzw. die Hagedorn habe von sich aus Interessen eingetragen, ohnehin nicht. So substantiieren weder die Toller noch die Oberholzer ihre Behauptung und nennen kein einziges sie betreffendes Projekt, bezüglich dessen die De Zanet ein Interesse für die Toller bzw. die Oberholzer eingetragen haben soll. Dementsprechend halten beide Unternehmen einen solchen Vorgang auch nur für «möglich» bzw. für «denkbar». [Vertreter der Toller] hat zudem noch am 2. Mai 2014 selbst ausgesagt, dass die Sterne von der De Zanet «aufgenommen» worden seien.[430] Da keinerlei Hinweise darauf vorliegen, dass Interessen per Schreiben, E-Mail, Fax oder Telefon der De Zanet mitgeteilt wurden, kann dies nur bedeuten, dass De Zanet die Interessen an der MA-Sitzung «aufgenommen» hat. Kommt hinzu, dass keines der anderen sechs Unternehmen die Behauptung aufgestellt hat, dass die De Zanet von sich aus Interessen für Unternehmen eingetragen habe. Auch die Walo gibt eben nur an, dass es sein könne, dass dies so gewesen sein.

[422] Siehe dazu Act. n° [...] «[…]», Act. n° [...]: «[…]». Act. n° [...], Rz 186; zur angeblichen Ausnahme s. Act. n° [...] (Sterne per Telefon).
[423] So definiert die Hagedorn selbst eine «Freigabe»; vgl. Act. n° [...].
[424] Siehe dazu auch Rz 340.
[425] […].
[426] […]
[427] Act. n° […].
[428] Act. n° [...].
[429] Act. n° [...].
[430] Act. n° [...].

Dies, obwohl die Unternehmen mit der Behauptung, sie hätten die Interessen gar nicht selbst geltend gemacht, ihre jeweilige Rolle bei der Zusammenarbeit ohne weiteres herunterspielen könnten. Auch sind aus den Akten keinerlei Fälle erkennbar, in denen sich die sieben Unternehmen bei De Zanet über eine angeblich eigenmächtige Eintragung beklagt hätten. Kommt hinzu, dass eine Eintragung durch De Zanet dem Sinn und Zweck der gemeinsamen Marktabklärung zuwiderlaufen würde. Denn hätte De Zanet Interessen ohne Kenntnis der Interessenslage anderer Unternehmen eingetragen, so wäre die Liste letztlich nicht mehr als eine interne Marktabklärung durch die De Zanet, welche deren Vermutung über mutmassliche Interessen enthält. Implenia hat dementsprechend auf Nachfrage auch erklärt, dass die De Zanet solche Eintragungen ihres Wissens nicht von sich aus vorgenommen habe.[431] Wären die Interessenseintragungen auf Vermutungen der De Zanet zurückzuführen, so müssten die MA-Listen zudem viel häufiger Interessenseintragungen enthalten. Denn es ist nicht ersichtlich, warum de De Zanet in diesem Fall nur vereinzelt Interessen eingetragen hätte, wo sie doch hinsichtlich jedes Projekts solche Vermutungen aufstellen könnte. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich auch aus der Aussage der De Zanet nicht ergibt, dass die De Zanet tatsächlich für andere Unternehmen Eintragungen vorgenommen hat. Denn auch [Vertreter der De Zanet] hat in seiner Einvernahme – auf Nachfrage und genauso wie [Vertreter der Selbstanzeigerin] – nur gesagt, dass es sein könne, dass man Interessen für andere Unternehmen ohne deren Wissen eingetragen habe. Dass [Vertreter der De Zanet] weiss, dass es so war, wurde hingegen nicht erklärt. Des Weiteren haben weder [Vertreter der De Zanet] noch [Vertreter der De Zanet] erklärt, dass ohne Wissen eines Unternehmens Interessen eingetragen wurden. Auch die Walo erklärte lediglich, dass es so sein könne. Betonte aber, dass sie das nicht genau wisse.[432] Zuletzt ist auch daraus, dass die De Zanet für sich selbst Interessen eingetragen hat, auch wenn eine MA-Sitzung nicht stattgefunden hat, keinesfalls zu folgern, dass deshalb die De Zanet für andere Unternehmen ebenfalls Interessen eingetragen habe. Denn wie auch die Oberholzer selbst ausführt, war die De Zanet die Listenführerin und konnte deshalb ohne weiteres *ihre eigenen Interessen* auch mittels direkten Eintragungen in den Listen mitteilen[433]. Die Behauptung der Toller und der Oberholzer, die Sterne in den Listen würden das Stattfinden von Treffen nicht belegen, weil De Zanet von sich aus Interessen anderer Unternehmen eingetragen habe, muss daher als blosse Schutzbehauptung der Toller und der Oberholzer gewertet werden. In beweismässiger Hinsicht ist daher als erwiesen anzusehen, dass die Interessen bezüglich einzelner Projekte an den MA-Sitzungen geltend gemacht wurden.

350. Für das Stattfinden der Treffen spricht darüber hinaus auch, dass aus den MA-Listen der Jahre 2004 bis Mai 2009 nach MA-Terminen wiederholt diejenigen Projekte entfernt wurden, deren Eingabefrist nach dem Versand einer MA-Liste, aber vor dem Versand der nächsten aktualisierten MA-Liste ablief und für die keine Interessensbekundungen vermerkt waren (vgl. z. B. Projekte Nr. 7 sowie Nr. 24–29 auf der am 6. Mai 2009 versendeten MA 2009_19, welche auf der am 27. Mai 2009 versendeten MA 2009_22 nicht mehr aufgeführt sind). Denn die Selbstanzeigerinnen haben übereinstimmend angegeben, dass es grundsätzlich *nicht* vorkam, dass hinsichtlich Strassen- und Tiefbauprojekten im Gebiet See-Gaster, March und Höfe, welche auf den MA-Listen aufgeführt waren und deren Eingabefrist vor dem nächsten Treffen ablief, von *keinem* Unternehmen Interessen geltend gemacht wurden.[434] Daraus muss wiederum gefolgert werden, dass in der Regel hinsichtlich jedes auf der MA-Liste aufgeführten Strassen- und Tiefbauprojekts im Gebiet See-Gaster, March und Höfe eine Besprechung der Interessenslage stattgefunden haben muss. Wenn dem so war, dann kann daraus in beweismässiger Hinsicht gefolgert werden, dass bezüglich aktueller Projekte, deren Eingabefrist vor dem nächsten Treffen ablief und für welche in den MA-Listen zu keinem Zeitpunkt Interessen eingetragen waren, in der Regel eine Besprechung der Interessenslage an derjenigen MA-Sitzung erfolgte, welche unmittelbar vor Ablauf der Eingabefrist stattfand. Denn wäre das Interesse schon in einer davor stattfindenden MA-Sitzung geltend gemacht worden, wäre eine Interessensbekundung ja in der MA-Liste unmittelbar vor Ende der Eingabefrist vermerkt.[435]

351. Dass eine Besprechung von solchen Projekten, deren Eingabefrist unmittelbar vor dem letzten Treffen ablief und für welche in den MA-Listen zu keinem Zeitpunkt Interessen vermerkt waren, durchgeführt wurde, belegt auch deutlich ein Urkundenbeweis. Denn auf der bereits erwähnten, bei der Hagedorn beschlagnahmten und händisch ausgefüllten MA 2009_16 (siehe oben Rz 343 ff.) hat [Vertreter der Hagedorn] am Treffen am 16. April 2009 die Interessensbekundungen bezüglich genau solcher Projekte notiert, deren Eingabefristen vor dem nächsten planmässigen Treffen am 7. Mai 2009 abliefen und für die in den MA-Listen keine (siehe Projekte Nr. 55 und 98 auf der MA 2009_16) oder nicht alle (siehe Projekte 78 auf der MA 2009_16) Interessensbekundungen vermerkt waren. Diese Projekte, bezüglich derer laut den Notizen von [Vertreter der Hagedorn] Interessen geltend gemacht wurden, waren dann dementsprechend auf der MA 2009_19 nicht mehr aufgeführt (vgl. MA 2009_19).

352. Vor diesem Hintergrund indiziert auch die Zusammenschau der MA-Programme, der MA-Listen sowie der Einladungs- und Absage-E-Mails in beweismässiger Hinsicht, dass terminierte Treffen, für die eine Einladungs-, aber keine Absage-E-Mail vorliegt, und nach denen aus der nach dem Treffen versendeten MA-Liste diejenigen Projekte gestrichen wurden, deren Eingabefrist vor dem nächsten planmässigen Treffen ablief und für die in keiner MA-Liste Interessensbekundungen vermerkt sind, stattgefunden haben müssen. In der Zeit zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 fand solche Sitzungen dementsprechend an folgenden Daten statt: 6. März 2008 (bei De Zanet)[436], 20. März 2008 (bei Hagedorn), 3. April 2008 (bei Implenia), 17. April 2008 (bei Oberholzer), 8. Mai 2008 (bei Walo), 21. Mai 2008 (bei

[431] […].
[432] Act. n° [...].
[433] Vgl. Act. n° [...].
[434] […].
[435] Vgl. auch Act. n° [...].
[436] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 340, 346.

Reichmuth)[437], 5. Juni 2008 (bei Toller)[438], 19. Juni 2008 (bei Bernet Bau)[439], 17. Juli 2008 (bei Hagedorn), 14. August 2008 (bei Oberholzer), 18. September 2008 (bei De Zanet)[440], 2. Oktober 2008 (bei Reichmuth), 16. Oktober 2008 (bei Toller), 6. November 2008 (bei Bernet Bau), 20. November 2008 (bei De Zanet), 11. Dezember 2008 (bei Hagedorn)[441], 22. Januar 2009 (bei Oberholzer)[442], 28. Februar 2009 (bei Implenia) bzw. 5. März 2009 (bei Walo)[443], 12. März 2009 (bei Reichmuth), 16. April 2009 (bei Bernet Bau)[444] und 7. Mai 2009 (bei De Zanet).

353. Dass die Treffen zwischen 2004 und Juni 2009 stattgefunden haben, folgt des Weiteren auch deshalb aus den MA-Listen, weil die Unternehmen neue Projekte für die MA-Liste gemeldet haben. Im Jahr 2009 haben z. B. De Zanet, Hagedorn, Implenia und Walo neue Projekte gemeldet (siehe MA 2009_04, MA 2009_09, MA 2009_11, MA 2009_16, MA 2009_19, MA 2009_22). Im Jahr 2008 waren dies dieselben Unternehmen sowie zusätzlich die Bernet Bau. Diese Meldungen wären sinnlos, wenn nicht auch die Erwartung bestanden hätte, dass hinsichtlich dieser Projekte auch anlässlich von Treffen die Interessenslage abgeklärt werden würde. Auch insoweit folgt also aus den vorliegenden MA-Listen, dass die Unternehmen bis Mitte 2009 zusammengearbeitet haben.

354. Weiter zeigen die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Eigenoffertlisten (siehe dazu vertiefend unten Rz 880 ff), dass alle acht Unternehmen bis Juni 2009 aktuelle Eigenofferten für die von Implenia an alle Unternehmen versendete Eigenoffertliste gemeldet haben[445]. Hätten die Unternehmen zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Unternehmen bis Sommer 2009 zusammengearbeitet haben. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

355. Des Weiteren kann mittels der internen Listen, der MA-Listen und der statistischen Analyse gezeigt werden, dass sich die acht Unternehmen auch in den Jahren 2008 und 2009 bezüglich konkreter Projekte auf die schon mehrfach beschriebene Art und Weise koordiniert haben (siehe dazu unten Rz 701 ff.). Dies gilt insbesondere für solche Projekte, bezüglich derer die Unternehmen laut der bei Hagedorn gefundenen und händisch ausgefüllten MA 2009_16 Interessen ausgetauscht haben. Diesbezüglich zeigen weitere Indizien, dass diese Projekte entsprechend der Festlegungen in der ausgefüllten MA 2009_16 zugeteilt wurden. Dabei ist auffällig, dass auch solche Unternehmen zusammengearbeitet haben, welche nach den Ausführungen von Toller, De Zanet und Oberholzer eigentlich im «Streit» miteinander stehen müssten. Nach diesen Ausführungen hätte Krieg zwischen Hagedorn, Oberholzer und Bernet Bau einerseits sowie allen anderen fünf Unternehmen bestanden. Es ist aber erwiesen, dass die De Zanet hinsichtlich der Ausschreibung «[…]» ([…]; MA 2009_16, Projekt Nr. 78) auch Schutz von der Hagedorn erhalten hat (siehe unten Rz 701 ff.). Die Vorgänge um das Grossprojekt «[…]» führten also offensichtlich nicht zu einem Streit, welcher zum Ende der Zusammenarbeit führte.

356. Die genannten Urkundenbeweise stehen damit im Einklang mit der Angabe der Selbstanzeigerinnen, dass die MA-Sitzungen jedenfalls in den Jahren 2004 bis Mai 2009 regelmässig entsprechend der Sitzungsplanung stattgefunden haben, soweit die Sitzungen nicht per E-Mail abgesagt worden sind. Dies gilt insbesondere auch, weil die Aussage der Walo zum Ende der Zusammenarbeit einen hohen Detaillierungsgrad aufweist und dementsprechend nachvollziehbar ist (vgl. Rz 126). Soweit Toller, De Zanet, Oberholzer, Hagedorn und Reichmuth das Stattfinden der MA-Sitzungen nach dem Frühjahr 2008 bestreiten, besteht also ein Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen.

357. Kommt hinzu, dass die Ausführungen von Toller und Oberholzer zudem im Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen stehen. Bezüglich ihrer Teilnahme an den MA-Sitzungen hatte die Oberholzer bis Mai 2015 unterschiedliche Angaben gemacht. Auf die Frage des Sekretariats, ob sich die Oberholzer an Absprachen beteiligt habe, hatte Herr [Mitarbeiter], bei der Oberholzer, am 16. April 2013 erklärt, er selbst sei seit […] Jahren «dabei» und habe allenfalls an Marktanalysen teilgenommen.[446] Am 9. März 2015 antwortete [Vertreter der Oberholzer] in einer Einvernahme auf die Frage, ob er selbst bis 2009 an MA-Sitzungen teilgenommen habe, mit «Ja». Er ergänzte, dass auch Herr [Vertreter der Oberholzer] an den Sitzungen gewesen sei, wenn [Vertreter der Oberholzer] nicht selbst an der Sitzung teilnehmen konnte (siehe dazu vertiefend auch Rz 423 ff.). Für die Toller hatte [Vertreter der Toller] in der Einvernahme im Oktober 2013 erklärt, die Toller habe an den Sitzungen nicht mehr teilgenommen, als die Untersuchung Aargau durch die Wettbewerbsbehörden eröffnet wurde (siehe dazu vertiefend Rz 479 ff.).[447] [Vertreter der Toller] erklärte damals wörtlich in Bezug auf das MA-Programm 2009 mit den Terminfestlegungen für das Jahr 2009 (siehe dazu Abbildung 25 nach Rz 298):

[437] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 346.
[438] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 346.
[439] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 346.
[440] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 346.
[441] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 338, 346.
[442] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 339, 343.
[443] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 343.
[444] Für das Stattfinden dieser Sitzung liegen weitere Beweismittel vor; siehe insbesondere Rz 344 f.
[445] Siehe insbesondere Act. n° [...], S. 347 ff.; das gilt gerade für Unternehmen wie Toller, Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth, welche behaupten, sie hätten an der Zusammenarbeit nicht mehr partizipiert.
[446] Act. n° [...], Rz 57 ff.
[447] Act. n° [...].

«Die unteren auf dem Dokument haben sicher nicht mehr stattgefunden [Anmerkung beim Verlesen: Zumindest waren wir nicht mehr dabei.] Vielleicht noch zu Beginn eine…Mir ist nicht mehr bekannt, ob es eine Sitzung im 2009 gab oder ob es keine Sitzung im 2009 gab. Das ausschlaggebende Datum für die Firma Toller war die Untersuchung Aargau. Nur zum Trinken gehen, lohnte sich die Teilnahme nicht.»[448]

358. Die Änderung der eigenen Aussage spricht nicht per se gegen die Glaubhaftigkeit der späteren Aussage, da es einer Verfahrenspartei z. B. frei stehen muss, falsche belastende Darstellungen von einzelnen Mitarbeitern zu revidieren oder Ausführungen richtig zu stellen, wenn eine Frage falsch verstanden worden ist. Die neue Aussage ist dann in beweismässiger Hinsicht umso überzeugender, je mehr sie mit anderen Beweismitteln im Einklang steht und je weniger dies für die revidierte Aussage gilt. Im vorliegenden Fall ist eine derartige Konstellation aber gerade nicht gegeben. Toller hatte vielmehr zunächst das Ende der Zusammenarbeit schlüssig, d.h. mit einer nachvollziehbaren Begründung, und im Einklang mit fast allen Beweismitteln (exkl. spätere Ausführungen der Oberholzer, der De Zanet, der Hagedorn und der Reichmuth) auf den Sommer 2009 datiert. Auch die Oberholzer gab zunächst an, dass sie bis 2009 an der Zusammenarbeit beteiligt gewesen sei und noch 2009 Projekte für die Liste gemeldet habe. Die nachgereichten Begründungen der Toller und der Oberholzer, welche ein früheres Ende der Zusammenarbeit belegen sollen, stehen – wie gezeigt – dagegen im Widerspruch zu fast allen Beweismitteln (exkl. spätere Ausführungen der De Zanet, der Hagedorn und der Reichmuth).

359. Des Weiteren ist in Bezug auf den Beweiswert der Angaben der Toller, der De Zanet, der Oberholzer, der Hagedorn und der Reichmuth zu beachten, dass die fünf Unternehmen die Angaben zum angeblichen Ende der Zusammenarbeit schon im April 2008 in engem zeitlichen Zusammenhang und erstmals am Ende des Untersuchungsverfahrens bzw. im Fall der Hagedorn und der Reichmuth erst in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats machten. So erwähnten [Vertreter der De Zanet] und [Vertreter der Oberholzer] den «Streit» erst, nachdem die Toller im März 2015 eine entsprechende Behauptung aufgestellt hatte und die beiden Unternehmen von der Toller-Aussage im Rahmen der Akteneinsicht Kenntnis erlangt hatten[449]. [Vertreter der De Zanet] und [Mitarbeiter der De Zanet] von der De Zanet, welche bei ihren Einvernahmen im März 2015 den Inhalt der Aussage des Vertreters der Toller noch nicht kennen konnten, erwähnten den «Streit» dementsprechend auch nicht. Auch die Behauptung, es sei denkbar, dass die De Zanet von sich aus Interessen für andere Unternehmen ohne deren Wissen in die Liste eingetragen habe, wurde von der Oberholzer erstmals aufgestellt, nachdem Oberholzer von der entsprechenden Aussage von Toller Kenntnis erlangt hat. Die Hagedorn und die Reichmuth erwähnten den angeblichen «Streit» im gesamten Untersuchungsverfahren gar nicht, obwohl sie vom Sekretariat mit der Behauptung konfrontiert worden waren, dass die Zusammenarbeit bis Mitte 2009 andauerte. Sie machten sich die Argumentation der anderen drei Unternehmen erst in ihrer Stellungnahme zum Antrag zu Eigen. Wäre der angebliche «Streit» tatsächlich der entscheidende Grund für das Ende der Zusammenarbeit, dann wäre zu erwarten gewesen, dass die Unternehmen diesen schon früher geltend gemacht hätten.

360. Demgegenüber ist bei der Beweiswürdigung der Angaben der Selbstanzeigerinnen zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 im Rahmen des MA-Systems zusammenarbeiteten. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

361. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats scheinen die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth und die Toller davon auszugehen, das Sekretariat stütze seine Erkenntnisse zur Dauer und zum Ende der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems auf die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker (siehe dazu unten Rz 838 ff.). Diese Annahme ist falsch. Das Sekretariat hat die statistische Analyse weder in Bezug auf die Dauer des Stattfindens von MA-Sitzungen und der Aufrechterhaltung des Zwecks der Zusammenarbeit noch hinsichtlich des Nachweises der Teilnahme der acht Unternehmen als Beweismittel herangezogen.[450] Dassselbe gilt auch für diese Verfügung (siehe oben Rz 335 ff. und unten Rz 378 ff., 598 ff.). Die statistische Analyse der Veränderungen des Bieterverhaltens dient der WEKO also lediglich zur Beschreibung der Auswirkungen des MA-Systems (siehe auch unten Rz 847 ff.). Wie das Parteigutachten selbst ausführt, lässt sich aus der Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker ohnehin kein exakter Endzeitpunkt für eine Zusammenarbeit ableiten. Dementsprechend ist nicht verständlich, warum das Parteigutachten versucht, anhand der Analyse des Bieterverhaltens nachzuweisen, dass die Zusammenarbeit schon im Frühjahr 2008 geendet habe. Dies ist widersprüchlich und hat angesichts der vorliegenden Beweismittel für das Stattfinden der MA-Sitzungen bis Mitte 2009 keinen Erfolg.

(iii) Zwischenergebnis

362. Den Aussagen bzw. Stellungnahmen, welche das Ende der Zusammenarbeit auf den 11. Juni 2009 bzw. «Mitte 2009» datieren, sind mithin überzeugend. Es ist mithin nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben gemacht haben. Zusammenfassend ist daher aus den vorliegenden Beweismitteln in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die anberaumten Treffen zwischen Mai 2004 und Juni 2009 in der Regel auch tatsächlich zu der angegebenen Zeit und am festgelegten Ort stattgefunden haben. Etwas anderes dürfte nur für solche Treffen gelten, bezüglich derer die De Zanet Absage-E-Mails versandt hat. In der Zeit zwischen Mai 2004 und Juni 2009 haben also mindestens 80 Marktabklärungssitzungen stattgefunden. Inwieweit die

[448] Act. n° [...].
[449] […].
[450] Vgl. Act. n° [...].

acht Unternehmen jeweils an diesen MA-Sitzungen teilgenommen haben, wird – wie bereits erwähnt – an anderer Stelle untersucht (siehe dazu Rz 378 ff.).

f. Auch von 2002 bis April 2004 fanden regelmässige Treffen zur Besprechung der «Submissionsprogramme» statt

363. Implenia hat erklärt, dass «bereits 1999 solche Listen» existiert haben dürften. Sie nimmt dabei Bezug auf die MA-Listen und die EO-Listen. Weiter führt sie aus, dass die Treffen, an denen diese Listen besprochen wurden, «rotierend» etwa alle zwei Wochen bei den beteiligten Unternehmen «stattgefunden» hätten.[451] Implenia geht also davon aus, dass auch vor Mai 2004 circa alle 14 Tage Treffen stattgefunden haben, um an diesen Treffen die Listen und die darauf aufgeführten Projekte zu besprechen. Da sie sich dabei auch auf die Zeit vor 2002 bezieht, bestätigt sie im Übrigen das Beweisergebnis hinsichtlich der geschilderten Zusammenarbeit vor 2002.

364. Auch andere Unternehmen gehen davon aus, dass vor Mai 2004 etwa alle zwei Wochen Treffen stattgefunden haben. So gibt Walo an, dass sich die acht Unternehmen alle «zwei bis vier Wochen trafen», dies auch im Jahr 2003.[452] Toller hat wie erwähnt erklärt, dass sie «etwa 2002 dazu gestossen» sei[453] – später präzisiert sie, dass sie seit 2001 dabei gewesen sei[454] – und dass es jedenfalls vor 2004 «Turnuslisten» gegeben habe, nach denen die Sitzungen turnusmässig bei den unterschiedlichen Unternehmen stattfanden.[455] Die De Zanet erklärt, dass Marktabklärungssitzungen seit 1974 stattgefunden haben.[456] Die Bernet Bau gibt an, dass sie schon 2002 an «einigen» Marktabklärungssitzungen anwesend gewesen sei.[457]

365. Neben diesen Aussagen ist auch aus beschlagnahmten und von der Implenia eingereichten Dokumenten zu folgern, dass Treffen auch in den Jahren 2002 und 2003 stattgefunden haben.

366. Wie nachgewiesen wurde, ist aus vorliegenden Urkundenbeweisen zur folgern, dass auch in den Jahren 2002 und 2003 jeweils eine Sitzungsplanung stattgefunden hat, wonach sich die Unternehmen alle zwei Wochen zu Marktabklärungssitzungen treffen sollten (siehe oben Rz 313 ff.). Wie auch bezüglich der Sitzungsplanung der Jahre 2004 bis 2009 ist aus dem Vorhandensein einer Sitzungsplanung zugleich zu folgern, dass die Sitzungen entsprechend der Planung auch regelmässig stattgefunden haben. Wäre das nicht der Fall, so wäre es abwegig, dass dieselben Unternehmen wiederholt einer bestimmten Sitzungsplanung zustimmen.

367. Auch der Inhalt der beschlagnahmten «Submissionsprogramme» für die Jahre 2002 und 2003[458] sowie der MA-Listen aus dem Jahr 2004 spricht dafür, dass zwischen 2002 und Mai 2004 regelmässige Treffen stattgefunden haben. Wie auch in vergleichbaren Listen aus der Zeit vor 2002 (siehe dazu oben Rz 253 ff.) sind in den Submissionsprogrammen und den MA-Listen im Gebiet See-Gaster, March und Höfe ausgeschriebene Strassen- und Tiefbauprojekte aufgeführt. Dabei ist zu beachten, dass in den zwei beschlagnahmten Submissionsprogrammen Projekte aufgeführt sind, deren Ausschreibung und/oder Durchführung jeweils zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten im jeweiligen Jahr erfolgte. Dies spricht dafür, dass jedenfalls keine einmalige Sitzung zu Beginn eines Jahres stattgefunden haben kann, denn eine solche Abklärung aller Projekte zu Beginn des jeweiligen Jahres wäre aufgrund der unterschiedlichen Ausschreibungs- und Durchführungszeitpunkte der Projekte gar nicht möglich. Aus den Submissionsprogrammen ergibt sich weiter, dass alle acht Unternehmen hinsichtlich einzelner Projekte Interessen geltend gemacht haben. Dies wiederum spricht gegen ein einmaliges Treffen zum Ende eines Jahres, da es für einen Marktüberblick ohne Bedeutung ist, nachträglich, d. h. nach Ablauf der Eingabefrist Interessen der Unternehmen abzuklären. Zudem gilt es auch hinsichtlich der Zeit vor Mai 2004 die Aussage der Walo zu berücksichtigen, wonach wegen der kurzen Ausschreibungsfristen nur mit einem zwei- bis vierwöchiger Sitzungsrhythmus gewährleistet werden konnte, dass auch alle Strassen- und Tiefbauprojekte im Gebiet See-Gaster, March und Höfe Gegenstand der Marktabklärung werden konnten.[459]

368. Aus den Aussagen der Selbstanzeigerinnen und der Unternehmen sowie den genannten Dokumenten ist damit in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass in den Jahren 2002, 2003 und Anfang 2004 regelmässige Treffen im Abstand von zwei bis höchstens vier Wochen tatsächlich stattgefunden haben, an denen die acht Unternehmen eine «Marktabklärung» betrieben. Nicht bewiesen ist lediglich, dass jedes angesetzte Treffen tatsächlich auch stattgefunden hat. Inwieweit die acht Unternehmen jeweils an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme teilgenommen haben, zeigen die Ausführungen in den Rz 378 ff.)

g. Ablauf der Sitzungen

369. Aus den Einladungs- und Absage-E-Mails ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die Sitzungen zwischen Mai 2004 und Mai 2009 grundsätzlich am späten Nachmittag (17 Uhr) stattfanden. Toller und Walo geben an, dass die Sitzungen etwa eine halbe Stunde gedauert hätten.[460]

370. Gemäss der Implenia sei eine Traktandenliste für die Marktabklärungssitzungen erstellt worden.[461] Den Wettbewerbsbehörden liegen zwei solche Traktandenliste aus dem Jahr 1994 und 1995 vor (vgl. dazu Rz 257).[462] Weder den Selbstanzeigerinnen noch den Wettbewerbsbehörden liegt jedoch eine jüngere Traktandenliste vor. Gemäss den Selbstanzeigerinnen folgten jedoch die Marktabklärungssitzungen einem in der Regel gleichen Muster, welches der Traktandenliste aus dem Jahr 1994 sehr ähnelt[463]:

[451] Act. n° [...].
[452] Act. n° [...].
[453] Act. n° [...].
[454] Act. n° [...].
[455] Act. n° [...].
[456] Act. n° [...].
[457] Act. n° [...].
[458] Siehe dazu Act. n° [...].
[459] Act. n° [...].
[460] […].
[461] Act. n° [...].
[462] Vgl. Act. n° [...].
[463] […].

- Begrüssung
- Marktabklärung
- Eigenoffertenliste
- Diverse Themen
- Ggf. Geselliger Teil im Restaurant

371. Da diese Sitzungsplanung von den Unternehmen nicht explizit bestritten wurde und zudem Toller ausgesagt hat, dass sich die Teilnahme an einem Treffen «nur zum Trinken gehen» gerade nicht lohne,[464] ist in beweismässiger Hinsicht anzunehmen, dass jedem der stattfindenden Treffen diese Ablaufplanung zugrunde lag.

372. Unter dem Traktandum Marktabklärung seien nach Angaben der Selbstanzeigerinnen die Marktabklärungslisten (vgl. unten), die im Anhang der Einladungs-E-Mail den acht Unternehmen übersandt wurden, besprochen worden. Die Sitzungsteilnehmer hätten zusammengetragen, welche Projekte bereits mit einem Eingabetermin ausgeschrieben seien, welche in Zukunft ausgeschrieben würden und was in den nächsten zwei bis vier Wochen an Ausschreibungen anstehe. Gemäss den Selbstanzeigerinnen hätten die Unternehmen auch über aktuelle Projekte, d. h. über Projekte, die in absehbarer Zukunft ausgeschrieben wurden, gesprochen. Wenn ein Unternehmen ein Interesse an einem bestimmten Projekt hatte, so habe es an der Sitzung sein Interesse bekunden können. Die De Zanet habe das Interesse als Listenführerin in die Liste eingetragen, welche sie den anderen Unternehmen in aktualisierter Form vor der darauffolgenden Sitzung zugestellt habe (siehe dazu auch unten Rz 574 ff.).[465]

373. Soweit sich die anderen Unternehmen zum Ablauf der Sitzungen äussern, haben sie keine Ausführungen gemacht, welche insoweit der Darstellung der Selbstanzeigerinnen entgegenstehen.[466] Auch liegen keine Dokumente vor, welcher der Darstellung der Selbstanzeigerinnen widersprechen. Daher ist es als bewiesen anzusehen, dass ein Teil der Sitzungen wie in Rz 372 beschrieben ablief.

374. Auf die Fragen, ob nach der Interessensbekundung hinsichtlich eines Projekts – insbesondere bei Konflikten zwischen den Interessen mehrerer Sitzungsteilnehmer – die Interessenslage zwischen den Sitzungsteilnehmern weiter diskutiert wurde und ob bestimmt wurde, welches Unternehmen das Projekt letztlich durchführen «durfte» und Schutz von den anderen Unternehmen erhalten sollte, wird in einem gesonderten Abschnitt eingegangen (siehe unten Rz 674 ff.).

375. Ein weiteres Traktandum an den Marktabklärungssitzungen seien die Eigenoffertenlisten gewesen. Unter diesem Traktandum seien die anstehenden Eigenofferten genannt und allenfalls Interessensbekundungen abgegeben worden, wenn mehrere Unternehmen zu den Eigenofferten aufgefordert wurden. Ob dies zutrifft, wird im Abschnitt über die das Eigenoffert-System geklärt (siehe unten Rz 865 ff.).

376. Zuletzt seien auch diverse Themen wie beispielsweise Marktzutritt neuer Unternehmen und Konkurse von Konkurrenten ausgetauscht worden.[467] De Zanet und Hagedorn haben ausgesagt, dass an den MA-Sitzungen vor allem über wichtige Themen zur Lohnpolitik, dem Verhältnis zu den Gewerkschaften, technischen Neuerungen, Lehrlingsausbildung, Umsetzung der Entsorgungsstrategie, Muldenkonzept, Umsetzung von neuen Normen SIA und VSS, Verbesserung von Zahlungsfristen im Kanton St. Gallen und Vieles mehr gesprochen wurde.[468] Ob die Behauptungen der De Zanet und der Hagedorn zutreffen, ist zumindest zweifelhaft, da in den sichergestellten Dokumenten keinerlei Hinweise auf derartige Gesprächsthemen gefunden wurden. Auch haben die Selbstanzeigerinnen nicht behauptet, dass es bei den MA-Sitzungen auch um andere Themen gegangen sei. Ob die Behauptungen der De Zanet und der Hagedorn zutreffen, kann aber dahin stehen, da die Besprechung derartiger Themen nicht ausschliesst, dass es hauptsächlich um die Besprechung der MA-Listen und der EO-Listen gegangen ist.

377. Gemäss Walo und Toller fand im Anschluss an die Sitzungen häufig ein geselliger Teil im Restaurant statt, in welchem laut Toller in «Gesprächen unter Freunden» etwa über «Familienangelegenheiten» gesprochen worden sei. Jedenfalls sei nach dem Empfinden von [Vertreter der Toller] «nicht über kartellrechtlich heikle Themen diskutiert» worden.[469] Wie oft im Anschluss an die Treffen noch ein geselliger Teil stattfand und ob die Behauptungen von Toller zutreffen, kann nicht abschliessend geklärt werden. Dies ist für dieses Verfahren aber ohnehin ohne Bedeutung.

h. Jedes der acht Unternehmen war von 2002 bis Juni 2009 an Treffen in der Regel anwesend

378. Einige Unternehmen behaupten, sie hätten die MA-Sitzungen schon vor Juni 2009 gar nicht mehr oder jedenfalls nur sporadisch bzw. «nicht mehr regelmässig» besucht.[470] Auch behaupten Unternehmen, dass sie nicht seit 2002 an den Treffen gewesen seien[471] oder jedenfalls nicht wüssten, wann die Zusammenarbeit begonnen habe[472]. Im Folgenden wird dargelegt, inwiefern die acht Unternehmen von 2002 bis Juni 2009 an Treffen, welche stattgefunden haben, auch anwesend waren.

(i) De Zanet (Ziffer 1)

379. Die Vertreter der De Zanet, [Name], [Name] und [Name], haben in Einvernahmen die Teilnahme der De Zanet bestritten oder ausgeführt, man habe allenfalls sporadisch und am Ende gar nicht mehr an Treffen teilgenommen. [Vertreter der De Zanet] hat ausgesagt, er habe die Treffen nur sehr selten besucht, und zwar nur dann, wenn ihn das Thema des Treffens interessiert habe, etwa dann, wenn es um Lehrlingsausbildung gegangen sei.[473] Ausserdem habe er Streit mit einem anderen Unternehmensvertreter gehabt, so dass er nicht

[464] Act. n° [...].
[465] […].
[466] […].
[467] Act. n° [...].
[468] […].
[469] […].
[470] Exemplarisch dazu Act. n° [...].
[471] Act. n° [...].
[472] Act. n° [...].
[473] Act. n° [...].

mehr an die Treffen gegangen sei.[474] [Vertreter der De Zanet] erklärte, er sei nur 2004 und 2008 für die Teilnahme an den Treffen zuständig gewesen und am Ende, d.h. jedenfalls im Jahr 2009, – wegen des «Streits» (siehe oben Rz 332) – nicht mehr an Treffen gewesen.[475] Aus dem Versand der Einladungs- und Absage-E-Mails könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden, da der Versand nur noch ein «Automatismus» gewesen sei.[476] [Vertreter der De Zanet] erklärte, er sei nie an Treffen gewesen.[477]

380. Hinsichtlich des Beginns der Teilnahme macht die De Zanet keine exakten Ausführungen. [Vertreter der De Zanet] hat einerseits angegeben, dass er schon seit 1974 an Sitzungen teilgenommen habe, bei denen es um Marktabklärung gegangen sei[478], womit er das Beweisergebnis hinsichtlich der Durchführung von Marktabklärungssitzungen vor 2002 bestätigt hat (siehe dazu oben Rz 253 ff.). Andererseits erklärt er, er wisse nicht, wann mit den Sitzungen angefangen wurde.[479]

381. Dass die De Zanet vor 2002 auf die in den Rz 150 ff. beschriebene Art und Weise zusammengearbeitet hat, ist in beweismässiger Hinsicht bereits geklärt (siebe ebenda). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, sei an dieser Stelle lediglich auf den Brief von [Vertreter der De Zanet] an [Vertreter der Hagedorn] vom 7. Februar 2002 hinzuweisen, in welchem [Vertreter der De Zanet] mitteilt, dass es ihm wegen der Vorkommnisse im Zusammenhang mit dem Projekt «[…]» (siehe oben Rz 249) nicht mehr möglich sei, «an den 14-tägigen Sitzungen teilzunehmen.»[480] Dies belegt jedenfalls, dass die De Zanet vor diesem Zeitpunkt an den regelmässig stattfindenden Sitzungen teilgenommen hat.

382. Alle Dokumente aus der Zeit nach dem 7. Februar 2002 belegen weiter, dass die De Zanet auch nach dem 7. Februar 2002 an der Zusammenarbeit beteiligt war. Dies zeigen schon die Geschehnisse, welche auf den Brief vom 7. Februar 2002 folgten: Nachdem [Vertreter der Hagedorn] mit Brief vom 11. März 2002 hinsichtlich des drohenden Austritts der De Zanet einen Schlichtungsversuch unternommen hatte[481] und zudem laut Aktennotiz beschlossen wurde, dass die De Zanet – entgegen der mit Schreiben vom 7. Februar 2002 mitgeteilten Drohung – doch in der ARGE zu dem Projekt «[…]» mitwirken wolle[482], wurde laut handschriftlicher Notiz beschlossen, dass die «Liste Strassenbauer» nach wie vor von der De Zanet erstellt werde. Festgehalten wurde weiter, dass [Vertreter der De Zanet] nicht mehr zu den Treffen kommen wolle; statt seiner würden jedoch eventuell « [Vertreter der De Zanet]» an den Treffen teilnehmen.[483]

383. Die Zusammenarbeit mit der De Zanet wurde dem Beschluss entsprechend weiter aufrechterhalten. Wie aus den beschlagnahmten Submissionsprogrammen aus den Jahren 2002 und 2003 hervorgeht, meldete die De Zanet weiter Projekte für die Listen und machte Interessen geltend[484]. Dies gilt im Übrigen auch für die Zeit zwischen 2004 und 2009 (siehe unten Rz 385 ff.). All diese Meldungen und Interessensbekundungen hätten keinerlei Funktion und wären nicht zu erklären, wenn die De Zanet die gemeldeten Projekte sowie ihre Interessensbekundungen nicht auch an Treffen hätte besprechen wollen.

384. Es ist daher als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der De Zanet auch ab 2002 an den regelmässig stattfindenden Sitzungen zur Marktabklärung in der Regel teilgenommen hat. Es ist weiter Beweis darüber zu führen, ob die De Zanet bis Mitte 2009 an den stattfindenden MA-Sitzungen teilgenommen hat.

385. Die Aussagen der De Zanet zum Ende der Zusammenarbeit und der Teilnahme der De Zanet an den Treffen stehen im Widerspruch zu den Angaben der Selbstanzeigerinnen. Denn Implenia hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen gleich beteiligt gewesen seien[485]. Auf Nachfrage hat Implenia diese Aussage im März 2015 dahingehend präzisiert, dass allenfalls der [Vertreter] von Toller öfters abwesend gewesen sei, dass abgesehen davon aber alle bis Mitte 2009 teilgenommen hätten.[486] Walo hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen grundsätzlich bis am 11. Juni 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hätten. Mit «grundsätzlich» meine Walo, dass es vorgekommen sei, dass gewisse [Vertreter] an einer Sitzung nicht dabei gewesen seien. Betreffend die Teilnahme der verschiedenen Unternehmen gebe es keine eindeutigen Mitläufer.[487] Die übrigen fünf Unternehmen haben sich im Hinblick auf die Teilnahmedisziplin der De Zanet betreffend die MA-Sitzungen nicht geäussert.

386. Aufgrund der genannten Widersprüche ist hinsichtlich der Teilnahmedisziplin der De Zanet eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. oben Rz 125 ff). Es müssen deshalb alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (vgl. insbesondere oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

387. Wie bereits erläutert, ist die Behauptung, der «Streit» habe zum Ende der Zusammenarbeit geführt, schon wenig überzeugend, weil sie von Seiten der De Zanet lediglich von [Mitarbeiter der De Zanet] aufgestellt wurde und dies auch erst Anfang April 2015, nachdem die De Zanet von vergleichbaren Ausführungen der Toller im Rahmen der Akteneinsicht[488] erfahren hat (siehe vertiefend dazu Rz 356).

[474] Act. n° [...].
[475] Vgl. Act. n° [...].
[476] Act. n° [...].
[477] Act. n° [...].
[478] Act. n° [...].
[479] Act. n° [...].
[480] Act. n° [...].
[481] Siehe Act. n° [...].
[482] Act. n° [...].
[483] Vgl. Act. n° [...].
[484] Vgl. Act. n° [...].
[485] Act. n° [...].
[486] Act. n° [...].
[487] […].
[488] Vgl. Act. n° [...].

388. Zudem steht die Behauptung zum «Streit» im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen, aus denen hervorgeht, dass Treffen – egal in welcher Besetzung – in den Jahren 2008 und 2009 stattgefunden haben und dass die Unternehmen bis Juni 2009 zusammengearbeitet haben (siehe zum Stattfinden der Treffen oben Rz 336–356). Insbesondere sei erneut darauf hinzuweisen, dass die De Zanet im Jahr 2009 u. a. von der Hagedorn hinsichtlich des Projekts «[…]» ([…], MA 2009_16, Nr. 78) Schutz erhielt, obwohl sie nach ihrer eigenen Darstellung mit der Hagedorn im «Streit» stand. Da bewiesen ist, dass in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich Treffen stattfanden (siehe zum Stattfinden der Treffen oben Rz 336–356), ist auch die Behauptung der De Zanet, der Versand der E-Mails sei nur noch ein «Automatismus» gewesen, welcher nicht auf das Stattfinden von Treffen und die Beteiligung der De Zanet an der Zusammenarbeit hindeute, nicht vereinbar mit den Urkundenbeweisen.

389. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, lässt sich aus diesen Urkundenbeweisen insbesondere auch auf eine Teilnahme eines Vertreters der De Zanet an den nicht abgesagten Treffen schliessen.

390. Die De Zanet hat regelmässig Einladungs- und Absage-E-Mails an die anderen sieben Unternehmen versendet.[489] In der Zeit zwischen 2008 und Mitte 2009 hat sie fünf Mal zu MA-Sitzungen in ihren Räumlichkeiten eingeladen. In der E-Mail vom 6. Mai 2009, welche um 13:40 Uhr an die Vertreter der anderen sieben Unternehmen versandt wurde, hiess es zum Beispiel:

> *«…Die nächste Sitzung findet am 07.05.2009, um 17:00 Uhr, in Kaltbrunn [bei De Zanet] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»*

Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter diese E-Mail erhielten und dann gleichwohl niemand bei der De Zanet erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden.

391. Den MA-Listen aus den Jahren 2004 bis 2009 ist zu entnehmen, dass die De Zanet fast für jede neue MA-Liste neue Projekte gemeldet hat und in der Zeit von 2004 bis Mitte 2009 regelmässig Interessen bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat.[490] All diese Meldungen und Interessensbekundungen wären sinnlos und nicht zu erklären, wenn die De Zanet die gemeldeten Projekte sowie ihre Interessensbekundungen nicht auch an Treffen hätte besprechen wollen.

392. Dabei finden sich in den Listen insbesondere auch dann Änderungen der Interessenslagen der anderen Unternehmen an bestimmten Projekten, wenn die Liste nach einem Treffen, welches laut den MA-Programmen bei De Zanet stattfand und für das zuvor eine Einladungs-E-Mail versandt worden war, an die anderen Unternehmen verschickt wurde (so z. B. die Änderungen von der MA 2008_10 zur MA 2008_12: Eintragungen von grossen Interessen [«**»] der Toller und der Bernet Bau; Änderungen von der MA 2008_38 zur MA 2008_40: Neue Interessen der De Zanet, der Hagedorn, der Implenia, der Walo und der Reichmuth). Daraus ist zu folgern, dass die Treffen bei der De Zanet, welche unmittelbar vor der Änderung der MA-Liste angesetzt waren, stattfanden und die entsprechenden Unternehmen anwesend waren. Denn wie bereits erläutert, ist anzunehmen, dass Interessen an den MA-Sitzungen von dem jeweiligen Unternehmen geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 345 f.). Damit indizieren die vorliegenden MA-Listen, dass im Jahr 2008 jedenfalls die MA-Sitzungen vom 6. März 2008[491], 3. Juli 2008 und vom 18. September 2008 bei der De Zanet stattfanden.

393. Dass das das Treffen am 6. März 2008 bei der De Zanet stattfand, zeigt auch die E-Mail von De Zanet an die Vertreter der anderen sieben Unternehmen, mit der die De Zanet die geringe Teilnehmerzahl an der MA-Sitzung am 6. März 2008 gerügt hat (siehe oben Rz 340). Die De Zanet hat ausserdem noch Ende 2008 die Festlegung des MA-Programms für das Jahr 2009 organisiert[492] und war an der entsprechenden MA-Sitzung des 11. Dezember 2008 anwesend (siehe oben Rz 338). Es erscheint nicht plausibel, dass die De Zanet die weitere Zusammenarbeit für das Jahr 2009 organisiert, dann aber keinerlei Treffen besucht.

394. Auch aus der von [Vertreter der Hagedorn] im roten Ordner abgelegten und von Hand ausgefüllten MA 2009_16 lässt sich zudem folgern, dass ein Vertreter der De Zanet am Treffen des 16. April 2009 teilgenommen hat (zur Bedeutung dieses Beweisstücks siehe auch oben Rz 343 ff.). In dieser Liste sind bezüglich zwei Projekten Interessen von De Zanet von Hand eingetragen (Projekte Nr. 55 und 98). Hinsichtlich des Projekts Nr. 78 («[…]» in […]) hat [Vertreter der Hagedorn] darüber hinaus die bereits in der elektronisch am 15. April 2009 übersendeten MA 2009_16 aufgeführten zwei Sterne von De Zanet mit einem Kreis umrandet. Dies wird zu Illustration im Folgenden abgebildet:

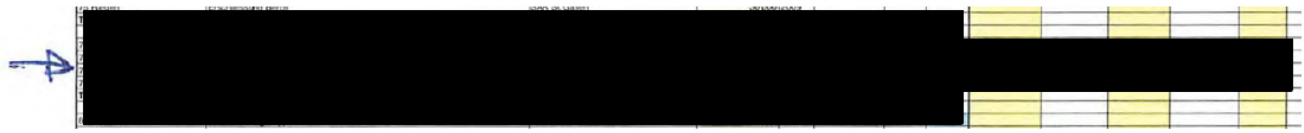


Abbildung 28: Auszug aus Act. n° [...]

[489] Siehe dazu […].
[490] Vgl. Act. n° [...].
[491] Siehe dazu auch Rz 340.
[492] Act. n° [...].

395. Das Projekt «[…]» wird in den für das nächste Treffen versendeten MA-Listen nicht mehr aufgeführt. Es kann ausserdem bewiesen werden, dass die beteiligten Unternehmen bezüglich dieses Projekts bestimmt haben, dass De Zanet Schutz erhalten soll und dies auch entsprechend umgesetzt worden ist: De Zanet hat das Projekt erhalten, während [eine Verfahrenspartei] (Nr. […], ein Stern), [eine Verfahrenspartei] (Nr. […], ein Stern) und [eine Verfahrenspartei] (Nr. […], ein Stern) Stützofferten eingereicht haben (siehe unten Rz 701 ff). Zudem hat De Zanet entsprechend der Interessensbekundungen Hagedorn beim Projekt Nr. 55 («[…]» in […]) Schutz gewährt (siehe unten Rz 701 ff). Mit Blick hierauf erscheint es abwegig, dass die anderen Unternehmen die Interessensbekundungen der De Zanet in Abwesenheit der De Zanet eingetragen haben sollen. In beweismässiger Hinsicht ist daher anzunehmen, dass die De Zanet auch an der MA-Sitzung des 16. April 2009 anwesend war.

396. Des Weiteren liegen teilweise Daten aus den elektronischen Outlook-Kalendern von […] und [Mitarbeiter der De Zanet] vor. Der elektronische Kalender von [Vertreter der De Zanet] konnte für bestimmte Zeiträume in den Jahren 2005 und 2008 sichergestellt werden. Der elektronische Kalender von [Vertreter der De Zanet] konnte dagegen nur für die Zeit vom 28. Mai 2009 bis zum 10. Dezember 2009 gesichert werden. Der Kalender von [Vertreter der De Zanet] enthielt im Jahr 2005 12 Termineintragungen betreffend MA-Sitzungen und im Jahr 2008 14 Termineintragungen zu MA-Sitzungen.[493] Die eingetragenen Termine stimmen mit Terminansetzungen in den MA-Programmen überein, welche in Rz 310 aufgeführt sind. Dies zeigt, dass die Termine für [Vertreter der De Zanet] von Bedeutung waren. Denn wäre [Vertreter der De Zanet] – so wie er behauptet – überhaupt nicht an den MA-Sitzungen interessiert gewesen, so wäre zu erwarten, dass die Sitzungen entweder gar nicht in seinem Kalender eingetragen werden oder aber, dass alle laut MA-Programmen angesetzten Termine «automatisch» in seinen Outlook-Kalender übernommen werden. Die nur teilweise Eintragung von MA-Sitzungen weist damit darauf hin, dass die Einträge entsprechend den Interessen von [Vertreter der De Zanet] eingetragen sind und seinen Teilnahme-Rhythmus widerspiegeln. Bedeutsam sind die Eintragungen auch insoweit als sie zeigen, dass sowohl […] als auch [Vertreter der De Zanet] hinsichtlich der Teilnahme von [Vertreter der De Zanet] an den MA-Sitzungen gelogen haben. Denn beide haben angegeben, dass allenfalls [Vertreter der De Zanet] im Jahr 2008 an den Sitzungen gewesen sei. Die sichergestellten Daten aus dem Kalender von [Vertreter der De Zanet] kommt im Hinblick auf die Teilnahme der De Zanet an den MA-Sitzungen dagegen nur ein geringer Beweiswert zu. Sie zeigen «nur», dass [Vertreter der De Zanet] in der Zeit ab dem 28. Mai 2009 für den Besuch der MA-Sitzungen zuständig war.

397. Wie bereits erläutert, ist aus der Zusammenschau der MA-Programme, der MA-Listen sowie der Einladungs- und Absage-E-Mails in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass terminierte Treffen, für die eine Einladungs-, aber keine Absage-E-Mail vorliegt, und nach denen aus der nach dem Treffen versendeten MA-Liste diejenigen Projekte gestrichen wurden, deren Eingabefrist vor dem nächsten planmässigen Treffen ablief und für die in keiner MA-Liste Interessensbekundungen vermerkt sind, stattgefunden haben müssen (siehe oben Rz 347 ff.). Da auch nach den Treffen bei der De Zanet am 6. März 2008, am 18. September 2008 sowie am 7. Mai 2009 solche Projekte gestrichen wurden, auf die diese Kriterien zutreffen, ist es bewiesen, dass die Treffen bei der De Zanet auch stattgefunden haben. Dies gilt erst recht für Treffen bei der De Zanet in den Jahren 2002 bis 2007.

398. Weitere Beweismittel illustrieren die besondere Rolle, welche [Vertreter der De Zanet] – entgegen seiner eigenen Darstellung – für die Zusammenarbeit der acht Unternehmen innehatte. Eine Absage-E-Mail vom 17. Mai 2006 lautet:

> *«Infolge Abwesenheit von [Vertreter der Hagedorn] und [Vertreter der De Zanet] und auf gegenseitigen Wunsch, findet die Sitzung vom 18.05.2006 nicht statt.»*[494]

399. In beweismässiger Hinsicht sind daraus mehrere Dinge zu folgern. Zum einen kann daraus abgeleitet werden, dass [Vertreter der De Zanet] im Jahr 2006 für die Teilnahme an den MA-Sitzungen zuständig war. Zum anderen zeigt die E-Mail, dass die Teilnahme von [Vertreter der De Zanet] (und von [Vertreter der Hagedorn]) an den MA-Sitzungen als wichtig angesehen wurde und dass die Nichtteilnahme von [Vertreter der De Zanet] ein Absagegrund war. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass die Sitzungen stattgefunden haben müssen, wenn [Vertreter der De Zanet] Zeit hatte. Dies wird auch durch die Aussage der Implenia bestätigt, welche ausführt, dass [Vertreter der De Zanet] für die «Koordination der Projekte» eine «wichtige Rolle» gespielt habe. Denn er habe einerseits durch seine […] einen guten Einblick in die Projekte der öffentlichen Hand gehabt. Andererseits habe [Vertreter der De Zanet] als Koordinator agiert, indem er die erwähnte Liste erstellte und auflegte.[495]

400. Wie die De Zanet selbst ausgeführt hat und die anderen Unternehmen auch bestätigt haben, war die De Zanet als Listenführerin für die Erstellung, die Aktualisierung und den Versand der MA-Listen zuständig (siehe auch unten Rz 554 ff.).[496] Dies beinhaltete insbesondere die Aufnahme der an den MA-Sitzungen geltend gemachten Interessen und deren Eintragung in der Version, welche die De Zanet vor dem anschliessenden Treffen an die anderen sieben Unternehmen versandt hat.[497] Keine der Verfahrensparteien hat behauptet, dass sich die De Zanet bei dieser Tätigkeit von anderen Unternehmen vertreten lassen habe. Auch daraus ist daher zu folgern, dass ein Vertreter der De Zanet an solchen MA-Sitzungen anwesend war, nach denen MA-Listen versendet wurden, welche eine veränderte Interessenslage aufweisen. Denn wäre die De Zanet nicht an diesen MA-Sitzungen anwesend gewesen, so müssten die Interessenslagen in einer nach diesen MA-Sitzungen versendeten MA-Listen unverändert sein.

[493] Act. n° [...].
[494] Act. n° [...].
[495] Act. n° [...].
[496] […].
[497] Vgl. Act. n° [...].

401. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der De Zanet nachgewiesen werden kann, dass sie in den Jahren 2001 und 2002[498] sowie in der Zeit zwischen 2004 und Juni 2009 bezüglich einzelner Projekte Schutz erhalten hat und Schutz gegeben hat (siehe unten Rz 702 ff). Wäre die De Zanet schon in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich nicht mehr an der Marktabklärung beteiligt gewesen, so wäre zu erwarten, dass sie sich auch nicht mehr bezüglich konkreter Projekte mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert.

402. Zuletzt zeigen auch die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Eigenoffertlisten (siehe dazu vertiefend unten Rz 880 ff), dass die De Zanet bis Juni 2009 aktuelle Eigenofferten für die von Implenia an alle Unternehmen versendete Eigenoffertliste gemeldet hat[499]. Hätte die De Zanet zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die De Zanet bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

403. Die Behauptungen der Vertreter der De Zanet, sie hätten am Ende kaum noch an MA-Sitzungen teilgenommen, ist mit Blick auf die genannten Urkundenbeweise sowie die Aussage der Implenia zur besonderen Rolle von De Zanet in beweismässiger Hinsicht nicht überzeugend. Das Gegenteil gilt mit Blick auf die Gesamtheit der vorliegenden Beweise für die Aussagen der Selbstanzeigerinnen zur Teilnahme aller Unternehmen bis zum 11. Juni 2009 bzw. «Mitte 2009».

404. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

405. Mit Blick auf die vorliegenden Urkundenbeweise sowie die Angaben der Selbstanzeigerinnen ist es daher als bewiesen anzusehen, dass zwischen 2002 und Mitte 2009 mindestens ein Vertreter der De Zanet an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie an den MA-Sitzungen, welche stattgefunden haben, auch tatsächlich regelmässig anwesend war. Im Jahr 2008 sowie in der ersten Jahreshälfte des Jahres 2009 hat die De Zanet jedenfalls an folgenden Daten an MA-Sitzungen teilgenommen: 6. März 2008, 21. Mai 2008, 19. Juni 2008, 3. Juli 2008, 18. September 2008, 20. November 2008, 11. Dezember 2008, 22. Januar 2009, 26. Februar 2009 bzw. 5. März 2009, 16. April 2009 und 7. Mai 2009.

(ii) Hagedorn (Ziffer 2)

406. Die Hagedorn hat ihre Teilnahme an den MA-Sitzungen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 nicht bestritten. Auf die Frage, wie oft sich die Hagedorn mit den anderen sieben Unternehmen getroffen habe, antwortete [Vertreter der Hagedorn], dass dies unregelmässig, individuell passiert sei. Anfangs Jahr habe man sich ca. alle vierzehn Tage, in der zweiten Hälfte eines Jahres weniger getroffen.[500] [Vertreter der Hagedorn] führte weiter aus, dass er nur an die Sitzungen gegangen sei, wenn er «etwas zur Marktabklärung beitragen konnte», «etwas wissen wollte» oder aber, «wenn in einem Leistungsverzeichnis … Unklarheiten bestanden».[501] In einer schriftlichen Stellungnahme hat die Hagedorn ausserdem erklärt, sie habe bis April 2009 Projekte für die MA-Liste gemeldet.[502]

407. Das Stattfinden eines «Streits» über das Grossprojekt «[…]» oder Absagen von Treffen ausschliesslich per Telefon hat die Hagedorn zunächst an keiner Stelle erwähnt. Auch hat sie nicht behauptet, dass sie die E-Mails nur noch «automatisch» erhalten habe, ohne dass anschliessend Treffen stattgefunden hätten (zu diesen Einwänden siehe oben Rz 332 ff. und 379 ff.). Erst in ihrer Stellungnahme zum Antrag hat die Hagedorn den «Streit» erwähnt (siehe auch Rz 333).[503] Hinsichtlich der Folge dieses «Streits» führte die Hagedorn an der Anhörung durch die Kommission aus, dass dieser dazu geführt habe, dass man sich nicht mehr vertraut habe.[504] Die Nichtteilnahme der Hagedorn an den Sitzungen wurde nicht behauptet. Die Hagedorn gibt lediglich an, die im Antrag des Sekretariats geäusserte Annahme des Sekretariats, es habe eine Gesamtabrede bis Ende Juni 2009 gegeben, sei unrichtig.[505]

408. Soweit die Hagedorn mit ihren Stellungnahmen behaupten wollte, sie sei wegen des angeblichen «Streits» im Frühjahr 2008 nicht mehr zu den MA-Sitzungen gegangen, steht dies im Widerspruch zu den Angaben der Selbstanzeigerinnen. Denn Implenia hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen gleich beteiligt gewesen seien[506]. Auf Nachfrage hat Implenia diese Aussage im März 2015 dahingehend präzisiert, dass allenfalls der [Vertreter] von Toller öfters abwesend gewesen sei, dass abgesehen davon aber alle bis Mitte 2009 teilgenommen hätten.[507] Walo hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen grundsätzlich bis am 11. Juni 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hätten. Mit «grundsätzlich» meine Walo, dass es vorgekommen sei, dass gewisse [Vertreter] an einer Sitzung nicht dabei

[498] […].
[499] Siehe insbesondere Act. n° [...]; das gilt gerade für Unternehmen wie Toller, Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth, welche behaupten, sie hätten an der Zusammenarbeit nicht mehr partizipiert.
[500] Act. n° [...].
[501] Act. n° [...].
[502] Act. n° [...].
[503] Act. n° [...].
[504] Act. n° [...].
[505] Act. n° [...].
[506] Act. n° [...].
[507] Act. n° [...].

gewesen seien. Betreffend die Teilnahme der verschiedenen Unternehmen gebe es keine eindeutigen Mitläufer.[508] Die übrigen fünf Unternehmen haben sich im Hinblick auf die Teilnahmedisziplin der Hagedorn betreffend die MA-Sitzungen nicht geäussert.

409. Aufgrund der genannten Widersprüche ist hinsichtlich der Teilnahmedisziplin der Hagedorn eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. oben Rz 125 ff). Es müssen deshalb alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (vgl. insbesondere oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

410. Wie bereits erläutert, ist die Behauptung der Hagedorn, der «Streit» habe zum Ende der Zusammenarbeit geführt, schon wenig überzeugend, weil dieser von Seiten der Hagedorn erstmals vier Jahre nach der Untersuchungseröffnung, und erst nachdem die Hagedorn im Rahmen der Akteneinsicht von entsprechenden Angaben der anderen Unternehmen erfahren hat, erwähnt wurde (siehe vertiefend dazu Rz 359). Zudem steht die Behauptung zum «Streit» im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen, aus denen hervorgeht, dass Treffen – egal in welcher Besetzung – in den Jahren 2008 und 2009 stattgefunden haben und dass die Unternehmen bis Juni 2009 zusammengearbeitet haben (siehe zum Stattfinden der Treffen oben Rz 336–356). Es sei auch darauf hinzuweisen, dass bewiesen ist, dass die Hagedorn in den Jahren 2008 und 2009 auch mit solchen Unternehmen zusammengearbeitet hat, mit welchen sie angeblich im «Streit» lag. So gewährte die Hagedorn Anfang 2009 z. B. der De Zanet Schutz mittels einer Stützofferte betreffend das Projekt « […]» ([…], MA 2009_16, Nr. 78, siehe Tabelle 9 vor Rz 703). Auch erhielt die Hagedorn in dieser Zeit Schutz von der De Zanet und der Walo bezüglich des Projekts «[…] » ([…], MA 2009_16, Nr. 55, siehe Tabelle 9 vor Rz 703). Dies zeigt, dass der Streit weder zum Ende der Zusammenarbeit, noch zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses führte.

411. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, lässt sich aus diesen Urkundenbeweisen insbesondere auch auf eine Teilnahme eines Vertreters der Hagedorn ([Name]) an einzelnen nicht abgesagten MA-Sitzungen schliessen.

412. Aus den Akten ist keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Hagedorn die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich. Die Hagedorn hat zudem auch nicht behauptet, dass sie dies gegenüber den anderen Unternehmen erklärt habe. Es wäre zu erwarten, dass sie hierzu Ausführungen macht, wenn Derartiges stattgefunden hätte, da sie sich hierdurch vom Vorwurf der Beteiligung bis Mitte 2009 ohne weiteres entlasten könnte. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Hagedorn Anfang 2008 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Hagedorn tatsächlich vor Mitte 2009 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Hagedorn ein langjähriges Mitglied der MA-Sitzungen war – sie war schon seit 1977 an der Zusammenarbeit beteiligt (siehe oben Rz 154 ff.). Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise jedoch hohe Wellen.

413. Die De Zanet hat regelmässig Einladungs- und Absage-E-Mails an die anderen sieben Unternehmen versendet.[509] In der Zeit zwischen 2008 und Mitte 2009 hat sie drei Mal zu MA-Sitzungen in den Räumlichkeiten der Hagedorn eingeladen. In der E-Mail vom 10. Dezember 2008, welche um 13:51 Uhr an die Vertreter der anderen sieben Unternehmen versandt wurde, hiess es z. B.:

> *«…Die nächste Sitzung findet am 11.12.2008, um 17:00 Uhr, in Reichenburg [bei Hagedorn] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»*

Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter diese E-Mail erhielten und dann gleichwohl niemand bei der Hagedorn erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Bezüglich der MA-Sitzung vom 11. Dezember 2008 liegt zudem die bereits erwähnte E-Mail der De Zanet vom 12. Dezember 2008 vor, mit welcher das an der MA-Sitzung vom 11. Dezember 2008 bereinigt MA-Programm allen Unternehmen zugestellt wurden[510] (siehe oben Rz 338). Darin heisst es:

> *«Im Anhang erhalten Sie die Termine fürs 2009, welche gestern, 11.12.2009 bereinigt wurden.»*

Diese E-Mail wurde am 12. Dezember 2008 versandt, weshalb davon auszugehen ist, dass die De Zanet auf den 11. Dezember ***2008*** Bezug nimmt. Der E-Mail war das MA-Programm 2009 (Stand: 12. Dezember 2008) beigefügt. Die MA-Sitzung fand mithin am 11. Dezember 2008 bei der Hagedorn statt.

414. Den MA-Listen aus den Jahren 2004 bis 2009 ist zu entnehmen, dass die Hagedorn – ausser im Jahr 2008 – in jedem Jahr neue Projekte für die MA-Listen gemeldet hat und in der Zeit von 2004 bis Mitte 2009 regelmässig Interessen bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat.[511] All diese Meldungen und Interessensbekundungen wären sinnlos und nicht zu erklären, wenn die Hagedorn die gemeldeten Projekte sowie ihre Interessensbekundungen nicht auch an Treffen hätte besprechen wollen.

[508] […].
[509] […].
[510] Act. n° [...].
[511] Vgl. Act. n° [...].

415. Wie erläutert, belegen neu eingetragene Interessensbekundungen auch, dass die MA-Sitzung, nach der eine MA-Liste mit einem neu eingetragenen Interessen eines Unternehmens versendet wurde, auch stattgefunden hat und dass das Unternehmen das neu eingetragene Interesse an der Sitzung geltend gemacht hat (siehe oben Rz 343 ff.). Daraus folgt, dass die Hagedorn in der Zeit zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 jedenfalls auch an den MA-Sitzungen vom 5. Juni 2008, vom 3. Juli 2008, vom 18. September 2008, vom 26. Februar 2009 bzw. vom 5. März 2009 anwesend gewesen sein muss, da die MA-Listen MA 2008_25, MA 2008_29, MA 2008_40 und MA 2009_11 neue Interessensbekundungen der Hagedorn dokumentieren.

416. Zudem ist aus der von [Vertreter der Hagedorn] im roten Ordner abgelegten und von Hand ausgefüllten MA 2009_16 zu folgern, dass [Vertreter der Hagedorn] an der MA-Sitzung des 16. April 2009 teilgenommen hat (zur Bedeutung dieses Beweisstücks siehe auch oben Rz 343 ff.). In dieser Liste sind bezüglich drei Projekten Interessen der Hagedorn von Hand eingetragen (Projekte Nr […]). Hinsichtlich des Projekts Nr. […] («[…] etc.» in […]) hat [Vertreter der Hagedorn] darüber hinaus […] zwei Sterne mit einem Kreis umrandet. Dies wird zu Illustration im Folgenden abgebildet:

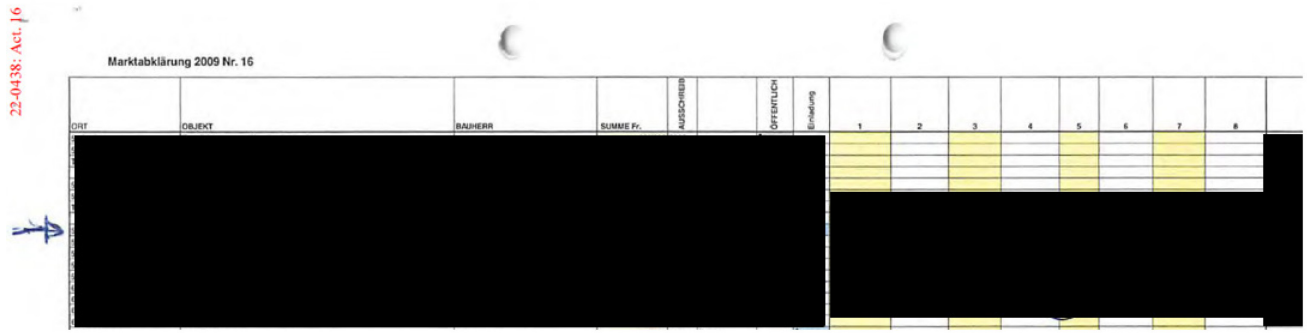


Abbildung 29: Auszug aus Act. n° [...]

417. Wie bereits gezeigt, belegen die von Hand eingetragenen Interessensbekundungen nicht nur, dass das Treffen am 16. April 2009 stattgefunden hat, sondern auch (zusammen mit der HA-Liste), dass vor Auftragsvergabe u. a. hinsichtlich des Projekts «[…] etc.» Schutz zugunsten der […] festgelegt wurde (siehe Rz 344 f.; vgl. auch Tabelle 9 vor Rz 703). Auch belegen die von Hand eingetragenen Interessensbekundungen, dass jedenfalls die entsprechenden Unternehmen an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 anwesend waren und Interessen geltend gemacht haben.

418. Wie bereits erläutert, ist aus der Zusammenschau der MA-Programme, der MA-Listen sowie der Einladungs- und Absage-E-Mails in beweismässiger Hinsicht auch zu folgern, dass terminierte Treffen, für die eine Einladungs-, aber keine Absage-E-Mail vorliegt, und nach denen aus der nach dem Treffen versendeten MA-Liste diejenigen Projekte gestrichen wurden, deren Eingabefrist vor dem nächsten planmässigen Treffen ablief und für die in keiner MA-Liste Interessensbekundungen vermerkt sind, stattgefunden haben müssen (siehe oben Rz 347 ff.). Da auch nach den Treffen bei der Hagedorn am 20. März 2008 und am 11. Dezember 2008 solche Projekte gestrichen wurden, auf die diese Kriterien zutreffen, ist es bewiesen, dass diese MA-Sitzungen bei der Hagedorn auch stattgefunden haben. Dies gilt erst recht für Treffen bei der Hagedorn in den Jahren 2002 bis 2007.

419. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Hagedorn nachgewiesen werden kann, dass sie in den Jahren 2001 und 2002[512] sowie in der Zeit zwischen 2004 und Juni 2009 bezüglich einzelner Projekte Schutz erhalten hat und Schutz gegeben hat (siehe unten Rz 702 ff). Wäre die Hagedorn schon in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich nicht mehr an der Marktabklärung beteiligt gewesen, so wäre zu erwarten, dass sie sich auch nicht mehr bezüglich konkreter Projekte mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert.

420. Des Weiteren zeigen die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Eigenoffertlisten (siehe dazu vertiefend unten Rz 880 ff.), dass die Hagedorn bis Juni 2009 aktuelle Eigenofferten für die von Implenia an alle Unternehmen versendete Eigenoffertliste gemeldet hat.[513] Hätte die Hagedorn zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Hagedorn bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

[512] […].

[513] Siehe insbesondere Act. n° [...], S. 374 ff.; das gilt gerade für Unternehmen wie Toller, Bernet Bau, Oberholzer und Reichmuth, welche behaupten, sie hätten an der Zusammenarbeit nicht mehr partizipiert.

421. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

422. Mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie die genannten Beweismittel ist es daher als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Hagedorn in der Zeit zwischen 2002 und Juni 2009 an den stattfindenden MA-Sitzungen regelmässig teilgenommen hat. Im Jahr 2008 sowie in der ersten Jahreshälfte des Jahres 2009 hat die Hagedorn jedenfalls an folgenden Daten an MA-Sitzungen teilgenommen: 20. März 2008, 5. Juni 2008, 3. Juli 2008, 18. September 2008, 11. Dezember 2008, 26. Februar 2009 bzw. vom 5. März 2009 und 16. April 2009.

(iii) Oberholzer (Ziffer 3)

423. Bezüglich ihrer Teilnahme an den MA-Sitzungen hat die Oberholzer unterschiedliche Angaben gemacht. Auf die Frage des Sekretariats, ob sich die Oberholzer an Absprachen beteiligt habe, hatte Herr [Mitarbeiter], bei der Oberholzer, am 16. April 2013 erklärt, er selbst sei seit […] Jahren «dabei» und habe allenfalls an Marktanalysen teilgenommen.[514] Am selben Tag gab [Vertreter der Oberholzer] an, dass es früher einen «Club der Strassenbauer» gegeben habe, welchem die damaligen Untersuchungsadressatinnen sowie weitere Unternehmen angehört hätten. Diesen Club gebe es aber seit ca. 10 Jahren nicht mehr.[515]

424. Mit Fragebogen vom 27. Mai 2014 wurde die Oberholzer vom Sekretariat dann mit den Marktabklärungslisten konfrontiert. Auf die Frage, ob die Oberholzer noch bis 2009 Projekte für die MA-Liste gemeldet habe, antwortete die Oberholzer mit Schreiben vom 18. Juni 2014 mit «Ja».[516]

425. [Vertreter der Oberholzer] wurde am 9. März 2015 durch das Sekretariat erneut einvernommen. In dieser Einvernahme antwortete [Vertreter der Oberholzer] auf die Frage, ob er selbst bis 2009 an MA-Sitzungen teilgenommen habe, mit «Ja». Er ergänzte, dass auch Herr [Mitarbeiter der Oberholzer] an den Sitzungen gewesen sei. Herr [Mitarbeiter der Oberholzer] sei aber nur dann als sein Stellvertreter an die Sitzungen gegangen, wenn [Vertreter der Oberholzer] nicht selbst an der Sitzung teilnehmen konnte.[517] In derselben Einvernahme wurde die Oberholzer mit dem vorläufigen Beweisergebnis konfrontiert. Zu zahlreichen Beweisergebnissen bezüglich der Zeit vor 2002 antwortete [Vertreter der Oberholzer] lediglich: «Das ist Geschichte».[518] Diese Antwort gab er auch auf die Frage des Sekretariats, ob er die Teilnahme der Oberholzer an Sitzungen, an denen die Zusammenarbeit der Unternehmen im Gebiet See-Gaster, March und Höfe besprochen wurde, bestreite.[519]

426. Im April 2015 beauftragte die Oberholzer einen Rechtsanwalt mit der Wahrung ihrer Interessen. In ihrer Stellungnahme vom 19. Mai 2015 betonte die Oberholzer, sie sei «immer bereit, sachdienliche Informationen zu liefern und Auskünfte zu erteilen», sie könne aber entgegen der Aussage am 9. März 2015 nun nicht mehr nachvollziehen, ob [Vertreter der Oberholzer] im Jahr 2009 tatsächlich noch an den MA-Sitzungen war.[520] Es sei vielmehr so gewesen, dass die Zusammenarbeit wegen des im Frühjahr ausgebrochenen «Streits» betreffend das Grossprojekt «[…]» «offensichtlich im Jahr 2008/2009» nicht mehr funktioniert habe.[521] Darüber hinaus erklärte die Oberholzer, sie habe sich ohnehin schon seit «2007/2008» bei der «Marktabklärung … passiv verhalten».[522] An anderer Stelle im Schreiben heisst es, die Oberholzer habe sich seit der Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz «ganz generell passiv verhalten».[523] Weiter heisst es, dass die Oberholzer an unzulässigen Absprachen über einzelne Projekte «seit 2004 mit Sicherheit nicht mehr beteiligt» gewesen sei.[524] Wie die Toller behauptet zudem auch die Oberholzer, es sei «denkbar», dass De Zanet für andere Unternehmen – ohne deren Wissen – Interessen eingetragen habe.[525] Die Oberholzer verweist auch auf die Aussage von [Vertreter der Bernet] von Bernet Bau, welcher ausgesagt habe, dass die kleinen Unternehmen, wozu die Bernet Bau auch Oberholzer zählte, ab 2007 nicht mehr «regelmässig» zu den Treffen gegangen seien.[526]

427. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat die Oberholzer die in Rz 426 genannten Behauptungen wiederholt und zu einigen der nun folgenden Aspekte vertiefte Ausführungen gemacht.[527] Die Oberholzer meint insbesondere, dass es gegen die Unschuldsvermutung verstosse, wenn daraus, dass die Oberholzer die Abwesenheit an MA-Sitzungen nicht nachweisen könne, geschlossen werde, dass die Oberholzer an MA-Sitzungen anwesend gewesen sei.[528] Auf die zusätzlichen Ausführungen der Oberholzer wird im Folgenden an der entsprechenden Stelle eingegangen. Wie bereits erwähnt, bemängelt die Oberholzer in ihrer Stellungnahme zum Antrag ausserdem den Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerinnen, da diese nur deshalb eine möglichst umfassende Selbstanzeige abgeben wollten, welche sie dementsprechend auch in «zahllosen» Eingaben ergänzt haben, um möglichst den vollen Sanktionserlass zu erhalten bzw. diesen nicht zu gefährden. Die Oberholzer nimmt deshalb an, oder suggeriert dies zumindest, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben, insbesondere zur Teilnahme der Oberholzer gemacht hätten (siehe dazu oben vertiefend Rz 294 f.).[529]

[514] Act. n° [...].
[515] Act. n° [...].
[516] Act. n° [...].
[517] Act. n° [...].
[518] Act. n° [...].
[519] Act. n° [...].
[520] Vgl. Act. n° [...].
[521] Act. n° [...].
[522] Act. n° [...].
[523] Act. n° [...].
[524] Act. n° [...].
[525] Act. n° [...].
[526] Act. n° [...].
[527] Siehe insbesondere Act. n° [...].
[528] Siehe insbesondere Act. n° [...].
[529] […].

428. Abgesehen vom Hinweis von [Vertreter der Oberholzer], was vor 2002 passiert sei, sei «Geschichte», sowie von der Behauptung, die Geschehnisse vor 2002 seien für den vorliegenden Sachverhalt irrelevant, hat die Oberholzer den Beginn ihrer Teilnahme an den Marktabklärungstreffen nicht thematisiert. Es ist also zunächst darüber Beweis zu erheben, ob die Oberholzer ab 2002 weiter an den Sitzungen, an den Marktabklärungen betrieben wurde, teilgenommen hat.

429. Dass die Oberholzer mit den anderen Unternehmen bis 2002 auf die in den Rz 150 ff. beschriebene Art und Weise zusammengearbeitet hat, ist in beweismässiger Hinsicht bereits geklärt (siebe ebenda). Es liegen daneben Urkundenbeweise vor, welche zeigen, dass die Oberholzer diese Zusammenarbeit fortgesetzt hat. So waren mehrere Informationsschreiben und Einladungen zu den regelmässigen Sitzungen in den Jahren 2002 und 2003 auch an [Vertreter der Oberholzer] gerichtet[530]. Zudem zeigen die beschlagnahmten Submissionsprogramme aus den Jahren 2002 und 2003[531], dass die Oberholzer über das Jahr 2002 hinaus weiter Projekte für die Listen meldete und Interessen hinsichtlich einzelner Projekt geltend machte[532]. Dies gilt im Übrigen auch für die Zeit zwischen 2004 und 2009 (siehe unten Rz 431 ff.). All diese Meldungen und Interessensbekundungen hätten keinerlei Funktion und wären nicht zu erklären, wenn die Oberholzer die gemeldeten Projekte sowie die Interessen nicht auch an Treffen hätte besprechen wollen. Da anzunehmen ist, dass die Interessensbekundung in der Regel an der Sitzung geltend gemacht wurde (vgl. Rz 345 f.), folgt zudem aus den eingetragenen Interessen, dass die Oberholzer auch an den jeweiligen Sitzungen war. Die Oberholzer hat zudem wiederholt angegeben, dass sie sich jedenfalls vor 2004 an der Marktabklärung beteiligt habe und sich danach ganz generell.[533] Hieraus ist zu folgern, dass sie an den stattfindenden MA-Sitzungen auch anwesend war.

430. Es ist daher als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Oberholzer auch nach 2002 an den stattfindenden Sitzungen zur Marktabklärung in der Regel teilgenommen hat. Es ist weiter Beweis darüber zu führen, ob die Oberholzer bis Mitte 2009 an den stattfindenden MA-Sitzungen teilgenommen hat.

431. Die in Rz 426 f. genannten Ausführungen der Oberholzer stehen im Widerspruch zu den Behauptungen der Implenia und Walo, wonach sich alle acht Unternehmen bis zum Ende der Zusammenarbeit im Juni 2009 bzw. Mitte 2009 regelmässig zu MA-Sitzungen getroffen hätten. Wie bereits dargelegt, ist hinsichtlich jedes zu beweisenden Umstands stets eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (siehe oben Rz 125 ff). Es müssen deshalb stets alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Im Rahmen dieser umfassenden Beweiswürdigung wird dann auch geklärt, ob die Aussagen und Angaben der Selbstanzeigerinnen glaubhaft sind. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

432. Der Antrag des Sekretariats ging davon aus, dass die Ausführungen der Oberholzer vom 19. Mai 2015 schon in sich widersprüchlich seien. Begründet wurde dies damit, dass die Oberholzer an einer Stelle behauptet habe, sie habe sich seit Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz, d.h. seit 2004, «ganz generell» passiv verhalten, an anderer Stelle aber, sie habe sich hinsichtlich der Marktabklärung (erst) ab «2007/2008» passiv verhalten. Weiter verwies das Sekretariat darauf, dass ein «Streit» eigentlich keine Bedeutung für die Austrittsentscheidung mehr gehabt haben könne, wenn man sich schon vor dem Streit, d. h. ab 2007/2008 «passiv» verhalten haben wolle. Die Oberholzer hat in ihrer Stellungnahme diese Ausführungen dahingehend erläutert, dass sie mit diesen Zeitpunkten gemeint habe, dass sich die Oberholzer in Bezug auf Gespräche über Preise ab 2004 ganz generell passiv verhalten habe. Die ab 2007/2008 eintretende Passivität beziehe sich auf die Teilnahme am Informationsaustausch bei den MA-Sitzungen. Infolge des «Streits» im Frühjahr habe die Oberholzer dann den «Schlussstrich» unter die Zusammenarbeit gezogen.[534] Diese Relativierungen vermögen nicht zu überzeugen. Denn selbst wenn man die neuerlichen Erläuterungen der Oberholzer zugrunde legt, so ist nicht verständlich, worin der Unterschied zwischen der «Passivität» ab 2007/2008 und dem «Schlussstrich» aus dem Frühjahr 2008 bestehen soll. Denn die Oberholzer behauptet keinesfalls, dass sie im Frühjahr 2008 die Einstellung der Zusammenarbeit bekannt gegeben habe. Somit könnte der «Schlussstrich» allenfalls eine innere Distanzierung von der Marktabklärung sein, was hingegen gleichbedeutend mit Passivität wäre. Nach wie vor ist damit nicht verständlich, warum der angebliche «Streit» aus dem Frühjahr 2008 für die Oberholzer noch eine Bedeutung hatte, wenn sie sich doch schon angeblich seit «2007/2008» passiv verhalten habe.

433. Die in Rz 426 f. genannten Ausführungen der Oberholzer stehen ausserdem im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle erneut festzuhalten, dass aus diesen Urkundenbeweisen zu folgern ist, dass sich alle Unternehmen regelmässig bis Mitte 2009 getroffen haben und dass sie auch während und nach dem angeblichen «Streit» in den Jahren 2008 und 2009 zusammen gearbeitet haben (siehe oben Rz 336 ff., 387 ff.). Spezifisch betreffend Oberholzer ist auf folgende aus den Urkundenbeweisen zu folgernde Umstände hinzuweisen.

[530] Vgl. Act. n° [...].
[531] Siehe dazu Act. n° [...].
[532] Act. n° [...].
[533] […].
[534] Act. n° [...].

434. Aus den Akten ist keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Oberholzer die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich. Die Oberholzer hat zudem auch nicht behauptet, dass sie dies gegenüber den anderen Unternehmen erklärt habe. Es wäre zu erwarten, dass sie hierzu Ausführungen macht, wenn Derartiges stattgefunden hätte, da sie sich hierdurch vom Vorwurf der Beteiligung bis Mitte 2009 ohne weiteres entlasten könnte. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Oberholzer Ende 2008 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Oberholzer tatsächlich vor Mitte 2009 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Oberholzer ein langjähriges Mitglied der MA-Sitzungen war – sie war schon seit 1988 an der Zusammenarbeit beteiligt (siehe oben Rz 162 ff.). Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise jedoch hohe Wellen.

435. Die Oberholzer hat im Gegenteil bis zum 28. Mai 2009 alle Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die Terminfestlegungen (MA-Programme) von der De Zanet erhalten. Aus den Akten ist dabei kein Widerspruch der Oberholzer gegen die Termin- und Treffpunktfestlegungen oder den Erhalt der Einladungs- und Absage-E-Mails zu erkennen. Insbesondere hat sich die Oberholzer nicht dagegen gewehrt, dass laut den MA-Programmen auch in den Jahren 2008 und 2009 zwei (im Jahr 2008) bzw. drei (im Jahr 2009) Treffen bei der Oberholzer stattfinden sollten und dementsprechend die De Zanet zu Treffen bei der Oberholzer (siehe dazu auch Rz 438) eingeladen hat. Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter beispielsweise am 21. Januar 2009 um 14:21 Uhr eine E-Mail (inkl. aktualisierter MA-Liste) erhielten, in der es hiess:

> *«…Die erste Sitzung im neuen Jahr findet am 22.01.2009, um 17:00 Uhr, in Neuhaus [bei Oberholzer] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»,*

und dann gleichwohl niemand bei der Oberholzer erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Schon das Fehlen von dokumentierten Widersprüchen der Oberholzer sowie das Fehlen von Hinweisen auf einen Austritt indiziert mithin, dass die Oberholzer entsprechend ihrer ursprünglichen Aussage bis Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Dies gilt auch, da kein anderes Unternehmen ausgesagt hat, dass die Oberholzer ihre Teilnahme vor Mitte 2009 gänzlich aufgegeben habe.

436. Obwohl die Oberholzer im Mai 2015 sowie in ihrer Stellungnahme zum Antrag behauptete, sie habe sich seit 2004 bzw. seit 2007/2008 bzw. infolge des «Streits» passiv verhalten, hat die Oberholzer in der Zeit zwischen 2002 und 2006 Projekte für die MA-Listen gemeldet (zuletzt für MA 2006_14 und MA 2006_8) und bis April 2009 Interessen an einzelnen Projekten geltend gemacht (Zuletzt auf der MA 2009_16, der MA 2009_11, der MA 2008_29, der MA 2008_23 sowie der MA 2008_12). Wie bereits erläutert, wird angenommen, dass Interessen lediglich an der MA-Sitzung geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 345 f.). Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass ein Vertreter der Oberholzer jedenfalls die Sitzungen besucht hat, welche vor der Versendung derjenigen MA-Liste stattfand, auf der erstmals Interessen von Oberholzer eingetragen sind. Der Hinweis von Oberholzer, es sei «denkbar», dass De Zanet die Sterne für andere Unternehmen eingetragen habe,[535] vermag dabei nicht zu überzeugen (siehe oben Rz 347). Ohnehin wurde der Einwand nicht in Bezug auf die bei Hagedorn beschlagnahmte, im roten Ordner eingeordnete und von Hand ausgefüllte MA 2009_16, in der [Vertreter der Hagedorn] Interessensbekundungen – auch diejenige von Oberholzer – aus der Sitzung vom 16. April 2009 dokumentiert hat, erhoben. Auch wurde der Einwand nicht in Bezug auf den Fall erhoben, dass zwei Sterne für ein besonders grosses Interesse in der MA-Liste eingetragen sind (sowie für die Oberholzer etwa auf der MA 2008_12 und der MA 2008_23). Zuzugestehen ist der Oberholzer lediglich, dass ihre Rolle insoweit passiv war, als sie ab Anfang 2006 keine Projekte mehr für die MA-Listen gemeldet hat.

437. Hinsichtlich der dokumentierten Interessensbekundungen der Oberholzer wendet die Oberholzer in ihrer Stellungnahme zum Antrag ein, die eingetragenen Interessensbekundungen in den MA 2009_16, der MA 2009_11, der MA 2008_29, der MA 2008_23 sowie der MA 2008_12 wären schon in der MA 2006_33 aus dem Jahr 2006 enthalten.[536] Dieser Einwand überzeugt nicht. Denn auf den genannten Listen finden sich neue Sterneinträge, welche zuvor auf keiner Liste eingetragen waren. In Bezug auf die Jahre 2008 und 2009 handelt es sich um Interessensbekundungen für folgende Projekte: zwei Sterne («**») betreffend «[…]» (Nr. […] der MA 2008_12; das Projekt wurde Anfang 2008 neu in die MA-Listen aufgenommen), zwei Sterne («**») betreffend «[…]» (Nr. […] der MA 2008_23[537]), ein Stern («*») betreffend «[…]…» (Nr. […] der MA 2008_29; das Projekt wurde erstmals für die MA 2008_27 auf die MA-Listen aufgenommen und das Eingabedatum war der […] 2008), ein Stern («*») betreffend «[…]…» (Nr. […] der MA 2009_11) und ein Stern («*») betreffend «[…]…» (Nr. […] der MA 2009_16).

[535] Act. n° [...].
[536] Act. n° [...].
[537] Das Projekt und die Interessensbekundung erscheinen erstmals auf der MA 2008_10. Die Interessensbekundung der Oberholzer ist auf den MA-Listen MA 2008_12, MA 2008_14, MA 2008_16, MA 2008_19, MA 2008_21 hingegen nicht aufgeführt und erscheint erst wieder auf der MA 2008_23. Bezüglich dieses Projekts ist eine konkrete Einigung über den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Offertpreise nachgewiesen […].

438. Des Weiteren wurden bezüglich derjenigen MA-Sitzungen, welche laut den MA-Programmen zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 bei der Oberholzer stattfinden sollten (17. April 2008, 14. August 2008 sowie 22. Januar 2009), Einladungs-E-Mails samt aktueller MA-Liste an die Unternehmen versandt. Eine Absage der Treffen liegt nicht vor. Nach dem Beweisergebnis haben Sitzungen, welche nicht abgesagt wurden, regelmässig auch stattgefunden (siehe oben Rz 326 ff.). Daraus ist zu folgern, dass bei der Oberholzer in den Jahren 2008 und 2009 plangemäss noch drei Treffen stattgefunden haben. Dass die Treffen bei der Oberholzer tatsächlich auch stattgefunden haben, ist im Übrigen auch daraus zu folgern, dass keine Verlegung des Ortes oder ein Widerspruch der Oberholzer gegen das Treffen bei der Oberholzer aus den Akten ersichtlich ist. Auch die nach den bei der Oberholzer angesetzten Treffen versendeten aktualisierten MA-Listen (MA 2008_19, MA 2008_38 sowie die MA 2009_9) zeigen, dass die Treffen bei der Oberholzer stattgefunden haben müssen. So weisen die nach den Treffen bei der Oberholzer versendeten MA-Listen gegenüber den vor den Treffen versendeten MA-Listen (MA 2008_16, MA 2008_33 sowie MA 2009_4) Änderungen auf. So sind auf den nach den Treffen bei Oberholzer versendeten MA-Listen jeweils Projekte nicht mehr aufgeführt, bei denen die Eingabefrist nach den Treffen abgelaufen ist. Insbesondere die nach dem Treffen bei der Oberholzer am 22. Januar 2009 versendete Liste ist gegenüber der vorangegangenen Liste in hohem Masse verändert: Sie enthält neue Interessen der De Zanet und der Bernet Bau (Projekt Nr. […] auf der MA 2009_9) und über 25 neue Projekte. Zudem sind gegenüber der vor dem Treffen bei Oberholzer versendeten MA-Liste über fünf Projekte nicht mehr aufgeführt, deren Eingabefrist zum Teil vor dem nächsten Treffen bei der Implenia am 26. Februar 2009 ablief (siehe Projekte Nr. 3, 18 und 19 auf der MA 2009_4). Wie erläutert, kann aus dem «Verschwinden» dieser aktuellen Projekte mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen (siehe oben Rz 347 ff.) geschlossen werden, dass Interessen hinsichtlich dieser Projekte am 22. Januar 2009 an der bei Oberholzer stattfindenden MA-Sitzung geltend gemacht wurden.

439. Im Hinblick auf die Dauer der Zusammenarbeit ist auch bedeutsam, dass die Oberholzer von 2004 bis Juni 2009 kontinuierlich Projekte für die EO-Liste gemeldet hat (siehe unten Rz 880 ff). Hätte die Oberholzer zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Oberholzer bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

440. Entgegen ihrer Behauptung hat sich die Oberholzer auch in den Jahren 2004 bis Mitte 2009 mit den anderen Unternehmen hinsichtlich einzelner Submissionen koordiniert und vereinbarungsgemäss sowohl Schutz erhalten als auch Schutz gegeben (siehe unten Rz 702 ff). Wäre die Oberholzer schon in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich nicht mehr an der Marktabklärung beteiligt gewesen, so wäre zu erwarten, dass sie sich auch nicht mehr bezüglich konkreter Projekte mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert hat. Die Behauptung, die Oberholzer habe sich seit Einführung von Direktsanktionen im Kartellgesetz «ganz generell» passiv verhalten und sich «mit Sicherheit» nicht mehr an unzulässigen Absprachen beteiligt, ist also falsch.

441. Mit Blick darauf, dass sich die Oberholzer bezüglich Einzelprojekten bis 2009 mit den anderen Unternehmen koordiniert hat, steht auch die Behauptung, eine Zusammenarbeit sei wegen des «Streits» offensichtlich nicht mehr möglich gewesen, im Widerspruch zu den genannten aus den Urkundenbeweisen zu folgernden Umständen. Aus diesen Beweisen geht nämlich nicht nur hervor, dass die Zusammenarbeit insgesamt aufrecht erhalten wurde, sondern insbesondere auch, dass sich die Oberholzer sowohl im Jahr 2008 als auch im Jahr 2009 insbesondere mit denjenigen Unternehmen koordiniert hat, mit denen sie wegen des Projekts «[…]» angeblich im «Streit» stand (nämlich Walo und De Zanet; siehe dazu unten die Beispiele für eine Koordination in Rz 701 ff.). Mit Walo hat die Oberholzer zudem noch 2009 eine ARGE hinsichtlich des Projekts «[…]» (Nr. […]) gebildet, obwohl die Walo im Rechtsstreit […] gegen die Vergabe des Projekts «[…]» u. a. an die Oberholzer vorgegangen ist. Bezüglich des Projekts «[…]» (Nr. […]) haben Oberholzer und [eine Verfahrenspartei] zudem von den anderen Unternehmen Schutz erhalten ([…]).

442. Zuletzt ist erneut auf den Umstand hinzuweisen, dass die Ausführungen der Oberholzer vom Mai 2015 sowie in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats im Widerspruch zu ihren eigenen früheren Ausführungen stehen. Insbesondere revidierte die Oberholzer mit Schreiben vom 19. Mai 2015 ihre eigene Aussage, wonach [Vertreter der Oberholzer] oder sein Stellvertreter bis 2009 an den Treffen teilgenommen habe und bis 2009 Projekte für die Listen gemeldet habe. Wie bereits gezeigt, muss die revidierende Aussage in casu aber als nicht überzeugend qualifiziert werden (siehe vertieft dazu Rz 356 ff.). Dies auch deshalb, weil die neuen Behauptungen, welche das frühe Ende der Teilnahme an den Treffen plausibel erscheinen lassen sollen, von der Oberholzer erst aufgestellt worden waren, nachdem die Toller und [Mitarbeiter der De Zanet] im März 2015 vergleichbare Behauptung aufgestellt hatten und die Oberholzer von den Aussagen im Rahmen der Akteneinsicht Kenntnis erlangt hatten[538]. Die späteren Ausführungen der Oberholzer, der Toller und der De Zanet zum Nichtstattfinden der Treffen sind deshalb als Schutzbehauptungen zu qualifizieren.

443. Dies bedeutet nicht, dass angenommen wird, dass an *jeder* stattfindenden MA-Sitzung auch stets ein Vertreter der Oberholzer anwesend war. Eine solche Annahme würde den Beweismitteln widersprechen. Denn der WEKO liegen zwei Dokumente vor, wonach [Vertreter der Oberholzer] für die MA-Sitzung am 6. September

[538] […].

2006 und diejenige am 18. September 2008 entschuldigt war.[539] Im Umkehrschluss lässt sich aus diesen Dokumenten indessen auch folgern, dass MA-Sitzungen, welche *nicht* wegen Abwesenheit bestimmter Unternehmen abgesagt wurden[540] und für die in der Einladungs-E-Mail keine Entschuldigungen vermerkt sind, in der Regel auch in Vollbesetzung durchgeführt worden sein müssen. Dass Oberholzer im Ausnahmefall darüber hinaus einige Male nicht anwesend war, kann mit Blick auf die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] an andere (ungenannte) Unternehmen (siehe oben Rz 340 f.), nicht widerlegt werden. Die Aussage der Bernet Bau, sie selbst sowie u. a. die Oberholzer hätte ab 2007 nicht mehr «regelmässig» teilgenommen[541], hat in Bezug auf die Oberholzer hingegen keine besondere Überzeugungskraft. Denn wenn die Aussage der Bernet Bau stimmt, dass sie selbst nicht mehr regelmässig zu den Treffen gegangen sei, dann kann sie darüber, ob andere Unternehmen an solchen Treffen waren, an denen sie selbst gar nicht anwesend war, nicht glaubhaft eine Aussage treffen. Aus ihr folgt im Übrigen ohnehin nicht, dass bestimmte Unternehmen gar nicht mehr teilgenommen haben.

444. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

445. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel ist es daher als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Oberholzer an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie den MA-Sitzungen, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 stattgefunden haben, *in der Regel* auch tatsächlich anwesend war. Etwas anderes gilt jedenfalls für die Sitzungen, für die aus den Akten eindeutig hervorgeht, dass sich [Vertreter der Oberholzer] entschuldigen liess und kein Stellvertreter entsandt wurde. Mit Blick auf die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] kann darüber hinaus nicht ausgeschlossen werden, dass die Oberholzer im Jahr 2008 bisweilen abwesend war. Aus den Beweisen folgt eine Anwesenheit eines Vertreters der Oberholzer in den Jahren 2008 und 2009 jedenfalls an den MA-Sitzungen vom 6. März 2008 (bei der De Zanet), vom 17. April 2008 (bei der Oberholzer), vom 21. Mai 2008 (bei der Reichmuth), vom 3. Juli 2008 (bei der De Zanet), vom 14. August 2008 (bei der Oberholzer), vom 22. Januar 2009 (bei der Oberholzer), vom 26. Februar 2009 bzw. 5. März 2009 sowie vom 16. April 2009 (bei der Bernet Bau). Es ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend die Teilnahme der Oberholzer an MA-Sitzungen gemacht haben.

446. Inwiefern es gegen die Unschuldsvermutung verstossen soll, wenn aus den genannten Beweisen geschlossen wird, dass die Oberholzer bis Mitte 2009 an MA-Sitzungen teilgenommen hat, ist nicht ersichtlich (siehe zu diesem Einwand der Oberholzer Rz 427). Denn es bestehen keine unüberwindlichen Zweifel am Umstand der *Anwesenheit* der Oberholzer an MA-Sitzungen bis Mitte 2009. Dabei ist unerheblich, dass die Abwesenheit der Oberholzer an MA-Sitzungen beweisrechtlich betrachtet ein negativer Umstand ist. Denn für den Nachweis des massgeblichen Sachverhalts kommt es in casu nicht auf den Nachweis einer negativen Tatsache («Abwesenheit der Oberholzer an MA-Sitzungen bis Mitte 2009»), sondern gerade auf den Beweis eines positiven Umstands («Anwesenheit der Oberholzer an MA-Sitzungen bis Mitte 2009») an. Der Beweis der Anwesenheit der Oberholzer an MA-Sitzungen bis Mitte 2009 ist aus Sicht der Wettbewerbskommission aber erbracht (siehe oben Rz 432 ff.). Was die Oberholzer mit ihrem Verweis auf die Wendung «negativa non sunt probanda» bezweckt, ist von daher nicht ganz verständlich. Sollte die Oberholzer gemeint haben, es würde aus dem Nichterbringen des Beweises der Abwesenheit der Oberholzer *durch die Oberholzer* auf die Anwesenheit der Oberholzer geschlossen werden, so wäre dieser Einwand nicht nachvollziehbar, da – wie bereits ausgeführt – der Nachweis der Anwesenheit der Oberholzer an MA-Sitzungen bis Mitte 2009 mittels einer umfassenden Würdigung aller vorliegenden Beweise erbracht ist (siehe oben Rz 432 ff.).

(iv) Implenia (Ziffer 4)

447. Die Implenia hat ihre Teilnahme an den Marktabklärungssitzungen in der Zeit zwischen 2002 und 2009 nicht bestritten und hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen gleich beteiligt gewesen seien[542]. An dieser Stelle sei wiederholt, dass die Implenia angibt, dass die geplanten Treffen, an denen die jeweils aktuelle MA-Liste besprochen wurde, bis «Mitte 2009» tatsächlich «regelmässig» stattgefunden hätten.[543] Implenia und Walo führen weiter aus, dass dies bedeute, dass sich alle acht Unternehmen entsprechend der Terminplanung in der Regel alle zwei bis drei Wochen tatsächlich getroffen haben, wobei es durchaus vorgekommen sei, dass bereits terminierte Sitzungen ausgefallen seien oder dass nicht alle acht Unternehmen an einem Treffen vertreten gewesen seien.[544] Als Gründe für die Absage der MA-Sitzungen werden von ihnen eine Terminkollision, ein Mangel an Gesprächsthemen (keine neuen Ausschreibungen) oder Ferienabwesenheiten genannt.

448. Das Stattfinden eines «Streits» infolge eines Streits über das Grossprojekt «[…]» oder Absagen von Treffen ausschliesslich per Telefon hat die Implenia an keiner Stelle erwähnt. Auch hat sie nicht behauptet, dass sie die E-Mails nur noch «automatisch» erhalten habe, ohne dass anschliessend Treffen stattgefunden hätten (zu diesen Einwänden siehe oben Rz 332 ff. und 379 ff.).

[539] […].
[540] Absagen unter Verweis auf die Abwesenheit von Unternehmen finden sich hier: Act. n° [...].
[541] Act. n° [...].
[542] […].
[543] […].
[544] Act. n° [...].

449. Es bestehen – abgesehen von denjenigen Parteivorbringen, wonach das Ende der Zusammenarbeit schon auf die Zeit vor Mitte 2009 zu datieren sei – keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Aussagen der Implenia falsch sein könnten. Es ist daher als bewiesen anzusehen, dass die Implenia an den stattfindenden Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie an den stattfinden MA-Sitzungen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 regelmässig teilgenommen hat.

(v) Walo (Ziffer 5)

450. Walo hat ihre Teilnahme an den MA-Sitzungen in der Zeit zwischen 2003 und 2009 nicht bestritten. Der Vertreter von Walo sei am 11. Juni 2009 letztmalig an die MA-Sitzung gegangen. Dort habe er den anderen Unternehmen mitgeteilt, dass er nicht mehr an die MA-Sitzungen komme.[545]

451. Das Stattfinden eines «Streits» infolge eines Streits über das Grossprojekt «[…]» oder Absagen von Treffen ausschliesslich per Telefon hat die Walo nicht behauptet. Auch hat sie nicht angegeben, dass sie die E-Mails nur noch «automatisch» erhalten habe, ohne dass anschliessend Treffen stattgefunden hätten (zu diesen Einwänden siehe oben Rz 332 ff. und 379 ff.).

452. Betreffend den Beginn der Zusammenarbeit hat die Walo am 30. Oktober 2013 ausgeführt, dass die Achtersitzungen aus einer grossen ARGE hervorgegangen sei, […]. Nach dem Abschluss der Arbeiten habe man sich weiter getroffen. Man habe dann beschlossen auch Reichmuth aufzunehmen, da die Implenia und die Hagedorn die Reichmuth dabei haben wollten, weil die beiden Unternehmen regelmässig im Gebiet von Reichmuth offeriert hätten.[546]

453. Diese Angaben der Walo stehen insbesondere mit den Angaben der Implenia sowie den Urkundenbeweisen insoweit in Einklang, als die Walo die regelmässige Teilnahme an den MA-Sitzungen in der Zeit zwischen 2003 und Mitte 2009 eingesteht. Im Widerspruch zu diesen Beweismitteln stehen die Angaben von Walo jedoch insofern, als Walo nicht ausgeführt hat, dass sie auch vor 2003 an der Zusammenarbeit beteiligt gewesen sei.

454. Schon aus den Ausführungen von Herrn [Vertreter der Walo] anlässlich seiner Einvernahme im März 2015 lässt sich in beweismässiger Hinsicht jedoch folgern, dass die Walo wie alle anderen Unternehmen schon vor 2003 an der Koordinierung beteiligt waren. Denn [Vertreter der Walo], welcher seit 1989 [Vertreter] bei der Walo war, machte in der Einvernahme dezidierte Angaben zur Bedeutung und zum Inhalt des Submissionsprogramms von 1994 sowie zu seiner Teilnahme an projektübergreifenden Sitzungen und Marktabklärungssitzungen.[547]

455. Darüber hinaus wird die Walo in allen wesentlichen Beweismitteln, welche für die Zusammenarbeit ab 1977 bedeutsam sind, erwähnt (siehe oben Rz 150 ff., 313 ff., 363 ff.). Insbesondere ist ihr in den Submissionsprogrammen der Jahre 2002 und 2003[548] eine eigene Spalte zugeordnet, welche – wie auch in den Jahren 2004 bis 2009 – an fünfter Stelle der teilnehmenden Unternehmen steht und von den Spalten der Batigroup (später: Implenia) und der Reichmuth eingerahmt ist.[549] Zudem war das Fax mit dem Titel «Mitteilung zur Strassenbauersitzung», mit der u. a. [Vertreter der Walo] zur «nächsten Sitzung» eingeladen wurde (siehe dazu Rz 316), auch an die Walo gerichtet.[550] Auch zeigen die Listen der De Zanet mit dem Titel «Schutzofferten De Zanet AG, Kaltbrunn 2001» und «… 2002»[551], aus denen sich laut De Zanet und dem Beweisergebnis ergibt, dass die Unternehmen hinsichtlich der aufgeführten Projekte gemeinsam bestimmt haben, welches Unternehmen Schutz erhalten soll (siehe dazu vertiefend Rz 226 ff.), dass die Walo in den Jahren 2002 und 2003 sowohl Schutz von den anderen Unternehmen erhalten als auch Stützofferten eingereicht hat.

456. Aufgrund der aufgezeigten Widersprüche zu objektiven Beweismitteln ist die Behauptung der Walo, sie habe erst seit 2003 an den Sitzungen teilgenommen, nicht überzeugend. Aufgrund der zahlreichen objektiven Beweismittel, welche eine Teilnahme der Walo an der Zusammenarbeit seit 1977 belegen, und der anders lautenden Aussage insbesondere von Implenia ist es daher als bewiesen anzusehen, dass die Walo in der Zeit zwischen 2002 und dem 11. Juni 2009 regelmässig an stattfindenden Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme und später an stattfindenden MA-Sitzungen teilgenommen hat.

(vi) Reichmuth (Ziffer 6)

457. Zu Beginn des Untersuchungsverfahrens hatte die Reichmuth zunächst die Aussage verweigert.[552] An der Einvernahme im März 2015 hatte [Vertreter der Reichmuth] dann erklärt, er habe an den Marktabklärungssitzungen teilgenommen, könne aber nicht mehr den Zeitraum der Teilnahme benennen.[553] In ihrer Stellungnahme vom 14. April 2015 führt die Reichmuth erneut aus, dass sie den konkreten Zeitpunkt der Einstellung der Teilnahme nicht mehr eruieren könne. Der Zeitpunkt «dürfte allerdings spätestens im Jahr 2009 gelegen sein, eventuell aber schon im Jahr 2008.»[554]

458. Das Stattfinden eines «Streits» infolge eines Streits über das Grossprojekt «[…]» oder Absagen von Treffen ausschliesslich per Telefon hat die Reichmuth im Untersuchungsverfahren nicht behauptet. Auch hat sie nicht angegeben, dass sie die E-Mails nur noch «automatisch» erhalten habe, ohne dass anschliessend Treffen stattgefunden hätten (zu diesen Einwänden siehe oben Rz 332 ff. und 379 ff.). In ihren Stellungnahmen zum Antrag haben die Reichmuth-Gesellschaften hingegen auch auf den angeblichen «Streit» Bezug genommen, allerdings ohne konkret auszuführen, ab wann die Reichmuth angeblich nicht mehr zu den MA-Sitzungen gegangen sei. So führen die Reichmuth-Gesellschaften in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, das Sekretariat

[545] Z. B. Act. n° [...].
[546] Act. n° [...].
[547] Act. n° [...].
[548] Siehe dazu Act. n° [...].
[549] Act. n° [...].
[550] Act. n° [...].
[551] Act. n° [...].
[552] Act. n° [...].
[553] Act. n° [...].
[554] Act. n° [...].

«sei sich» hinsichtlich des Endes der Zusammenarbeit «selbst nicht schlüssig» und es habe Zweifel gehabt, welche zugunsten der Reichmuth-Gesellschaften zu berücksichtigen seien.[555]

459. Im Ergebnis gesteht die Reichmuth im Einklang mit den Selbstanzeigerinnen ein, dass sie an den MA-Sitzungen teilgenommen habe. Sie macht jedoch keine klaren Aussagen zum Beginn und zum Ende ihrer Teilnahme an den MA-Sitzungen sowie zur Regelmässigkeit ihrer Teilnahme. Über zwei Fragen ist daher Beweis zu führen. Erstens ist zu eruieren, in welchem Zeitraum die Reichmuth überhaupt an den MA-Sitzungen teilgenommen hat, und zweitens muss geprüft werden, inwiefern die Reichmuth in diesem Zeitraum «regelmässig» teilgenommen hat.

460. Bezüglich des Beginns der Teilnahme hat die Walo in ihrer bereits erwähnten Stellungnahme ausgeführt, die Reichmuth sei erst nach dem Abschluss des grossen ARGE-Projekts «[…]» (siehe Rz 452) aufgenommen worden.

461. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Implenia keinerlei Einschränkung des Teilnehmerkreises für bestimmte Zeiträume vorgenommen hat, sondern ausgeführt hat, dass alle acht Unternehmen gleichermassen an den Treffen anwesend gewesen seien (siehe oben Rz 383). Auch die Toller, welche erklärt hat, dass sie «etwa 2002 dazu gestossen» sei[556] – später präzisiert sie, dass sie seit 2001 dabei gewesen sei[557] –, hat an keiner Stelle erklärt, dass damals andere Unternehmen an den Sitzungen gewesen seien als später.

462. Die Beweiswürdigung hat zudem ergeben, dass die Reichmuth mit den anderen Unternehmen jedenfalls zwischen 1994 und 2002 auf die in den Rz 150 ff. beschriebene Art und Weise zusammengearbeitet hat (siehe ebenda). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle nur darauf hinzuweisen, dass die Reichmuth 1994 an Sitzungen teilgenommen hat, in denen sie u. a. erklärt hat, sie sei bereit, über alles zu reden, man müsse dies aber geheim halten.[58] Auch ist aus der sichergestellten Liste «Submissionen 1994» zu entnehmen, dass die Reichmuth schon im Jahr 1994 Interessen hinsichtlich einzelner Projekte geltend gemacht hat und auch geschützt wurde[559]. Dass die Reichmuth mit den anderen sieben Unternehmen im Jahr 2001 zusammenarbeitete und bezüglich einzelner Projekte Schutz erhielt oder Schutz gegeben hat, ergibt sich aus der bei De Zanet beschlagnahmten Liste «Schutzofferten De Zanet 2001».[560]

463. Wie den folgenden Urkundenbeweisen zu entnehmen ist, hat die Reichmuth diese Zusammenarbeit über das Jahr 2001 hinaus fortgesetzt. Die sichergestellten Submissionsprogramme aus den Jahren 2002 und 2003 belegen, dass die Reichmuth Projekte für die Listen gemeldet hat und Interessen hinsichtlich einzelner Projekte geltend gemacht hat[561]. Darüber hinaus erhielt […] für die Reichmuth im März 2003 ein Einladungsschreiben für «die» Strassenbauersitzung sowie im November 2003 eine turnusmässige Absage, in der die nächste Sitzung für den Dezember 2003 angesetzt wurde.[562]

464. Es ist daher als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Reichmuth auch nach Ende 2001 an den regelmässig stattfindenden Sitzungen zur Marktabklärung in der Regel teilgenommen hat.

465. Anders als De Zanet und Oberholzer hat die Reichmuth sodann nicht angegeben, dass sich ihre Teilnahmefrequenz im Laufe der Jahre verringert habe. Sie hat lediglich angegeben, dass sie 2008 oder spätestens 2009 gar nicht mehr teilgenommen habe. Diese Aussage widerspricht insoweit den Angaben der Selbstanzeigerinnen, welche beide angeben, dass alle Unternehmen bis zum 11. Juni 2009 bzw. Mitte 2009 in der Regel an den Marktabklärungssitzungen teilgenommen hätten. Walo hat darüber hinaus erklärt, dass die Reichmuth «oft» dabei gewesen sei.[563] In einem gewissen Widerspruch dazu steht wiederum die Aussage der Bernet Bau, wonach sie selbst, Oberholzer, Reichmuth und die Toller seit 2007 nicht mehr *regelmässig* an die Treffen gegangen seien.[564]

466. Angesichts dessen sowie des Vorwurfs, das Sekretariat habe die Anwesenheit der Reichmuth an den MA-Sitzungen nicht rechtsgenüglich nachgewiesen, ist hinsichtlich der Teilnahme der Reichmuth an den MA-Sitzungen eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

467. Wie bereits erläutert, ist die Behauptung, der «Streit» habe zum Ende der Zusammenarbeit geführt, schon wenig überzeugend, weil dieser von Seiten der Reichmuth erstmals vier Jahre nach der Untersuchungseröffnung, und erst nachdem die Reichmuth im Rahmen der Akteneinsicht von entsprechenden Angaben der anderen Unternehmen erfahren hat, erwähnt wurde (siehe vertiefend dazu Rz 359). Zudem steht die Behauptung zum «Streit» im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen, aus denen hervorgeht, dass Treffen – egal in welcher Besetzung – in den Jahren 2008 und 2009 stattgefunden haben und dass die Unternehmen bis Juni 2009 zusammengearbeitet haben (siehe zum Stattfinden der Treffen oben Rz 336–356). Die Angaben der Reichmuth sind zudem in sich widersprüchlich. Denn es wird weder von der Reichmuth noch von den anderen Unternehmen behauptet, dass die Reichmuth an dem «Streit» beteiligt gewesen sei. Bei

[555] Act. n° [...].
[556] Act. n° [...].
[557] Act. n° [...].
[558] Siehe Act. n° [...].
[559] Act. n° [...].
[560] Vgl. Act. n° [...].
[561] Vgl. Act. n° [...].
[562] […].
[563] Act. n° [...].
[564] Act. n° [...].

diesem standen sich allenfalls Hagedorn, Oberholzer, Bernet Bau sowie Walo und Toller sowie Implenia und De Zanet gegenüber (siehe oben Rz 332). Der angebliche «Streit» kann damit für die Reichmuth, welche sich ja gar nicht gestritten hat, kein entscheidender Grund für einen angeblichen «Austritt» aus dem MA-System gewesen sein.

468. Aus den Akten ist dementsprechend auch keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Reichmuth die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Reichmuth Ende 2008 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Reichmuth tatsächlich vor Mitte 2009 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Reichmuth ein langjähriges Mitglied der MA-Sitzungen war – sie war schon seit 1994 an der Zusammenarbeit beteiligt (siehe oben Rz 171 ff.). Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise jedoch hohe Wellen.

469. Die Reichmuth hat im Gegenteil bis zum 28. Mai 2009 alle Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die Terminfestlegungen (MA-Programme) von der De Zanet erhalten. Aus den Akten ist dabei kein Widerspruch der Reichmuth gegen die Termin- und Treffpunktfestlegungen oder den Erhalt der Einladungs- und Absage-E-Mails zu erkennen. Insbesondere hat sich die Reichmuth nicht dagegen gewehrt, dass laut den MA-Programmen auch in den Jahren 2008 und 2009 jeweils zwei Treffen bei der Reichmuth stattfinden sollten und dementsprechend die De Zanet zu Treffen bei der Reichmuth (siehe dazu auch Rz 471) eingeladen hat. Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter beispielsweise am 11. März 2009 um 10:40 Uhr eine E-Mail (inkl. aktualisierter MA-Liste) erhielten, in der es hiess:

> *«…Die nächste Sitzung findet am 12.03.2009, um 17:00 Uhr, in Freienbach [bei Reichmuth] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»,*[565]

und dann gleichwohl niemand bei der Reichmuth erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Schon das Fehlen von dokumentierten Widersprüchen der Reichmuth sowie das Fehlen von deutlichen Hinweisen auf einen Austritt indiziert mithin, dass die Reichmuth wie die anderen Unternehmen bis Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Dies gilt auch, da kein anderes Unternehmen ausgesagt hat, dass die Reichmuth ihre Teilnahme vor Mitte 2009 gänzlich aufgegeben habe.

470. Aus den MA-Listen geht ausserdem hervor, dass die Reichmuth bis April 2009 Interessen bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat (zuletzt MA 2009_16, MA 2009_11, MA 2008_40, MA 2008_25, MA 2008_23). Wie bereits erläutert, wird dabei angenommen, dass Interessen lediglich an der MA-Sitzung geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 345 f.). Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass ein Vertreter der Reichmuth jedenfalls die Sitzungen besuchte, welche vor der Versendung derjenigen MA-Liste, auf der erstmals Interessen von Reichmuth eingetragen sind, stattfand. Der Hinweis einiger Unternehmen, wonach die De Zanet die Sterne für andere Unternehmen eingetragen habe,[566] vermag dabei nicht zu überzeugen (siehe oben Rz 347). Der Einwand gilt ohnehin nicht für die bei Hagedorn beschlagnahmte, im roten Ordner eingeordnete und von Hand ausgefüllte MA 2009_16, in der [Vertreter der Hagedorn] Interessensbekundungen – auch diejenige von Reichmuth – aus der Sitzung vom 16. April 2009 dokumentiert hat. Zudem hat [Vertreter der Hagedorn] auf dieser Liste sogar ein besonders hohes Interesse der Reichmuth (zwei Sterne für das Projekt Nr. 98 auf der MA 2009_16) eingetragen. Vor dem Hintergrund, dass die Parteien nie behauptet haben, dass für ein abwesendes Unternehmen auch zwei Sterne eingetragen wurden,[567] belegt diese Eintragung die Anwesenheit eines Vertreters der Reichmuth an der Sitzung vom 16. April 2009.

471. Des Weiteren wurden bezüglich derjenigen MA-Sitzungen, welche laut den MA-Programmen zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 bei der Reichmuth stattfinden sollten (21. Mai 2008, 2. Oktober 2008 sowie 12. März 2009), Einladungs-E-Mails samt aktueller MA-Liste an die Unternehmen versandt. Eine Absage der Treffen liegt nicht vor. Nach dem Beweisergebnis haben Sitzungen, welche nicht abgesagt wurden, regelmässig auch stattgefunden (siehe oben Rz 326 ff.). Daraus ist zu folgern, dass bei der Reichmuth in den Jahren 2008 und 2009 plangemäss noch drei Treffen stattgefunden haben. Dass die Treffen bei der Reichmuth tatsächlich auch stattgefunden haben, ist im Übrigen auch daraus zu folgern, dass keine Verlegung des Ortes aus den Akten ersichtlich ist. Auch die nach den bei der Reichmuth angesetzten Treffen versendeten aktualisierten MA-Listen (MA 2008_23, MA 2008_42 sowie die MA 2009_14) zeigen, dass die Treffen bei der Reichmuth stattgefunden haben müssen. So weisen die aktualisierten MA-Listen gegenüber den vor den Treffen bei der Reichmuth versendeten MA-Listen (MA 2008_21, MA 2008_40 sowie MA 2009_11) Änderungen auf. So enthält die nach dem Treffen vom 21. Mai 2008 versendete MA 2008_23 ausgerechnet neue Interessen der Reichmuth an zwei Projekten (Nr. 29 und Nr. 43 der MA 2008_23). Auf der nach dem Treffen vom 2. Oktober 2008 versendeten MA-Listen fehlen zudem drei Projekte, deren Eingabefrist nach dem bei Reichmuth stattfindenden Treffen abgelaufen war (vgl. Nr. 82 der MA 2008_40 und die MA 2008_42). Auch die MA 2009_14 enthält sieben Projekte nicht mehr, welche aber auf der MA 2009_11 noch aufgeführt waren (vgl. Nr. 46–48, Nr. 58, 100, 102 und 103 der MA 2009_11). Zusätzlich liegen Hinweise vor, dass die Implenia bezüglich des Projekts Nr. 102 auf der MA 2009_11 u. a. von der Reichmuth Teilschutz erhalten hat (siehe die Beispiele unten in Rz 701 ff). Auch Letzteres zeigt, dass Reichmuth noch am 12. März 2009 an der Koordinierung beteiligt war.

[565] Act. n° [...].
[566] Act. n° [...].
[567] Act. n° [...].

Wie erläutert, kann aus dem «Verschwinden» von aktuellen Projekten aus den MA-Listen mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen (siehe oben Rz 347 ff.) ohnehin geschlossen werden, dass Interessen hinsichtlich der später verschwindenden Projekte an der MA-Sitzung unmittelbar vor Ablauf der Eingabefrist, d.h. an den genannten MA-Sitzungen bei der Reichmuth, geltend gemacht wurden.

472. Erwiesen ist auch, dass die Reichmuth von 2004 bis Juni 2009 kontinuierlich Projekte für die EO-Liste gemeldet hat (siehe unten Rz 880 ff). Hätte die Reichmuth zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Reichmuth bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

473. Zuletzt geht aus den objektiven Beweismitteln hervor, dass sich die Reichmuth in den Jahren 2004 bis 2009 mit den anderen Unternehmen derart koordiniert hat, dass sie für einzelne Projekte von mindestens einem der anderen sieben Unternehmen geschützt wurde oder aber einem der anderen Unternehmen Schutz gewährt hat (siehe dazu unten Rz 702 ff.). Bei Reichmuth besteht dabei die Besonderheit, dass sie in den Jahren 2008 und 2009 vor allem hinsichtlich solcher Projekte Schutz oder Teilschutz erhalten hat, welche gar nicht auf den MA-Listen aufgeführt waren; es handelt sich um 30 Schutz- bzw. Teilschutzvereinbarungen für Projekte mit einem Gesamtwert von ca. 5 Millionen CHF.[568] Wäre die Reichmuth schon in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich nicht mehr an der Marktabklärung beteiligt gewesen, so wäre zu erwarten, dass sie sich auch nicht mehr bezüglich konkreter Projekte mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert hätte.

474. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

475. Die Behauptung der Reichmuth, sie hätte schon vor Mitte 2009 die Zusammenarbeit mit den anderen Unternehmen eingestellt, steht damit im Widerspruch zu den genannten Urkundenbeweisen. Mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie die genannten Beweismittel ist damit als bewiesen anzusehen, dass die Reichmuth bis Mitte 2009 an MA-Sitzungen anwesend war.

476. In beweismässiger Hinsicht ist weiter zu prüfen, ob die Reichmuth «regelmässig» an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Sowohl Walo als auch die Implenia haben angeben, dass alle acht Unternehmen «regelmässig» an den MA-Sitzungen gewesen seien. Die Walo hat zudem angegeben, dass die Reichmuth «oft» da gewesen sei. Die Reichmuth selbst hat lediglich geltend gemacht, sie kenne den genauen Zeitpunkt der Einstellung der Teilnahme nicht. Dass ihre Teilnahmefrequenz abgenommen habe, behauptet die Reichmuth nicht. Nur die Bernet Bau hat angegeben, dass u. a. die Reichmuth schon seit 2007 «nicht mehr regelmässig» an die Sitzungen gegangen seien.[569]

477. Bezüglich der Würdigung dieser Aussagen ist hier teilweise auf die Ausführungen hinsichtlich der Teilnahme der Oberholzer an den MA-Sitzungen zu verweisen (siehe oben Rz 443). Mit Blick auf die die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] an die anderen Unternehmen, in der sich dieser über die mangelnde Teilnahmedisziplin einiger (ungenannter) Unternehmen beklagt (siehe oben Rz 340), kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die Teilnahmefrequenz der Reichmuth im Jahr 2008 tatsächlich geringer war als die von Unternehmen wie De Zanet, Hagedorn, Implenia und Walo. Die Aussage der Bernet Bau, sie selbst sowie u. a. die Reichmuth hätte ab 2007 nicht mehr «regelmässig» teilgenommen[570], hat in Bezug auf die Reichmuth hingegen keine besondere Überzeugungskraft. Denn wenn die Aussage der Bernet Bau stimmt, dass sie selbst nicht mehr regelmässig zu den Treffen gegangen sei, dann kann sie darüber, ob andere Unternehmen an solchen Treffen, an denen sie selbst gar nicht anwesend war, nicht glaubhaft eine Aussage treffen. Zudem ist bedeutsam, dass die Reichmuth selbst gar nicht behauptet hat, dass die Teilnahmefrequenz in der Zeit ihrer Teilnahme abgenommen habe.

478. Insgesamt ist es mit Blick auf die vorliegenden Urkundenbeweise sowie die Aussagen der Selbstanzeigerinnen damit als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Reichmuth an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie den MA-Sitzungen, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 stattgefunden haben, in der Regel auch tatsächlich anwesend war. Mit Blick auf die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Reichmuth im Jahr 2008 bisweilen abwesend war. In den Jahren 2008 und 2009 war die Reichmuth aber jedenfalls an folgenden Daten an MA-Sitzungen anwesend: 21. Mai 2008, 5. Juni 2008, 18. September 2008, 2. Oktober 2008, 26. Februar 2009 bzw. 5. März 2009, 12. März 2009 und 16. April 2009.

(i) Toller (Ziffer 7)

479. Wie auch die Oberholzer hat die Toller im Laufe des Verfahrens unterschiedliche Angaben betreffend die Teilnahme an den MA-Sitzungen gemacht. Zum Beginn der Teilnahme hat [Vertreter der Toller], Vertreter und […] der Toller, in seiner ersten Einvernahme im Oktober

[568] Vgl. Act. n° [...]. Die Schutz zugunsten Reichmuth betreffen zum Teil EO-Projekten, welche in den EO-Listen enthalten waren, vgl. Fn 1191.
[569] Act. n° [...].
[570] Act. n° [...].

2013 ausgesagt, dass die Toller «etwa 2002 dazu gestossen» sei.[571] Später präzisiert [Vertreter der Toller], dass sie seit 2001 dabei gewesen seien[572]. In den Jahren 2001 bis 2003 sei Herr […], der damalige […], an den Sitzungen gewesen.[573] Davor sei nur Herr […][574] für die Toller Strassenbau AG an Sitzungen gegangen.[575]

480. Auch hinsichtlich des Endes der Teilnahme an den MA-Sitzungen hat die Toller unterschiedliche Angaben gemacht.

481. In der Einvernahme im Oktober 2013 erklärte die Toller, sie habe an den Sitzungen nicht mehr teilgenommen, als die Untersuchung Aargau durch die Wettbewerbsbehörden eröffnet wurde.[576] [Vertreter der Toller] erklärte:

> *«Das ausschlaggebende Datum für die Firma Toller war die Untersuchung Aargau. Nur zum Trinken gehen, lohnte sich die Teilnahme nicht.»*[577]

Weiter führte [Vertreter der Toller] dazu aus, dass er «nach 2009» an keiner Sitzung mehr gewesen sei und davor nur «sporadisch» teilgenommen habe[578] Das Unternehmen sei «Sitzungsschwänzer» gewesen.[579] Er wisse nicht, «ob die Sitzungen nach 2009 weitergeführt wurden».[580] Weiter erklärte [Vertreter der Toller], dass die Sitzungen im Jahr 2009 nicht mehr stattgefunden hätten bzw. ihm nicht bekannt sei, ob es eine Sitzung im Jahr 2009 gegeben habe oder nicht. Schon im Jahr 2008 seien die Sitzungen nicht lohnenswert gewesen, da hätte eine Sitzung pro Jahr ausgereicht.[581]

482. In ihrer Stellungnahme vom 11. April 2014 hatte die Toller die Teilnahme an den MA-Sitzungen nicht bestritten. Sie erklärte lediglich, dass sie sich – anders als zuvor – in den Jahren 2006–2008 nur noch in ganz wenigen Einzelfällen an «Unterstützungen von Konkurrenten» beteiligt habe.[582]

483. In ihrer Einvernahme am 2. Mai 2014 erklärte [Vertreter der Toller] dann, er habe 2008 «nicht mehr so oft an Sitzungen teilgenommen»[583]. Ausserdem führte er aus, dass die Toller, soweit [Vertreter der Toller] sich erinnern könne, im Jahr 2009 nicht mehr an Sitzungen teilgenommen habe.[584] Auch im Februar 2015 führt die Toller in einer Stellungnahme aus, sie habe 2008 allenfalls noch ganz vereinzelt, im Jahr 2009 aber an keiner Sitzung mehr teilgenommen.[585]

484. Ab März 2015 erklärte die Toller dann mehrfach, sie habe schon früh kein Interesse mehr an den Sitzungen gehabt, was auch dadurch dokumentiert sei, dass das Unternehmen ab ca. 2004 keine Projekte mehr für die MA-Listen gemeldet habe. Da das Interesse der Toller an den Sitzungen im Laufe der Jahre immer weiter abgenommen habe, sei das Ende der Sitzungsteilnahme schon auf Anfang 2008, oder sogar auf Ende 2007 zu datieren.[586] In der letzten Stellungnahme aus dem Mai 2015 heisst es sodann, es stehe aus der Sicht von Toller fest, dass die Toller schon bereits im Jahr 2007 kaum mehr an Sitzungen teilgenommen habe.[587]

485. Zur Begründung für die neuen Angaben zum Ende der Teilnahme gab die Toller ab Februar 2015 gegenüber den Wettbewerbsbehörden mehrere Begründungen an: Ein wichtiger Grund für die Teilnahme an den MA-Sitzungen sei es gewesen, dass die Toller mittels der Teilnahme an den MA-Sitzungen Partner für ARGE habe finden wollen.[588] Da die Unternehmen aber ab Mitte 2008 nicht mehr mit der Toller zusammenarbeiten wollten, sei die Teilnahme aus Sicht der Toller zunehmend zwecklos geworden. Des Weiteren seien Vorzugskonditionen beim Belagsbezug von Beginn weg der «Hauptgrund» für die Zugehörigkeit zur «Strassenbauervereinigung» gewesen. Denn nur wegen der Teilnahme der Toller an den MA-Sitzungen habe die Implenia, welche damals ein Belagswerk in Grynau gehabt habe, der Toller Belag zu vergünstigten «Strassenbauer-Preisen» verkauft. Am 1. Juli 2008 sei die Toller wegen der nicht mehr regelmässigen Teilnahme an den MA-Sitzungen von der Implenia mit einer Preiserhöhung für Belag «sanktioniert» worden.[589] Ende 2008 habe die Implenia das Belagswerk dann allerdings an die MOAG verkauft, so dass die Mischgutbezüge ab 2009 erheblich günstiger geworden seien. Eine weitere Zugehörigkeit zur Strassenbauervereinigung sei ab dem Datum dann nicht mehr nötig gewesen.[590]. In Bezug auf die Belagspreise habe die Toller ausserdem ab Ende 2005 die Hoffnung gehabt, das «Monopol der Belagswerke» dadurch aufbrechen zu können, dass das Belagswerk in Grynau sowie das Belagswerk der BAMAG in Schänis, bei welchem damals noch die De Zanet involviert war, durch ein leistungsfähiges gemeinsames Belagswerk ersetzt werde.[591] Die Verhandlungen darüber hätten sich aber in die Länge gezogen und ausserdem sei ab 2007 das lokale Belagswerk des Unternehmens FBB auf den Markt gedrängt. Diese Belagswerk habe der Toller günstige Belagskonditionen geboten, so dass man bei Toller «die Gewissheit» gehabt habe, «auch unabhängig von einer Teilnahme im Rahmen der <Strassenbauvereinigung> zu den Sonderkonditionen einkaufen zu können.»[592] Zuletzt wies [Vertreter der Toller] in der Einvernahme im März 2015 auf den schon mehrfach erwähnten Streit über das Vorgehen bei dem Projekt «[…]» (siehe dazu auch Rz 332) hin.[593] Die Toller sei Ende 2008 nur noch einmal zu einer Sitzung mit den anderen Unternehmen gegangen, wo es um den allfälligen Rückzug der Beschwerden gegen den Vergabeentscheid gegangen sei (November 2008).[594] Abgesehen davon sei die Toller

[571] Act. n° [...].
[572] Act. n° [...].
[573] Act. n° [...].
[574] Es handelt sich um Herrn […]; s. […].
[575] Act. n° [...].
[576] Act. n° [...].
[577] Act. n° [...].
[578] Act. n° [...].
[579] Act. n° [...].
[580] Act. n° [...].
[581] Act. n° [...].
[582] Act. n° [...].
[583] Act. n° [...].
[584] Act. n° [...].
[585] Act. n° [...].
[586] Tendenziell für Ende 2007: Act. n° [...]. Eher für Anfang 2008: Act. n° [...].
[587] Act. n° [...].
[588] […].
[589] Act. n° [...].
[590] Act. n° [...].
[591] Act. n° [...].
[592] Act. n° [...].
[593] Act. n° [...].
[594] Act. n° [...].

nicht mehr hingegangen, weil [Vertreter der Toller] nicht mit den anderen Unternehmen an Sitzungen gehen könne, wenn er sich mit diesen Unternehmen […] streite.

486. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wiederholte die Toller die vorgenannten Behauptungen.[595] Weiter machte die Toller geltend, ihre «passive Rolle» spiegele sich auch darin wieder, dass die Implenia die Toller anfänglich nicht als involvierte Partei erwähnt habe und die Walo eine Involvierung der Toller anfangs sogar explizit verneint habe.[596] Wie bereits erwähnt, führte die Toller ausserdem aus, die Angaben der Implenia seien vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die Implenia bemüht gewesen sei, «eher etwas zu viel einzugestehen als zu wenig und Sachverhalte so darzustellen, wie sie sich aus Sicht des Sekretariats aufgrund von Akten wie den Marktabklärungslisten im schlimmsten Fall zugetragen haben könnten.».[597] Sinngemäss gibt die Toller auch an, die Implenia habe ihre eigene Rolle relativieren wollen.[598] Auch habe die Studie, welche gemäss Antrag Auslöser der Untersuchung gewesen sei, offenbar keine Hinweise auf möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten der Toller gegeben.[599] Im Übrigen seien die anfänglichen Behauptungen von [Vertreter der Toller] betreffend das Ende der Zusammenarbeit und die Beteiligung der Toller (siehe oben Rz 481) aus dem Zusammenhang gerissen und falsch dargestellt.[600]

487. Im Hinblick auf den Beginn der Teilnahme ist es mit Blick auf die eigene Aussage der Toller als bewiesen anzusehen, dass die Toller Unternehmungen AG jedenfalls in den Jahren 2001 bis 2004 an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme bzw. den MA-Sitzungen regelmässig teilgenommen hat.

488. Hinsichtlich des Endes der Teilnahme der Toller an den MA-Sitzungen stehen die anfänglichen Stellungnahmen der Toller (siehe Rz 481) im Einklang mit den Aussagen der Selbstanzeigerinnen[601], wonach die Zusammenarbeit bis zur Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchungen durch die Wettbewerbsbehörden in den Fällen Aargau und Zürich andauerte und alle Unternehmen daran teilgenommen hätten.

489. Auch die anfänglichen Aussagen der Toller zur fehlenden Teilnahmedisziplin («wir waren Sitzungsschwänzer», siehe Rz 481) wurde im Laufe des Verfahrens von den Selbstanzeigerinnen bestätigt. So hat die Implenia zwar ausgesagt, dass alle acht Unternehmen gleich beteiligt gewesen seien[602]. Auf Nachfrage hat die Implenia diese Aussage im März 2015 jedoch dahingehend präzisiert, dass allenfalls der [Vertreter] der Toller öfters abwesend gewesen sei.[603] Die Walo hat ausgesagt, dass alle acht Unternehmen grundsätzlich bis am 11. Juni 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hätten. Mit «grundsätzlich» meine die Walo, dass es vorgekommen sei, dass gewisse [Vertreter] an einer Sitzung nicht dabei gewesen seien. Betreffend die Teilnahme der verschiedenen Unternehmen habe es indessen keine eindeutigen Mitläufer gegeben.[604]

490. Erst die Angaben, welche die Toller ab dem 2. Mai 2014 betreffend das Ende ihrer Teilnahme an den MA-Sitzungen machte (siehe oben Rz 483 ff.), stehen im Widerspruch zu den Aussagen der Selbstanzeigerinnen. Angesichts dessen, ist hinsichtlich der Teilnahme der Toller an den MA-Sitzungen eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

491. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Begründung der Toller für die angeblich frühe Einstellung der Zusammenarbeit (siehe dazu insbesondere Rz 484) in sich widersprüchlich ist. Denn wie dargelegt, hat die Toller angegeben, dass sie schon Ende 2007 oder Anfang 2008 nicht mehr an die MA-Sitzungen gegangen sei. Als entscheidende Gründe für die Beendigung der Teilnahme[605] benennt sie dann jedoch u. a. solche Ereignisse, welche nach dem zuletzt behaupteten Beendigungszeitpunkt stattgefunden hätten: So hätten die anderen Unternehmen mit Toller ab Mitte 2008 keine ARGE mehr bilden wollen, Ende 2008 sei ein «Streit» betreffend das Projekt «[…]» zwischen den Unternehmen ausgebrochen und Anfang 2009 seien die Mischbezüge infolge des Kaufs des Belagswerks Grynau durch die MOAG erheblich günstiger geworden (siehe dazu oben Rz 484). Wäre die Behauptung der Toller, dass sie schon Ende 2007 bzw. Anfang 2008 nicht mehr an MA-Sitzungen gegangen sei, wahr, dann hätten all diese weiteren «Austrittsgründe»[606] für die Toller keine Rolle mehr spielen dürfen. Unter Berücksichtigung der drei genannten «Austrittsgründe» wäre es allenfalls plausibel, dass die Toller Mitte 2008 bzw. Ende 2008 bzw. Anfang 2009 ihre Teilnahme an den MA-Sitzungen eingestellt hat. Auf diese Widersprüche geht die Toller in ihrer Stellungnahme zum Antrag nicht weiter ein und versucht auch nicht, sie zu entkräften.

492. Die Aussage der Toller ist auch deshalb in sich widersprüchlich, weil die Toller als Grund für das Ende der Zusammenarbeit einerseits angibt, dass sie ab Mitte 2008 keinen ARGE-Partner mehr innerhalb der MA-Sitzungen gefunden habe, andererseits aber selbst Ausführungen macht, aus denen zu schliessen ist, dass sie auch nach Mitte 2008 ARGE-Partner aus dem Kreis der acht Unternehmen hatte. Denn die Toller gibt selbst an, dass sie bezüglich des Projekts «[…]» zusammen mit Walo als ARGE-Partner eine Offerte eingereicht habe.[607]

[595] Act. n° [...].
[596] Act. n° [...].
[597] Vgl. insbesondere Act. n° [...].
[598] Vgl. Act. n° [...].
[599] Act. n° [...].
[600] Act. n° [...].
[601] […].
[602] Act. n° [...].
[603] Act. n° [...].
[604] […].
[605] So ganz deutlich die Toller in Act. n° [...].
[606] So zusammenfassend: Act. n° [...].
[607] Vgl. Act. n° [...].

Auch auf diesen Widerspruch geht die Toller in ihrer Stellungnahme zum Antrag nicht weiter ein und versucht auch nicht, ihn zu entkräften.

493. Die ab dem 2. Mai 2014 gemachten Ausführungen der Toller stehen ausserdem im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle erneut festzuhalten, dass aus diesen Urkundenbeweisen zu folgern ist, dass sich alle Unternehmen regelmässig bis Mitte 2009 getroffen haben und dass sie auch während und nach dem angeblichen «Streit» in den Jahren 2008 und 2009 zusammen gearbeitet haben (siehe oben Rz 336 ff., 387 ff.). Spezifisch betreffend die Toller ist auf folgende aus den Urkundenbeweisen zu folgernde Umstände hinzuweisen.

494. Aus den Akten ist keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Toller die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Toller beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Toller tatsächlich vor Mitte 2009 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Toller ein langjähriges Mitglied der MA-Sitzungen war – sie bzw. die Toller Gartenbau AG war schon seit 1994 an der Zusammenarbeit beteiligt (siehe oben Rz 171 ff.). Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise jedoch hohe Wellen.

495. Die Toller hat im Gegenteil bis zum 28. Mai 2009 alle Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die Terminfestlegungen (MA-Programme) von der De Zanet erhalten. Aus den Akten ist dabei kein Widerspruch der Toller gegen die Termin- und Treffpunktfestlegungen oder den Erhalt der Einladungs- und Absage-E-Mails zu erkennen. Insbesondere hat sich die Toller nicht dagegen gewehrt, dass laut den MA-Programmen auch in den Jahren 2008 und 2009 drei (im Jahr 2008) bzw. zwei (im Jahr 2009) Treffen bei der Toller stattfinden sollten und dementsprechend die De Zanet zu Treffen bei der Toller eingeladen hat. Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter beispielsweise am 14. Oktober 2008 um 10:40 Uhr eine E-Mail (inkl. aktualisierter MA-Liste) erhielten, in der es hiess:

> *«…Die nächste Sitzung findet am 16.10.2008, um 17:00 Uhr, in Eschenbach (Toller AG) statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»,*[608]

und dann gleichwohl niemand bei der Toller erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Schon das Fehlen von dokumentierten Widersprüchen der Toller sowie das Fehlen von deutlichen Hinweisen auf einen Austritt indiziert, dass die Toller wie die anderen Unternehmen bis Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Dies gilt auch, weil kein anderes Unternehmen ausgesagt hat, dass die Toller ihre Teilnahme vor Mitte 2009 gänzlich aufgegeben habe.

496. Aus den MA-Listen geht ausserdem hervor, dass die Toller bis April 2009 Interessen bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat (zuletzt betr. Nr. 55 auf der von [Vertreter der Hagedorn] ausgefüllten MA 2009_16, Nr. 8 auf MA 2008_29, Nr. 27 auf MA 2008_27, Nr. 44 auf MA 2008_25, Projekt in […], nach Nr. 91, auf der MA 2008_12). Wie bereits erläutert, wird dabei angenommen, dass Interessen lediglich an der MA-Sitzung geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 345 f.). Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass ein Vertreter der Toller jedenfalls die Sitzungen besuchte, welche vor der Versendung derjenigen MA-Liste, auf der erstmals Interessen von Toller eingetragen sind, stattfand (siehe oben Rz 310). Der Hinweis der Toller, wonach die De Zanet die Sterne für andere Unternehmen eingetragen habe,[609] vermag dabei nicht zu überzeugen (siehe oben Rz 347). Der Einwand gilt ohnehin nicht für die bei Hagedorn beschlagnahmte, im roten Ordner eingeordnete und von Hand ausgefüllte MA 2009_16, in der [Vertreter der Hagedorn] Interessensbekundungen – auch diejenige von Toller – aus der Sitzung vom 16. April 2009 dokumentiert hat. Auch ist in beweismässiger Hinsicht bedeutsam, dass auf der MA 2008_12 neu *zwei* Sterne bei Toller eingetragen sind, und die Parteien gar nicht behauptet haben, dass für ein abwesendes Unternehmen *zwei* Sterne eingetragen wurden. Weiter ist in Bezug auf die Interessensbekundung der Toller in MA 2008_25 darauf hinzuweisen, dass die Sitzung, in welcher die Interessensbekundung entsprechend dem MA-Programm von der Toller abgegeben worden sein muss (5. Juni 2008), ausgerechnet bei der Toller stattgefunden hat (siehe oben Rz 310 sowie unten Rz 498). Angesichts dessen ist nicht anzunehmen, dass dieses Interesse ohne oder gar gegen den Willen der Toller eingetragen wurde. Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die Toller an den MA-Sitzungen am 6. März 2008, am 5. Juni 2008, am 19. Juni 2008, am 3. Juli 2008 sowie am 16. April 2009 anwesend war.

497. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wendet die Toller hiergegen (erneut) ein, die Eintragung von Sternen belege nicht die Anwesenheit und die Interessensbekundung eines Unternehmensvertreters an einer MA-Sitzung.[610] Die Toller hat deshalb Dokumente eingereicht, welche zeigen sollen, dass die Toller an den MA-Sitzungen nicht anwesend gewesen sein könne.[611] Inwiefern diese Dokumente die Argumentation widerlegen sollen, dass dokumentierte Interessensbekundungen das Stattfinden von MA-Sitzungen belegen sollen, ist indes nicht ersichtlich. Denn die Toller hat diesbezüglich mehrheitlich Dokumente eingereicht, welche eine Abwesenheit der Toller an solchen MA-Sitzungen belegen, an denen die Toller keine Interessen geltend gemacht hat. So folgt aus den von der Toller eingereichten Dokumenten einzig, dass [Vertreter der Toller] nicht an den MA-Sitzungen vom 14. August 2008, vom 11. Dezember 2008, vom 26. Februar 2009 und vom

[608] Act. n° [...].
[609] […].
[610] Act. n° [...].
[611] Act. n° [...].

7. Mai 2009 anwesend war. Folgerichtig finden sich auf den MA-Listen, welche nach diesen Treffen versendet wurden, auch keine neuen Interessensbekundungen der Toller. Die Toller hat aber gerade keine Dokumente eingereicht, aus denen zu folgern wäre, dass die Toller an den in Rz 496 genannten MA-Sitzungen nicht anwesend gewesen wäre. Dies gilt auch für eine eingereichte E-Mail von [Vertreter der Toller] an die De Zanet vom Morgen des 6. März 2008. Mit dieser E-Mail hat die Toller die Frage der De Zanet beantwortet, ob die MA-Sitzung am 6. März 2008 mit Blick auf die vorliegenden Absagen von Herrn [Vertreter der Walo], Herrn [Vertreter der Implenia] und Herrn [Vertreter der Hagedorn] abgesagt werden solle.[612] Diesbezüglich schrieb [Vertreter der Toller] lediglich: «Absagen». Aus dieser E-Mail folgt in beweismässiger Hinsicht zunächst, dass die Toller sich hinsichtlich der MA-Sitzungen nicht passiv verhalten hat. Denn wäre die Toller – so wie sie u. a. behauptet – bereits vor dem 6. März 2008 aus der Zusammenarbeit ausgestiegen, so wäre nicht zu erwarten, dass sie noch hinsichtlich einzelner MA-Sitzungen auf Rückfragen der De Zanet betreffend Stattfinden von MA-Sitzungen reagiert. Diese eingereichten E-Mails zeigen auch, dass der Versand der Einladungs-E-Mails – entgegen der Behauptung der De Zanet und der Toller (siehe oben Rz 332 und 342 ff.) – kein «Automatismus» war. Denn hätten die Einladungs-E-Mails keine Bedeutung gehabt, so hätten sich die Hagedorn, die Implenia und die Walo nicht abgemeldet,[613] sondern wären schlichtweg passiv geblieben. Des Weiteren zeigen die eingereichten E-Mails, dass neben der Toller die Oberholzer, die Reichmuth und/oder die Bernet Bau *für* eine Durchführung der Sitzung waren, andernfalls hätte die De Zanet die Sitzung nicht tatsächlich durchgeführt (zum Stattfinden der Sitzung siehe Rz 340). Des Weiteren ist zu vermerken, dass sich die Toller für die MA-Sitzung vom 6. März 2008 *nicht* abgemeldet hat, was sie indes – wie es die Hagedorn, die Implenia und die Walo taten – durchaus hätte tun können. Die E-Mail zeigt mithin lediglich, dass die Toller die Durchführung einer MA-Sitzung, an denen die Hagedorn, die Implenia und die Walo nicht teilnahmen, für weniger sinnvoll hielt. Dass [Vertreter der Toller] an der Sitzung, welche die De Zanet dann durchführte, nicht anwesend war, belegt sie aber nicht.

498. Des Weiteren wurden bezüglich derjenigen MA-Sitzungen, welche laut den MA-Programmen zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 bei der Toller stattfinden sollten (17. Januar 2008, 5. Juni 2008, 16. Oktober 2008 sowie 2. April 2009), Einladungs- oder Absage-E-Mails samt aktueller MA-Liste an die Unternehmen versandt. Abgesagt wurden die Treffen im Januar 2008 sowie Anfang April 2009. Bezüglich der anderen beiden Termine liegen allerdings nur Einladungen vor. Nach dem Beweisergebnis haben Sitzungen, welche nicht abgesagt wurden und für die eine Einladung vorliegt, regelmässig auch stattgefunden (siehe oben Rz 326 ff.). Dass diese Treffen bei der Toller tatsächlich auch stattgefunden haben, ist im Übrigen auch daraus zu folgern, dass hinsichtlich der Treffen am 5. Juni 2008 und am 16. Oktober 2008 keine Verlegung des Treffpunkts aus den Akten ersichtlich ist. Auch die nach den bei der Toller angesetzten Treffen versendeten aktualisierten MA-Listen (MA 2008_25 sowie MA 2008_45) zeigen, dass die Treffen bei der Toller stattgefunden haben müssen. So weisen diese aktualisierten MA-Listen gegenüber den für das Treffen bei der Toller versendeten MA-Listen (MA 2008_23 sowie MA 2008_42) Änderungen auf. Ebenso enthält die nach dem Treffen vom 5. Juni 2008 versendete MA 2008_25 ausgerechnet neue Interessen der Toller an einem neu gemeldeten Projekt (Nr. 44 der MA 2008_25) sowie neue Interessen der Hagedorn, der Implenia, der Walo und der Reichmuth (Nr. 38, 42 und 44 der MA 2008_25). Wenn in einer Liste neue Interessen aufgeführt sind, so ist anzunehmen, dass diese Sitzung auch stattgefunden hat (siehe oben Rz 345 f.). Auf der nach dem Treffen vom 5. Juni 2008 versendeten MA 2008_25 sind zudem zehn Projekte nicht mehr aufgeführt, von denen in acht Fällen erkennbar die Eingabefrist nach dem Treffen bei der Toller sowie vor dem nächsten Treffen am 19. Juni 2008 bei der Bernet Bau ablief (vgl. Nr. 5, 16, 17, 43, 44, 57, 78, 87 der MA 2008_23). Auf der nach dem Treffen vom 16. Oktober 2008 versendeten MA-Listen fehlt zudem ein Projekt, deren Eingabefrist nach dem bei Toller stattfindenden Treffen und vor dem nächsten Treffen am 16. November 2008 bei der Bernet Bau abgelaufen war (vgl. Nr. 74 der MA 2008_42 und die MA 2008_45). Wie erläutert, kann aus dem «Verschwinden» von aktuellen Projekten aus den MA-Listen mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen geschlossen werden, dass Interessen hinsichtlich der später verschwindenden Projekte an der MA-Sitzung unmittelbar vor Ablauf der Eingabefrist geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 347 ff.). Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die MA-Sitzungen bei der Toller am 5. Juni 2008 sowie am 16. Oktober 2008 stattfanden.

499. Erwiesen ist auch, dass die Toller von 2004 bis Juni 2009 kontinuierlich Projekte für die EO-Liste gemeldet hat (siehe unten Rz 880 ff). Hätte die Toller zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Toller bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

500. Aus den objektiven Beweismitteln geht weiter hervor, dass sich die Toller von 2004 bis Ende 2008 mit den anderen Unternehmen derart koordiniert hat, dass sie für einzelne Projekte von mindestens einem der anderen sieben Unternehmen geschützt wurde oder aber einem der anderen Unternehmen Schutz gewährt hat (siehe dazu unten Rz 702 ff). Der Toller kann weiter nachgewiesen werden, dass sie im Jahr 2009 Schutz gegeben hat (siehe unten die Beispiele in den Rz 701 ff.). Hinzuweisen ist dabei darauf, dass die Toller genau mit denjenigen Unternehmen zusammengearbeitet hat, mit welchen sie angeblich im «Streit» stand (dies waren angeblich Hagedorn und Oberholzer). So hat die Toller als

[612] Act. n° [...].
[613] Siehe Act. n° [...].

Teilnehmer der ARGE De Zanet/Toller nach dem angeblichen «Streitausbruch» der ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] Schutz hinsichtlich des Projekts « […]» Schutz gewährt (siehe […]). Wäre die Toller schon in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich nicht mehr an der Marktabklärung beteiligt gewesen, so wäre zu erwarten, dass sie sich auch nicht mehr bezüglich konkreter Projekte mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert und dass sie ihr Bieterverhalten schon Ende 2007 geändert hat.

501. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, sind zudem die Gründe, welche die Toller als massgeblich für ihre Austrittsentscheidung angibt (siehe oben Rz 485), mit Blick auf die Urkundenbeweise und die Aussagen der Implenia in beweismässiger Hinsicht nicht überzeugend.

502. Wie bereits erläutert, stehen die Ausführungen zum «Streit» im Widerspruch zu den Urkundenbeweisen, welche eine Zusammenarbeit der Toller mit den anderen Unternehmen nach Ende 2008 belegen. Auch der Grund, dass es der Toller ab Mitte 2008 nicht mehr möglich gewesen sei, ARGE-Partner im Rahmen der MA-Sitzungen zu gewinnen, da die anderen Unternehmen alle in ARGE gebunden gewesen seien, ist unglaubhaft. Denn es geht schon aus den eigenen Aussagen der Toller hervor, dass die Toller gleichwohl im Herbst 2008 mit der Walo eine ARGE gebildet hat (siehe oben Rz 492). Des Weiteren folgt aus den Urkundenbeweisen, dass sich die Toller im Januar und im April 2009 jeweils gemeinsam mit der De Zanet als ARGE-Partner auf Projekte beworben hat (siehe DOP Nr. 219 und 709). Einmal hat sie dabei sogar der ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] gemeinsam mit der De Zanet Schutz gewährt (siehe […]). Dies zeigt, dass die Toller unter den Teilnehmern der MA-Sitzungen weiter Partner für ARGE finden konnte.

503. Die Argumentation der Toller zu den Belagspreisen wurde von der Toller schon gar nicht ausreichend substantiiert. Denn die Toller *mutmasst* zum einen lediglich, dass sie Mitte 2008 von der Implenia mittels der Erhöhung der Belagspreise sanktioniert worden sei («unter Umständen»)[614]. Die Behauptung, dass es so war, stellt sie gar nicht auf. Zum anderen reicht die Toller zum Beleg ihrer Mutmassung eine Preisliste der *MOAG Linth AG* aus dem Jahr 2013 ein. Inwiefern eine Preisliste aus dem Jahr 2013 und dazu von einer Anlage, welche seit dem 1. Dezember 2008 gar nicht mehr der Implenia mehrheitlich gehört, die Mutmassung der Toller, die Implenia habe ihr lediglich deshalb «Strassenbauerpreise» berechnet, weil sie an den MA-Sitzungen teilgenommen hat, plausibilisieren soll, bleibt unklar. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat die Toller hierzu keine weiteren Angaben gemacht.

504. Die Behauptung der Toller, die Implenia habe ihr nur wegen der Teilnahme an den Strassenbauersitzungen günstigere Belagspreise gewährt, sowie die Mutmassung, sie sei wegen der reduzierten Teilnahme von der Implenia sanktioniert worden, steht zudem im Widerspruch zu den sonstigen Beweismitteln. So hat ausser Toller keine andere Verfahrenspartei behauptet, dass wegen der Teilnahme an den MA-Sitzungen günstigere Belagspreisen gewährt worden seien oder dass die eine mangelhaft Teilnahmedisziplin durch die Implenia mittels der Erhöhung des Belagspreises «sanktioniert» worden sei. Es liegen im Gegenteil Urkundenbeweise vor, welche belegen, dass Unternehmen wie die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei], welche nachweislich regelmässig an den MA-Sitzungen teilgenommen haben, im Jahr 2008 höhere Belagspreise zahlen mussten als die Toller.[615] Dies hatte nach Auskunft der Implenia den Grund, dass die Belagspreise […].[616] Zudem liegen Urkundenbeweise vor, welche die Behauptung der Toller, sie sei von der Implenia für die ausbleibende Teilnahme mittels einer Belagspreiserhöhung «sanktioniert» worden, als nicht überzeugend erscheinen lassen. Denn die Implenia hat Dokumente eingereicht, […][617] […][618]. Zudem geht aus der Liefervereinbarung zwischen der Implenia und der Toller vom 11. April 2008 hervor, dass […].[619] Die Behauptungen der Toller zur Koppelung des Belagspreises an die Teilnahme an den MA-Sitzungen und zur angeblichen Sanktionierung einer ausbleibenden Teilnahme an den MA-Sitzungen sind damit als blosse Schutzbehauptung zu qualifizieren. Dies gilt umso mehr als die Ausführungen der Toller dazu in sich widersprüchlich sind (siehe oben Rz 491).

505. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats macht die Toller bezüglich der in Rz 504 genannten Umstände inhaltlich keine neuen Angaben.[620] Sie gibt lediglich an, sie habe keine Gelegenheit gehabt, die Angaben der Implenia zu prüfen.[621] Was die Toller hiermit ausdrücken will, ist nicht ersichtlich, da sie – wie alle anderen Unternehmen auch – die Möglichkeit hatte, die Selbstanzeigerdossiers, mithin die Angaben der Implenia, einzusehen und dies auch getan hat.[622] Wie erläutert, sind die Behauptungen der Toller zur Koppelung des Belagspreises an die Teilnahme an den MA-Sitzungen und zur angeblichen Sanktionierung einer ausbleibenden Teilnahme an den MA-Sitzungen als blosse Schutzbehauptung zu qualifizieren. Da die Implenia ihrerseits ihre Angaben mittels objektiven Beweismitteln belegt hat, ist damit nicht anzunehmen, dass sie ihre Rolle fälschlicherweise herunterspielen wollte.

506. Der Einwand der Toller, der Umstand, dass die Selbstanzeigerinnen die Teilnahme der Toller anfangs nicht erwähnt bzw. explizit verneint haben, indiziere, dass die Toller am Ende der Zusammenarbeit nicht an den MA-Sitzungen teilgenommen habe,[623] überzeugt ebenfalls nicht. Denn die Implenia machte ihre ersten Angaben unter dem Eindruck der Untersuchungseröffnung gegen nur sechs Unternehmen, korrigierte die Angaben zu den teilnehmenden Unternehmen aber dann noch im Mai 2013 innerhalb von weniger als drei Wochen und zwar von sich aus.[624] Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein Unternehmen von der Grösse Imple-

[614] Vgl. Act. n° [...].
[615] Act. n° [...].
[616] […].
[617] Vgl. Act. n° [...].
[618] Vgl. Act. n° [...].
[619] Vgl. Act. n° [...].
[620] Vgl. Act. n° [...].
[621] Act. n° […].
[622] […].
[623] Act. n° [...].
[624] […].

nias zunächst intern die involvierten Mitarbeiter befragen und die vorliegenden Dokumente sichten muss, um dann seine Angaben sukzessive zu ergänzen. Die anfänglichen Angaben von [Vertreter der Selbstanzeigerin] betreffend die Toller[625] wurden ebenfalls innerhalb weniger Wochen und ohne Rückfrage des Sekretariats korrigiert.[626] Später gab Herr [...] dann auch persönlich an, er habe viel mit der Toller und der Oberholzer zu tun gehabt und es habe keine eindeutigen Mitläufer gegeben.[627] Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein Unternehmen […] zunächst intern die involvierten Mitarbeiter befragen und die vorliegenden Dokumente sichten muss, um dann seine Angaben sukzessive zu ergänzen. Warum [Vertreter der Selbstanzeigerin] zunächst eine Zusammenarbeit mit der Toller leugnete, kann nicht abschliessend beantwortet werden. Mit Blick darauf, dass [Vertreter der Toller] angegeben hat, dass er eine «eher freundschaftliche Beziehung mit [Vertreter der Selbstanzeigerin]» gehabt habe und [Vertreter der Toller] gewisse Dinge nicht öffentlich gemacht habe, weil es [...] sonst «den Sessel gekostet hätte»,[628] ist allerdings zu vermuten, dass [Vertreter der Selbstanzeigerin] aus privaten Gründen zunächst falsche Angaben zugunsten der Toller gemacht hat.

507. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

508. Des Weiteren überzeugt auch der Einwand der Toller nicht, die Studie, welche zur Eröffnung der Untersuchung geführt habe, könne keine Hinweise auf die Beteiligung der Toller gegeben haben, weshalb die Rolle der Toller unbedeutend gewesen sein müsse, nicht.[629] Denn diese Studie spiegelt allenfalls den Erkenntnisstand des Sekretariats vor Beginn der Untersuchung wider. Dieser Kenntnisstand kann durch weitere Beweise erweitert werden. Zudem wurde bei der Eröffnung des Verfahrens schlichtweg nur eine Teilmenge der im Untersuchungsverfahren analysierten Daten untersucht (siehe Rz 47, 60 f.). Diese Teilmenge wurde der Toller als Bestandteil des DOP ohnehin zugestellt (siehe auch unten Rz 1105).[630]

509. Zuletzt ist auf den Umstand hinzuweisen, dass die Ausführungen der Toller im Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen stehen. Insbesondere revidierte die Toller die Aussage von [Vertreter der Toller], wonach betreffend die Beendigung der Zusammenarbeit «*das ausschlaggebende Datum für die Firma Toller […] die Untersuchung Aargau*» gewesen sei (siehe Rz 481). Die Änderung der eigenen Aussage spricht nicht per se gegen die Glaubhaftigkeit der späteren Aussage, da es einer Verfahrenspartei z. B. frei stehen muss, falsche belastende Darstellungen von einzelnen Mitarbeitern zu revidieren oder Ausführungen richtig zu stellen, wenn eine Frage falsch verstanden worden ist. Die neue Aussage ist dann in beweismässiger Hinsicht umso überzeugender, je mehr sie mit anderen Beweismitteln im Einklang steht und je weniger dies für die revidierte Aussage gilt. Im vorliegenden Fall ist eine derartige Konstellation aber gerade nicht gegeben. Toller hatte vielmehr zunächst das Ende der Zusammenarbeit schlüssig, d. h. mit einer nachvollziehbaren Begründung, und im Einklang mit fast allen Beweismitteln (exkl. spätere Ausführungen der Oberholzer, der De Zanet, der Hagedorn und der Reichmuth) auf den Sommer 2009 datiert. Die nachgereichten Begründungen der Toller, welche ein früheres Ende der Zusammenarbeit belegen sollen, stehen – wie gezeigt (siehe oben Rz 356 ff., 493 ff.) – dagegen im Widerspruch zu fast allen Beweismitteln (exkl. spätere Ausführungen der De Zanet, der Hagedorn und der Reichmuth). Die revidierende Aussage der Toller ist damit nicht überzeugend.

510. Gegen die Beweiswürdigung des Widerspruchs kann die Toller nicht einwenden, die in Rz 481 dargestellt Aussage von [Vertreter der Toller] sei aus dem Zusammenhang gerissen. Denn es ist so, dass [Vertreter der Toller] in Bezug auf die Marktabklärungssitzungen anfänglich gesagt hat, das ausschlaggebende Datum für die Firma Toller sei die Untersuchung Aargau gewesen.[631] Dass er kurz zuvor noch gesagt hatte, er wisse nicht, ob es im Jahr 2009 noch Sitzungen gegeben habe oder nicht, ist vor diesem Hintergrund nicht glaubhaft. Denn es ist nicht ersichtlich, wie sich die Toller in Bezug auf die Begründung, die Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Sitzungen sei wegen der Eröffnung der Untersuchung im Kanton Aargau eingestellt worden, geirrt haben soll. Dagegen ist es sehr wohl denkbar und deshalb auch anzunehmen, dass die Toller bezüglich ihrer Beteiligung falsche Angaben macht, um ihre Rolle herunterzuspielen. Dass bezüglich des Grundes für die Einstellung der Zusammenarbeit ein Irrtum vorliege, hat die Toller im Übrigen auch gar nicht behauptet. Sie scheint nunmehr indessen andeuten zu wollen, sie habe sich nur in Bezug auf den Zeitraum, in dem es zu Schutzfestlegungen kam, auf die Untersuchungseröffnung im Fall Aargau berufen.[632] Das ist – wie das Protokoll der Einvernahme von [Vertreter der Toller] zeigt – hingegen schlicht falsch:[633] In dem massgeblichen Protokoll geht [Vertreter der Toller] im Zusammenhang mit den MA-Sitzungen auf die Bedeutung der Eröffnung der Untersuchung ein. Denn er führt hinsichtlich der Terminfestlegungen im MA-Programm 2009 aus (siehe dazu Abbildung 25 nach Rz 298):

> *«Die unteren [Termine] auf dem Dokument haben sicher nicht mehr stattgefunden [Anmerkung beim Verlesen: Zumindest waren wir nicht mehr dabei.] Vielleicht noch zu Beginn eine…Mir ist nicht mehr bekannt, ob es eine Sitzung im 2009 gab oder ob*

[625] Siehe Act. n° [...].
[626] Vgl. Act. n° [...].
[627] Act. n° [...].
[628] Act. n° [...].
[629] Act. n° [...].
[630] Act. n° [...].
[631] Act. n° [...].
[632] Act. n° [...].
[633] Siehe Act. n° [...].

es keine Sitzung im 2009 gab. Das ausschlaggebende Datum für die Firma Toller war die Untersuchung Aargau. Nur zum Trinken gehen, lohnte sich die Teilnahme nicht.»[634]

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die jüngste Behauptung der Toller, die Nennung der Eröffnung der Untersuchung im Kanton Aargau sei nicht im Hinblick auf die Beendigung der Teilnahme an den MA-Sitzungen gemacht worden, an anderer Stelle zu Widersprüchen in den Angaben der Toller führt. Denn wenn die Toller tatsächlich meinen würde, dass Mitte 2009 ausschliesslich Kontakte mit den anderen Unternehmen betreffend Submissionen *ausserhalb der MA-Sitzungen* eingestellt worden seien, so würde dies wiederum bedeuten, dass die Angaben der Toller hinsichtlich dem Ende von konkreten Schutzfestlegungen (siehe dazu unten Rz 674 ff.) falsch wären. Denn diesbezüglich hat die Toller angegeben, dass sie allenfalls bis 2007 noch ganz vereinzelt an Schutzfestlegungen beteiligt gewesen sei (siehe unten Rz 677).

511. Die Behauptung der Toller, sie hätte schon vor Mitte 2009 die Zusammenarbeit mit den anderen Unternehmen eingestellt, steht damit im Widerspruch zu den genannten Urkundenbeweisen und weist innere Widersprüche auf. Mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie die genannten Beweismittel ist damit als bewiesen anzusehen, dass die Toller bis Mitte 2009 an MA-Sitzungen anwesend war.

512. In beweismässiger Hinsicht ist weiter zu prüfen, inwiefern die Toller «regelmässig» an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Wie bereits erläutert, wurden die anfänglichen Aussagen der Toller zur fehlenden Teilnahmedisziplin («wir waren Sitzungsschwänzer», siehe Rz 481) im Laufe des Verfahrens von den Selbstanzeigerinnen bestätigt (siehe oben Rz 489).

513. Bezüglich der Würdigung dieser Aussagen ist hier teilweise auf die Ausführungen hinsichtlich der Teilnahme der Oberholzer sowie der Reichmuth an den MA-Sitzungen zu verweisen (siehe oben Rz 443, 477). Mit Blick auf die die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] an die anderen Unternehmen, in der sich dieser über die mangelnde Teilnahmedisziplin einiger (ungenannter) Unternehmen beklagt (siehe oben Rz 340 f.), die Angaben der Selbstanzeigerinnen zur fehlenden Teilnahmedisziplin der Toller sowie die mit der Stellungnahme zum Antrag eingereichten Dokumente (siehe oben Rz 497) kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die Teilnahmefrequenz der Toller in den Jahren 2008 und 2009 tatsächlich geringer war als die von Unternehmen wie De Zanet, Hagedorn, Implenia und Walo. Die Aussage der Bernet Bau, sie selbst sowie u. a. die Toller hätte ab 2007 nicht mehr «regelmässig» teilgenommen[635], hat in Bezug auf die Toller hingegen keine besondere Überzeugungskraft (siehe dazu oben Rz 443). Insgesamt kann aber nicht widerlegt werden, dass die Toller an stattfindenden Treffen bisweilen nicht anwesend war.

514. Insgesamt ist es mit Blick auf die vorliegenden Urkundenbeweise sowie die Aussagen der Selbstanzeigerinnen damit als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Toller an Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie an MA-Sitzungen, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 stattgefunden haben, auch tatsächlich anwesend war. Mit Blick auf die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet], die Ausführungen der Toller zur Teilnahmedisziplin, der eingereichten Dokumente sowie der Selbstanzeigerinnen zur teilweisen Abwesenheit von [Vertreter der Toller] kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Toller in den Jahren 2008 und 2009 den stattfindenden Treffen bisweilen fernblieb. Bewiesen ist dabei aber jedenfalls, dass im Jahr 2008 MA-Sitzungen am 5. Juni 2008 sowie am 16. Oktober 2008 in den Räumlichkeiten der Toller und unter Anwesenheit eines Toller-Vertreters stattfanden sowie dass die Toller an den MA-Sitzungen am 6. März 2008, am 19. Juni 2008, am 3. Juli 2008 sowie zuletzt am 16. April 2009 an einer MA-Sitzung anwesend war und dort Interessen an Projekten geltend gemacht hat. Es ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend die Teilnahme der Toller an MA-Sitzungen gemacht haben.

(vii) Bernet Bau (Ziffer 8)

515. [Vertreter der Bernet], [Name] und [Name] der Bernet Bau, hat an der ersten Einvernahme am 16. April 2013 keinerlei Angaben zu MA-Sitzungen oder MA-Listen gemacht. Auf die Frage des Sekretariats, ob sein Unternehmen aus irgendeiner Quelle wisse, welche Unternehmen jeweils an einer bestimmten Ausschreibung teilnehmen, hat [Vertreter der Bernet] lediglich geantwortet, es gebe das Internetportal InfoBau. Eine sonstige Quelle sei ihm nicht bekannt.[636]

516. Anlässlich der Einvernahme am 9. März 2015 wurde Herrn [Vertretr der Bernet Bau] die «Mitteilung zur Strassenbauersitzung» vom 22. März 2002 (siehe oben Rz 316)[637] sowie eine MA-Liste vorgehalten. Auf die Frage, ob Herr [Vertrer der Bernet Bau] selbst bis 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen habe, antwortete Herr [Vertrer der Bernet Bau] lediglich, dass er selbst nicht regelmässig, aber gelegentlich an den MA-Sitzungen gewesen sei.[638] Von Seiten der Bernet Bau habe ausser ihm niemand an den MA-Sitzungen teilgenommen.[639] Weiter sagte Herr [Vertrer der Bernet Bau] aus, dass er 2002 an «einigen» Sitzungen gewesen sei, ab 2007 dagegen «praktisch nicht mehr».[640] Die Bernet Bau, die Reichmuth, die Toller und die Oberholzer seien als kleine Unternehmen ab 2007 «nicht mehr regelmässig» an die Treffen gegangen.[641] Die Bernet Bau hat keine Gründe für die angebliche Abnahme der Teilnahmehäufigkeit angegeben. In einer späteren schriftlichen Stellungnahme hat die Bernet Bau behauptet, sie habe «ab 2008» an keiner MA-Sitzung mehr teilgenommen und keine MA-Sitzung mehr durchgeführt.[642]

[634] Act. n° [...].
[635] Act. n° [...].
[636] Act. n° [...].
[637] Act. n° [...].
[638] Act. n° [...].
[639] Act. n° [...].
[640] Act. n° [...].
[641] Act. n° [...].
[642] Act. n° [...].

517. Das Stattfinden eines «Streits» infolge eines Streits über das Grossprojekt «[…]» oder Absagen von Treffen ausschliesslich per Telefon hat die Bernet Bau nicht behauptet. Auch hat sie im Untersuchungsverfahren nicht angegeben, dass sie die E-Mails nur noch «automatisch» erhalten habe, ohne dass anschliessend Treffen stattgefunden hätten oder dass in den MA-Listen eingetragene Interessen von anderen Unternehmen eingetragen worden seien (zu diesen Einwänden siehe oben Rz 332 ff. und 379 ff.).

518. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats führte die Bernet Bau aus, sie sei ab 2007 nur noch an vereinzelten Sitzungen, ungefähr ein- bis zweimal pro Jahr, vertreten gewesen. Ab 2008 habe die Bernet Bau dann nicht mehr an Sitzungen teilgenommen.[643] Allfällige Interessensbekundungen in den MA-Listen der Jahre 2008 und 2009 seien nicht von der Bernet Bau, höchstens von ihrem ARGE-Partner Hagedorn für die Bernet Bau abgegeben worden. Zudem hätten die Vergabestellen die betroffenen Projekte aus dem Jahr 2009 ohnehin nicht durchgeführt. Der Versand der Einladungs-E-Mail sei lediglich noch ein «Automatismus» gewesen, weshalb der Versand der Einladungs-E-Mails nicht belege, dass die MA-Sitzungen stattgefunden hätten.[644]

519. Im Hinblick auf den Beginn der Teilnahme ist es mit Blick auf die eigene Aussage der Bernet Bau als bewiesen anzusehen, dass sie jedenfalls in der Zeit zwischen Anfang 2002 bis Ende 2006 regelmässig an den Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme bzw. den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Für diesen Zeitraum steht dieses Beweisergebnis im Einklang mit den Angaben der Implenia. Für die Zeit zwischen Anfang 2003 bis Ende 2006 gilt dies auch für die Angaben der Walo, welche angegeben hat, dass die MA-Sitzungen erst im Laufe des Jahres 2003 begonnen hätten (siehe oben Rz 452). Hinzuweisen ist darauf, dass erwiesen ist, dass sich die Bernet Bau schon im Jahr 2001 mit den anderen sieben Unternehmen koordiniert hat (siehe oben Rz 221 ff.).

520. Hinsichtlich des Endes der Teilnahme der Bernet Bau an den MA-Sitzungen hat die Bernet Bau widersprüchliche Angaben gemacht. Sie hat einerseits angegeben, dass sie «ab 2007 nicht mehr regelmässig» an die MA-Sitzungen gegangen sei, aber in der Einvernahme kein endgültiges Ende angegeben (siehe oben Rz 516). In ihrer schriftlichen Eingabe vom 24. April 2015 heisst es dann aber, dass sie ab 2008 nicht mehr teilgenommen habe. Gegen eine Beendigung der Teilnahme vor Mitte 2009 sprechen die genannten Aussagen der Selbstanzeigerinnen. Angesichts dessen ist hinsichtlich der Teilnahme der Bernet Bau an den MA-Sitzungen eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

521. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Bernet Bau keinerlei Begründung für ihre Behauptung abgegeben hat, dass sie die Zusammenarbeit ab 2007 verringert und ab 2008 eingestellt habe. Wenn eine Aussage aber nur einen geringen Detaillierungsgrad aufweist und nicht aus sich heraus nachvollziehbar ist, spricht dies für mangelhafte Glaubhaftigkeit einer Aussage.[645] Eine solche Begründung hat die Bernet Bau auch nicht in ihrer Stellungnahme zum Antrag nachgereicht.

522. Der erstmals in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats geäusserte Einwand der Bernet Bau, der Versand der Einladungs-E-Mails sei lediglich ein «Automatismus» und belege nicht das Stattfinden von MA-Sitzungen, ist deswegen schon wenig überzeugen, weil die Bernet Bau diesen erstmals vier Jahre nach der Untersuchungseröffnung, und erst nachdem die Bernet Bau im Rahmen der Akteneinsicht von entsprechenden Angaben der anderen Unternehmen erfahren hat, erwähnt hat. Zudem steht der Einwand im Widerspruch zu zahlreichen Urkundenbeweisen, aus denen hervorgeht, dass MA-Sitzungen – egal in welcher Besetzung – in den Jahren 2008 und 2009 stattgefunden haben und dass die Unternehmen bis Juni 2009 zusammengearbeitet haben (siehe zum Stattfinden der Treffen oben Rz 336–356). Spezifisch in Bezug auf die Bernet Bau ist Folgendes zu berücksichtigen.

523. Aus den Akten ist keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Bernet Bau die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Bernet Bau beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Bernet Bau tatsächlich vor Mitte 2009 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Bernet Bau ein langjähriges Mitglied der MA-Sitzungen war.

524. Die Bernet Bau hat im Gegenteil bis zum 28. Mai 2009 alle Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die Terminfestlegungen (MA-Programme) von der De Zanet erhalten. Aus den Akten ist dabei kein Widerspruch der Bernet Bau gegen die Termin- und Treffpunktfestlegungen oder den Erhalt der Einladungs- und Absage-E-Mails zu erkennen. Insbesondere hat sich die Bernet Bau nicht dagegen gewehrt, dass laut den MA-Programmen auch in den Jahren 2008 und 2009 drei (2008) bzw. zwei (2009) MA-Sitzungen bei der Bernet Bau stattfinden sollten und dementsprechend die De Zanet zu Treffen bei der Bernet Bau eingeladen hat. Es ist schlicht nicht vorstellbar, wie es abgelaufen sein soll, wenn Vertreter aller acht Unternehmensvertreter beispielsweise am 15. April 2009 um 9.55 Uhr eine E-Mail (inkl. aktualisierter MA-Liste) erhielten, in der es hiess:

[643] Act. n° [...].
[644] Act. n° [...].
[645] Vgl. Rz 126.

«…Die nächste Sitzung findet am 16.04.2009, um 17:00 Uhr, in Gommiswald [bei der Bernet Bau] statt. Ich bitte Sie um Kenntnisnahme…»,[646]

und dann gleichwohl niemand bei der Bernet Bau erschien. Dies insbesondere deshalb, da keinerlei E-Mails oder sonstige Hinweise vorliegen, wonach die Örtlichkeiten kurzfristig gewechselt wurden. Schon das Fehlen von dokumentierten Widersprüchen der Bernet Bau sowie das Fehlen von deutlichen Hinweisen auf einen Austritt indiziert, dass die Bernet Bau wie die anderen Unternehmen bis Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen hat. Dies gilt auch, weil kein anderes Unternehmen ausgesagt hat, dass die Bernet Bau ihre Teilnahme vor Mitte 2009 gänzlich aufgegeben habe.

525. Aus den MA-Listen geht hervor, dass die Bernet Bau bis Ende Februar/Anfang März 2009 Interessen bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat (zuletzt betr. Nr. 103 auf der MA 2009_11, Nr. 16 auf MA 2009_09, Nr. 8 auf MA 2008_29, Nr. 60 auf MA 2008_27, Nr. 41 auf MA 2008_12). Wie bereits erläutert, wird dabei angenommen, dass Interessen lediglich an der MA-Sitzung geltend gemacht wurden (siehe oben Rz 345 f.). Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass ein Vertreter der Bernet Bau jedenfalls die Sitzungen besuchte, welche vor der Versendung derjenigen MA-Liste, auf der erstmals Interessen von Bernet Bau eingetragen sind, stattfand (siehe oben Rz 310). Weiter ist in Bezug auf die Interessensbekundung der Bernet Bau in MA 2008_27 darauf hinzuweisen, dass die Sitzung, in welcher die Interessensbekundung entsprechend dem MA-Programm von der Bernet Bau abgegeben worden sein muss (MA-Sitzung am 19. Juni 2008), ausgerechnet bei der Bernet Bau stattgefunden hat (siehe oben Rz 310 sowie unten Rz 528). Für die Jahre 2008 und 2009 ist daraus in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die Bernet Bau an den MA-Sitzungen am 6. März 2008, am 19. Juni 2008, am 3. Juli 2008, am 22. Januar 2009 sowie am 26. Februar oder 5. März 2009 anwesend war.

526. Die Bernet Bau hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag hiergegen pauschal eingewendet, die in den MA-Listen eingetragenen Interessen gingen nicht auf Interessensbekundungen der Bernet Bau an MA-Sitzungen zurück.[647] Ohne auf die anderen Interessenseintragungen aus dem Jahr 2008 einzugehen, behauptet die Bernet Bau entgegen den Feststellungen in Rz 525 weiter, auf den MA-Listen des Jahres 2008 sei lediglich eine einzige Interessensbekundung der Bernet Bau aufgeführt, welche zudem noch auf eine Interessensbekundung aus dem Jahr 2007 für ein Projekt auf der MA 2007_37 zurückgehe und von der Hagedorn abgegeben worden sei.[648] Die Projekte bezüglich derer auf den MA-Listen des Jahres 2009 neue Interessen eingetragen sind, seien zudem gar nicht ausgeführt worden.[649]

527. Diese Einwände überzeugen nicht. Es ist erwiesen, dass auf den MA-Listen des Jahres 2008 *drei* Interessensbekundungen der Bernet Bau neu eingetragen sind (betreffend folgender Projekte: Nr. 8 auf MA 2008_29, Nr. 60 auf MA 2008_27, Nr. 41 auf MA 2008_12). Keines dieser Projekte findet sich auf der MA-Liste MA 2007_37. Erneut sei dabei darauf verwiesen, dass die Sitzung, in welcher die Interessensbekundung auf der MA-Liste MA 2008_27 entsprechend dem MA-Programm von der Bernet Bau abgegeben worden sein muss (MA-Sitzung am 19. Juni 2008), ausgerechnet bei der Bernet Bau stattgefunden hat (siehe oben Rz 310 sowie unten Rz 528). Zudem ist die Behauptung der Bernet Bau, die Hagedorn habe 2008 ein Interesse für die Bernet Bau geltend gemacht, stellt sich als Schutzbehauptung dar. Denn während der Untersuchung hatte die Bernet Bau noch angegeben, dass sich die Bernet Bau nicht durch die Hagedorn habe vertreten lassen.[650] Inwiefern die Behauptung, dass die Projekte, bezüglich derer in den MA-Listen 2009 neue Interessen der Bernet Bau eingetragen sind, nicht ausgeführt wurden, gegen eine Interessensbekundung der Bernet Bau an den MA-Sitzungen spricht, ist nicht ersichtlich. Denn Interessen können auch hinsichtlich Projekten geltend gemacht werden, von dem man anfangs ausgeht, dass sie durchgeführt werden. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Bernet Bau im Jahr 2008 an den MA-Sitzungen am 6. März 2008, am 19. Juni 2008, am 3. Juli 2008, am 22. Januar 2009 sowie am 26. Februar oder 5. März 2009 anwesend war und Interessen geltend gemacht hat.

528. Des Weiteren wurden bezüglich derjenigen MA-Sitzungen, welche laut den MA-Programmen zwischen Anfang 2007 und Mitte 2009 bei der Bernet Bau stattfinden sollten (15. März 2007, 30. August 2007, 21. Februar 2008, 19. Juni 2008, 6. November 2008 sowie 16. April 2009), Einladungs- oder Absage-E-Mails samt aktueller MA-Liste an die teilnehmenden Unternehmen versandt. Das Treffen am 15. März 2007 fand entgegen des MA-Programms in Eschenbach statt.[651] Abgesagt wurde das Treffen am 21. Februar 2008. Bezüglich der anderen vier Termine liegen allerdings nur Einladungen vor. Nach dem Beweisergebnis haben Sitzungen, welche nicht abgesagt wurden und für die eine Einladung vorliegt, regelmässig auch stattgefunden (siehe oben Rz 326 ff.). Dass diese Treffen bei der Bernet Bau tatsächlich auch stattgefunden haben, ist im Übrigen auch daraus zu folgern, dass hinsichtlich der vier Treffen keine Verlegung des Treffpunkts aus den Akten ersichtlich ist. Auch die nach den bei der Bernet Bau angesetzten Treffen versendeten aktualisierten MA-Listen (MA 2007_37, MA 2008_27, MA 2008_47, MA 2009_19) zeigen, dass die Treffen bei der Bernet Bau stattgefunden haben müssen. So weisen diese aktualisierten MA-Listen gegenüber den vor den Treffen bei der Bernet Bau versendeten MA-Listen (MA 2007_35, 2008_25, MA 2008_45 sowie MA 2009_16) Änderungen auf. So enthält die nach dem Treffen vom 30. August 2008 versendete MA 2007_37 sechs Projekte nicht mehr, deren Eingabefrist vor dem nächsten Treffen ablief (siehe Nr. 4, 56, 57, 66, 83, 94 der MA 2007_35). Die nach dem Treffen bei der Bernet Bau am 19. Juni 2008 versendete MA

[646] Act. n° [...].
[647] Act. n° [...].
[648] Act. n° [...].
[649] Act. n° [...].
[650] Act. n° [...].
[651] Vgl. Act. n° [...].

2008_27 enthält ausgerechnet neue Interessen der Bernet Bau (Nr. 60 der MA 2008_27) sowie neue Interessen der De Zanet, der Implenia und der Toller. Auch sind zwei Projekte nach dem Treffen bei der Bernet Bau am 19. Juni 2008 nicht mehr aufgeführt (siehe Nr. 3 und 42 der MA 2008_25), deren Eingabefrist vor dem nächsten Treffen ablief. Auch nach dem Treffen am 6. November 2008 bei der Bernet Bau ist auf der MA 2008_47 ein Projekt, welches zuvor – ohne Interessensbekundungen – in der MA 2008_45 noch aufgeführt war, nicht mehr aufgeführt, weil die Eingabefrist vor dem nächsten Treffen bei der De Zanet ablief (vgl. Nr. 41 auf der MA 2008_45). Vergleichbares gilt für die die MA 2009_19, welche nach der am 16. April 2009 stattfindenden MA-Sitzung versendet worden war: Auf der MA 2009_19 sind vier Projekte nicht mehr aufgeführt, welche auf der MA 2009_16 noch genannt waren (vgl. Nr. 3, 55, 78, 98 der MA 2009_16). Wie aus der bei Hagedorn gefundenen und von [Vertreter der Hagedorn] von Hand ausgefüllten MA 2009_16 deutlich hervorgeht,[652] wurden bezüglich der Projekte Nr. 55, 78 und 98 der MA 2009_16 die Interessen (weitgehend) – durch alle Unternehmen ausser Bernet – erst an der MA-Sitzung bei der Bernet Bau geltend gemacht (vgl. Rz 343). Aus all diesen «Bewegungen» ist zu folgern, dass die genannten MA-Sitzungen bei der Bernet Bau auch stattgefunden haben. Denn wenn in einer Liste neue Interessen aufgeführt sind, so ist anzunehmen, dass diese Sitzung auch stattgefunden hat (siehe oben Rz 345 f.). Auch aus dem «Verschwinden» von aktuellen Projekten aus den MA-Listen kann mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen (siehe oben Rz 347) geschlossen werden, dass Interessen hinsichtlich der später verschwindenden Projekte an der MA-Sitzung unmittelbar vor Ablauf der Eingabefrist geltend gemacht wurden. Daraus ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die MA-Sitzungen tatsächlich am 30. August 2007, am 19. Juni sowie am 6. November 2008 und am 16. April 2009 bei der Bernet Bau stattfanden.

529. Erwiesen ist auch, dass die Bernet Bau von 2004 bis Juni 2009 kontinuierlich Projekte für die EO-Liste gemeldet hat (siehe unten Rz 880 ff). Hätte die Bernet Bau zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit den anderen Unternehmen zusammengearbeitet, so wäre eine Meldung von Eigenofferten zwecklos gewesen, da sich andere Unternehmen dann ja gar nicht an bestehende Abmachungen gehalten hätten (siehe zu dieser Abmachung unten Rz 1031 ff.). Auch die vorliegenden Eigenoffertlisten belegen mithin, dass die Bernet Bau bis Sommer 2009 mit den anderen sieben Unternehmen zusammengearbeitet hat. Da gemeldete Eigenofferten teilweise auch an den MA-Sitzungen besprochen wurden, indiziert die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen im Übrigen auch das Stattfinden von MA-Sitzungen.

530. Aus den objektiven Beweismitteln geht weiter hervor, dass sich die Bernet Bau von 2004 bis Ende 2008 mit den anderen Unternehmen derart koordiniert hat, dass sie für einzelne Projekte von mindestens einem der anderen sieben Unternehmen geschützt wurde oder aber einem der anderen Unternehmen Schutz gewährt hat (siehe dazu unten Rz 702 ff.).

531. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Selbstanzeigerinnen unabhängig voneinander angegeben haben, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 bzw. Juni 2009 an den MA-Sitzungen anwesend waren. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

532. Die Behauptung der Bernet Bau, sie sei ab 2007 nicht mehr regelmässig zu den Treffen gegangen, kann trotz der genannten Beweise nicht widerlegt werden, da nicht für jedes stattfindende Treffen eine Anwesenheit der Bernet Bau zweifelsfrei nachgewiesen werden kann. Mit Blick auf die die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] an die anderen Unternehmen, in der sich dieser über die mangelnde Teilnahmedisziplin einiger (ungenannter) Unternehmen beklagt (siehe oben Rz 340 f.), kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Bernet Bau im Jahr 2008 bisweilen nicht an stattfindenden Treffen war. Fest steht allerdings auch, dass die Bernet Bau nach 2007 und bis und mit Mitte 2009 jedenfalls noch in dem in den Rz 521 ff. dargelegten Masse an der Zusammenarbeit beteiligt gewesen war, d.h. insbesondere an MA-Sitzungen war, Interesse bezüglich einzelner Projekte geltend gemacht hat und sich bezüglich einzelner Projekte koordiniert hat.

533. Zusammenfassend ist es mit Blick auf die Angaben der Bernet Bau, die vorliegenden Urkundenbeweise sowie die Aussagen der Selbstanzeigerinnen damit als bewiesen anzusehen, dass ein Vertreter der Bernet Bau an Sitzungen zur Besprechung der Submissionsprogramme sowie an MA-Sitzungen, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 stattgefunden haben, auch tatsächlich anwesend war. Mit Blick auf die «Beschwerde»-E-Mail von [Vertreter der De Zanet] und die Ausführungen der Bernet Bau zum Abnehmen der Teilnahme ab 2007 kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Bernet Bau in den Jahren 2007, 2008 und 2009 den stattfindenden Treffen bisweilen fernblieb. Bewiesen ist dabei aber jedenfalls, dass am 30. August 2007, am 19. Juni und am 6. November 2008 sowie am 16. April 2009 MA-Sitzungen in den Räumlichkeiten der Bernet Bau und unter Anwesenheit eines Bernet Bau-Vertreters stattfanden. Weiter ist es bewiesen, dass die Bernet Bau an den MA-Sitzungen am 6. März 2008, am 19. Juni 2008, am 3. Juli 2008, am 22. Januar 2009 sowie am 26. Februar oder 5. März 2009 vertreten war und ein Interesse geltend gemacht hat.

i. Zwischenergebnis zu den Sitzungen zwischen 2002 und Mitte 2009

534. Im Ergebnis ergibt sich aus den vorgängig dargelegten Beweisen, dass sich die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Implenia bzw. deren Rechtsvorgängerin, die Batigroup, die Walo, die Reichmuth, die Toller sowie die Bernet Bau – wie schon vor 2002 – von Anfang 2002 bis Mitte 2009 regelmässig, d.h. alle zwei bis

[652] Act. n° [...].

vier Wochen, zu MA-Sitzungen getroffen haben. Allein zwischen 2004 und Mitte 2009 fanden etwa 80 MA-Sitzungen statt.

535. An diesen Sitzungen wurde die jeweils aktuelle MA-Liste bzw. vor 2004 das aktuelle Submissionsprogramm besprochen. Es ist möglich, dass an einzelnen Sitzungen teilweise auch andere Themen (z. B. Lehrlingsausbildung etc.) besprochen wurden. Im Anschluss an die Sitzung fand bisweilen ein geselliger Teil statt.

536. Die Zusammenarbeit wurde anlässlich der Eröffnung der wettbewerbsbehördlichen Untersuchungen betreffend Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Zürich und Aargau eingestellt. Die Beweiswürdigung hat ergeben, dass alle acht genannten Unternehmen an stattfindenden MA-Sitzungen bis Mitte 2009 anwesend waren und bis ins Jahr 2009 hinein Interessen hinsichtlich einzelner Projekte geltend gemacht haben. Keines der acht Unternehmen hat vor Mitte 2009 die Zusammenarbeit eingestellt und den jeweils Anderen Entsprechendes kommuniziert.

537. Im Ausnahmefall kam es vor, dass einzelne Unternehmensvertreter Sitzungen nicht besuchten. Grund hierfür war z. B. Ferienabwesenheiten oder ein mangelndes Interesse an aktuellen ausgeschriebenen Projekten. Bis Ende 2007 nahmen alle Unternehmen regelmässig an den MA-Sitzungen teil. Zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 waren dann jedenfalls noch die De Zanet, die Hagedorn, die Implenia sowie die Walo regelmässig an stattfindenden MA-Sitzungen anwesend. In Bezug auf die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller und die Bernet Bau kann dagegen nicht bewiesen werden, dass diese Unternehmen zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 an jeder stattfindenden MA-Sitzungen anwesend waren (betreffend die Anwesenheit der zuletzt genannten Unternehmen an MA-Sitzungen siehe Rz 423 ff., 457 ff., 479 ff., 515 ff.).

538. Der Vollständigkeit halber sei hier darauf hingewiesen, dass die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker (siehe dazu Rz 838 ff.) im vorliegenden Fall nicht zum Nachweis des Endzeitpunkts der Teilnahme von einzelnen Unternehmen an MA-Sitzungen verwendet wird. Der Einwand der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller, aus dem Parteigutachten lasse sich kein Endzeitpunkt der Zusammenarbeit ableiten, geht damit ins Leere (siehe auch Rz 361).

A.5.4.1.2 Die Marktabklärungslisten und die Submissionsprogramme und ihr Austausch

539. Weiteres wesentliches Element der Zusammenarbeit der acht Unternehmen war der Austausch der MA-Listen bzw. der vor 2004 «Submissionsprogramme» genannten Listen, welche an den MA-Sitzungen besprochen wurden. Den Wettbewerbsbehörden liegen insbesondere ca. 90 MA-Listen vor, welche zwischen Mai 2004 und Mai 2009 regelmässig und in aktualisierter Form von De Zanet an die anderen sieben Unternehmen versandt worden waren.[653]

540. Im Folgenden wird im Wesentlichen der Inhalt dieser Listen beschrieben und nachgewiesen, dass diese Listen entsprechend den Geschehnissen in den MA-Sitzungen aktualisiert und unter den acht Unternehmen ausgetauscht wurden. Dazu wird der in den Zeilen und Spalten der Listen dokumentierte Inhalt im Überblick dargestellt (siehe Rz 542 ff.). Anschliessend wird vertieft auf das Meldesystem (siehe dazu Rz 554 ff.), die Art und den Wert der auf den Listen aufgeführten Bauprojekte (siehe dazu Rz 565 ff.), die Möglichkeit der Interessensbekundung (siehe dazu Rz 574 ff.), den Aktualisierungsvorgang (siehe Rz 582 ff.) sowie die Bedeutung der Zeile «Total A-Interesse» eingegangen (siehe Rz 584 ff.). Der Abschnitt wird durch ein zusammenfassendes Zwischenergebnis abgeschlossen (siehe Rz 593 ff.)

541. Für das Verständnis der Gesamtheit aller MA-Listen sowie der Submissionsprogramme ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Listen «dynamische» Listen waren.[654] Denn deren Zweck war es u. a., die aktuelle und künftige Nachfragesituation nach Strassen- und Tiefbauleistungen im Gebiet See-Gaster, March und Höfe sowie die Interessenslage der beteiligten Unternehmen abzubilden (siehe auch unten Rz 671 ff.). Weil sich die Nachfrage sowie die Interessenslage der Unternehmen stetig veränderten, wurden dementsprechend die MA-Listen und die Submissionsprogramme kontinuierlich aktualisiert. Betrachtet man die MA-Listen in derjenigen Reihenfolge, wie sie in zeitlicher Hinsicht von der De Zanet an die anderen sieben Unternehmen versendet wurden, so ist insbesondere zu erkennen, dass einzelne Projekte in einer MA-Liste neu erscheinen, (teilweise) über Monate dort aufgeführt sind und wieder «verschwinden» sowie dass einzelne Unternehmen Interessen bezüglich der aufgeführten Projekte geltend gemacht haben.

a. Beschreibung der Zeilen und Spalten der MA-Listen

542. Die MA-Listen sind ähnlich wie die Submissionsprogramme vor 2004[655] sowie die bei der Hagedorn beschlagnahmte Liste «Submissionen 1994» (siehe oben Rz 265 ff.) tabellarisch aufgebaut und mit den zuletzt genannten Listen vergleichbar. Die Vergleichbarkeit dieser Listen wurde von der De Zanet, der Hagedorn sowie der Oberholzer bestätigt.[656] Bevor im Folgenden die einzelnen Zeilen und Spalten beschrieben werden, werden zur Illustration zunächst Auszüge aus MA-Listen sowie aus den vor 2004 versendeten «Submissionsprogrammen» abgebildet. Zunächst ist im Folgenden eine MA-Liste abgebildet, wie sie von Anfang 2006 bis Mitte 2009 von der De Zanet an die anderen Unternehmen versendet wurde:

[653] Siehe Act. n° [...] sowie Act. n° [...].
[654] Vgl. Act. n° [...].
[655] Act. n° [...].
[656] […].

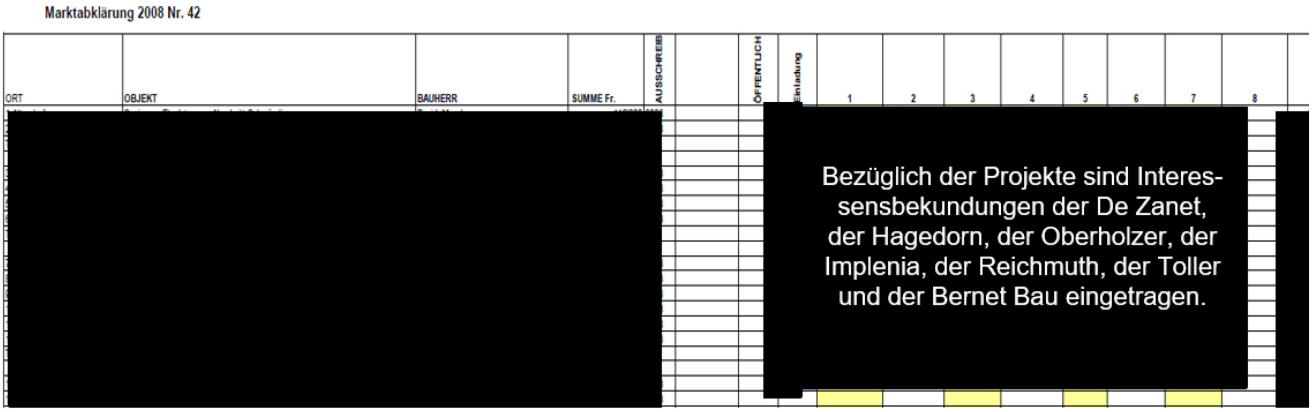


Abbildung 30: Auszug aus MA 2008_ 42, Act. n° [...]

543. Wie die nachfolgende Abbildung zeigt, fehlten vor Anfang 2006 die Spalten «ÖFFENTLICH» und «Einladung»:

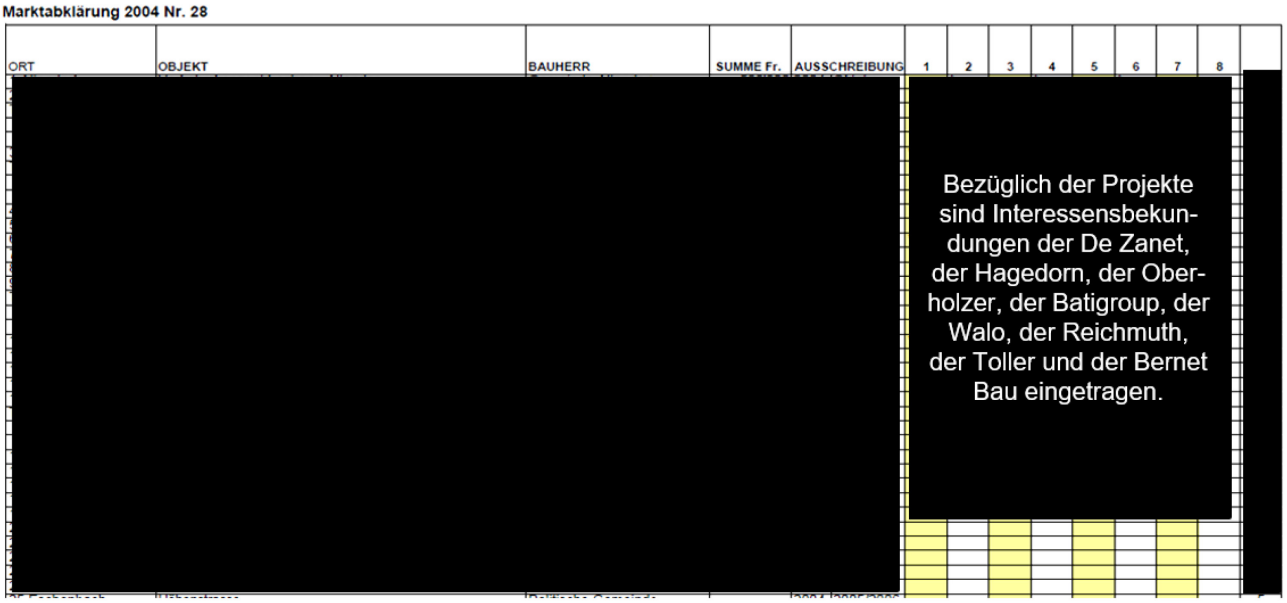
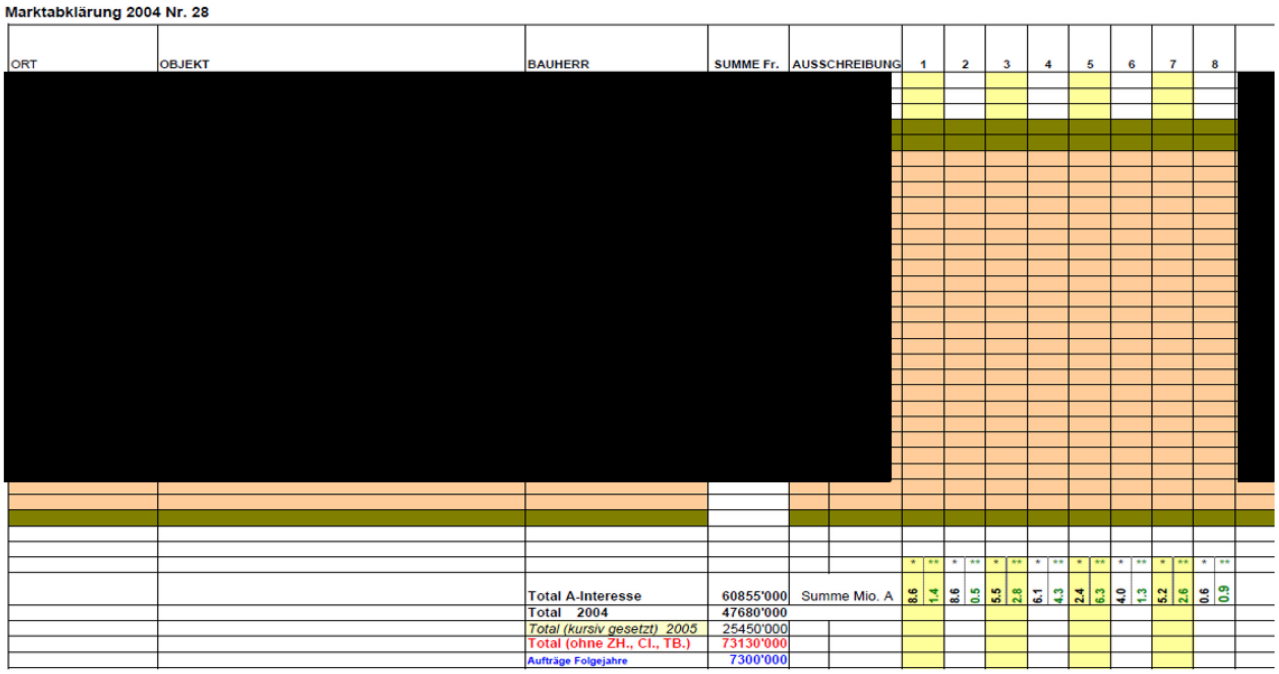


Abbildung 31: Auszug aus MA 2004_ 28, Act. n° [...]

544. Das Ende einer MA-Liste war ab 2004 immer folgendermassen gestaltet:



Marktabklärung 2004 Nr. 28

ORT	OBJEKT	BAUHERR	SUMME Fr.	AUSSCHREIBUNG	1	2	3	4	5	6	7	8
[redacted]												
		Total A-Interesse	60855'000	Summe Mio. A	8.6 1.4	8.6 0.5	5.5 2.8	6.1 4.3	2.4 6.3	4.0 1.3	5.2 2.6	0.6 0.9
		Total 2004	47680'000									
		Total (kursiv gesetzt) 2005	25450'000									
		Total (ohne ZH., CI., TB.)	73130'000									
		Aufträge Folgejahre	7300'000									

Abbildung 32: Auszug aus MA 2004_ 28, Act. n° [...]

545. Wie die nachfolgende Abbildung zeigt, ist der Aufbau der MA-Listen mit demjenigen der Listen aus der Zeit vor 2004 («Submissionsprogramme») vergleichbar:

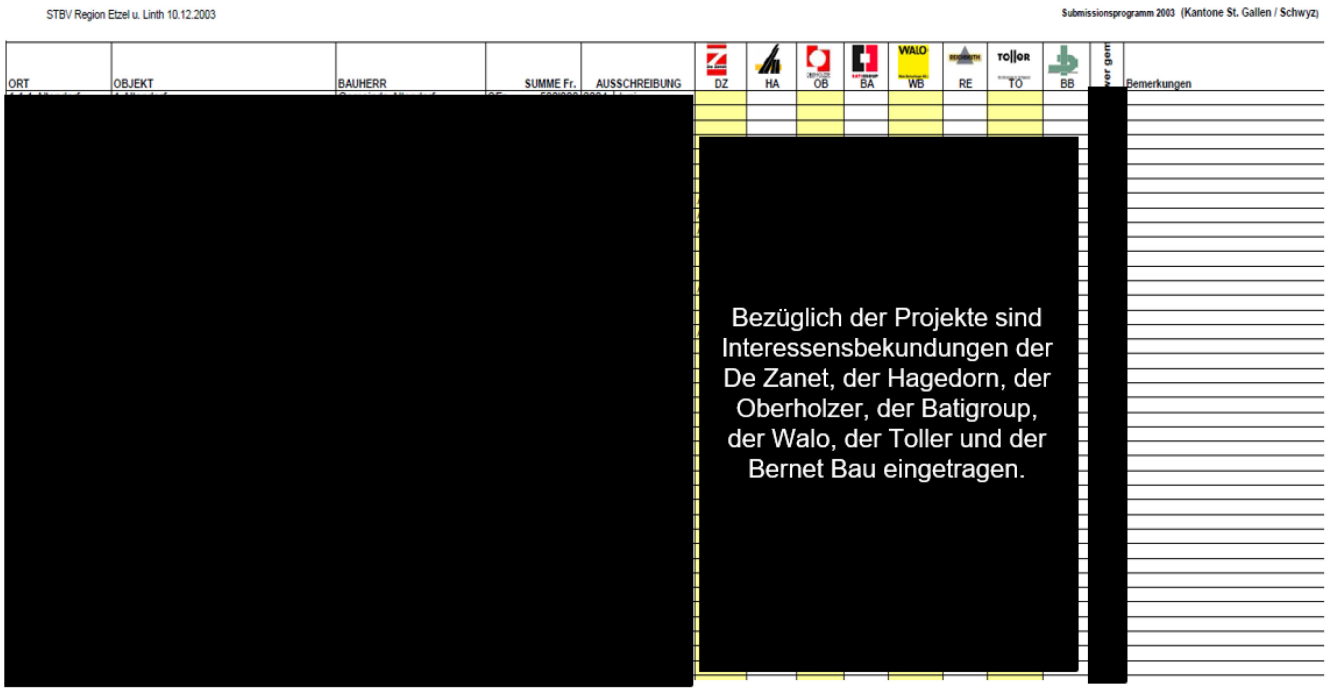


Abbildung 33: Auszug aus Submissionsprogramm 2003, Act. n° [...]

546. Gegenüber der Liste mit dem Titel «Submissionen 1994» (siehe oben Rz 262) wurden bei den späteren Listen im Wesentlichen nur die Spalten mit den Titeln «S» (steht für «Schutz», siehe oben Rz 189, 232) und «Auft. Erhalten» gestrichen. Weil die MA-Listen mit älteren Listen vergleichbar sind[657], kann bezüglich der Beschreibung der Zeilen und Spalten der MA-Listen ergänzend auf die oben gemachten Ausführungen zum Listeninhalt in der Zeit vor 2002 verwiesen werden (siehe oben Rz 265 ff.). Im Einzelnen gilt für den Inhalt der MA-Listen Folgendes:

[657] So auch die De Zanet, die Hagedorn sowie die Oberholzer; s. Act. n° [...].

547. Abhängig vom Erscheinungsjahr trugen die MA-Listen den Titel «Marktabklärung <Jahreszahl> Nr. <Kalenderwoche>». Damit kann jede MA-Liste aus den Jahren 2004 bis 2009 einer bestimmten Woche in dem jeweiligen Jahr zugeordnet werden. Die in Rz 542 abgebildete MA-Liste stammt z. B. aus der 28. Kalenderwoche des Jahres 2004.

548. Die MA-Listen waren ab Anfang 2006 in 17 Spalten eingeteilt. Davon sind die ersten sechs Spalten «projektbezogen» und enthalten gewisse Eckdaten von in die jeweilige MA-Liste aufgenommenen Projekten. Genannt ist der «Ort» der Durchführung (z. B. [Gemeinde L im Bezirk See-Gaster]), die genauere Beschreibung des Projekts in der Spalte «Objekt» (z. B. «Sanierung [X-Strasse]»), der «Bauherr» (z. B. «Politische Gemeinde»), der geschätzte Wert des Projekts in CHF (z. B. «500‘000»), das Ausschreibungsjahr sowie – sofern schon bekannt – die Eingabefrist.

549. Die siebte und die achte Spalte waren mit «ÖFFENTLICH» und «Einladung» überschrieben. In ihnen konnte die eingetragen werden, wenn das jeweilige Projekt öffentlich ausgeschrieben (offenes Verfahren) wurde oder im Einladungsverfahren vergeben wurde.

550. Die Spalten 9–16 waren mit den Kennziffern der Unternehmen (zu den Kennziffern siehe Rz 285 ff.) überschrieben. Wie bereits erläutert, waren die beteiligten Unternehmen auf den Submissionsprogrammen der Jahre 2002 und 2003[658] noch mit Abkürzungen und teilweise noch mit Firmenlogo aufgeführt (Rz 287 f.). Die Firmenlogos wurden in den Listen ab dem Jahr 2005 nicht mehr verwendet, sondern durch die Kennziffern ersetzt. Die Walo vermutet, dass dies geschehen sei, weil die Unternehmen Angst gehabt hätten, dass die Listen mit den Firmenlogos in falsche Hände gelangen könnten[659]. In den Spalten 9–16 wurde in der entsprechenden Unternehmensspalte vermerkt, wenn ein Unternehmen bezüglich eines Projekts ein Interesse geltend gemacht hat.[660] Dabei wurden zwei Sterne eingetragen, wenn ein besonders grosses Interesse an dem Projekt bestand. Nur ein Stern wurde bei einem kleineren Interesse eingetragen (siehe dazu unten Rz 575 ff.).

551. In der letzten Spalte der Marktabklärungsliste ist die Kennziffer eines Unternehmens (1–8) aufgeführt. Gemäss der Implenia stehe in dieser Spalte die Nummer desjenigen Unternehmens, welches für die Koordination zuständig sei und sich den Schutz von den anderen Unternehmen organisieren müsse.[661] Gemäss der Walo stehe in dieser Spalte die Nummer des Unternehmens, welches das Projekt für die Marktabklärungsliste gemeldet bzw. die Informationen zu dem Projekt geliefert habe.[662] Da bei den älteren Listen die letzte Spalte mit «Wer gemeldet» bzw. «wer gem» überschrieben war, ist die Erklärung der Walo in beweismässiger Hinsicht überzeugender als diejenige der Implenia. Zudem wurde von mehreren Parteien im Fragebogen II bestätigt, dass in der letzten Spalte dasjenige Unternehmen aufgeführt war, welches das Projekt für die MA-Liste gemeldet hat.[663] Damit ist anzunehmen, dass aus der letzten Spalte vorrangig hervorgeht, welches Unternehmen das Projekt für die MA-Liste gemeldet hat. Der Implenia ist bezüglich der Bedeutung der letzten Spalte aber insoweit zuzustimmen, als häufig das Unternehmen, welches das Projekt gemeldet hat, auch (mit) das höchste Interesse[664] an diesem hatte und sich daher häufig zugleich auch den Schutz von anderen Unternehmen – an separaten Sitzungen oder per Telefon – organisieren musste. Denn soweit auf den MA-Listen ein Interesse vermerkt ist und das betreffende Projekt identifiziert worden ist, hat die statistische Analyse gezeigt, dass in etwa 75 % der Fälle das meldende Unternehmen ein Interesse an dem Projekt hatte sowie dass in etwa 48 % der Fälle das meldende Unternehmen das Projekt gewonnen hat.[665]

552. Die Mehrzahl der Zeilen der MA-Listen enthält jeweils Informationen zu einem bestimmten Projekt. Die Projekte waren dabei geografisch nach Orten geordnet (z. B. «[Gemeinde B im Bezirk March]», «[Gemeinde O im Bezirk See-Gaster]» oder «[Gemeinde L im Bezirk See-Gaster]»). Pro Ort wurde der geschätzte Gesamtauftragswert aufgeführt (z. B. «Total [Gemeinde B im Bezirk March]» etc.). Am Ende der MA-Listen waren teilweise auch Projekte aus anderen Gebieten aufgeführt, welche farblich herausgehoben waren (siehe z. B. oben Rz 544).

553. Darüber hinaus enthielten die MA-Listen an ihrem Ende ausserdem Zeilen betreffend den Wert der von den Unternehmen jeweils geltend gemachten Interessen sowie bestimmte Gesamtwerte (vgl. die Abbildung in Rz 544). Welche Bedeutung diese Zeilen für die acht Unternehmen und die Zusammenarbeit gehabt haben, wird an anderer Stelle behandelt (siehe unten Rz 584 ff.).

b. Meldung von Projekten für die MA-Listen bei der De Zanet

554. Gemäss Aussagen von verschiedenen Parteien sowie der De Zanet selbst war die Firma De Zanet für die Erstellung, Aktualisierung und den Versand der MA-Listen zuständig.[666] Es habe keinen besonderen Grund gegeben, weshalb dies die Firma De Zanet übernommen habe. Gemäss der De Zanet habe ihr Sekretariat das Führen der MA-Listen übernommen, weil ihr Sekretariat «dies gut konnte».[667] Die Führung und Versendung der MA-Listen hätte genauso gut eine andere Firma übernehmen können.[668] In beweismässiger Hinsicht ist also erstellt, dass die De Zanet die MA-Listen im gerade genannten Sinne verwaltete.

555. In beweismässiger Hinsicht ist auch erstellt, dass die acht Unternehmen jeweils für verschiedene öffentliche Stellen (Kantone und Gemeinden), Ingenieursbüros und sonstige Stellen innerhalb des Gebiets See-Gaster, March und Höfe zuständig waren, welche als Auftraggeber in Betracht kamen. Bei diesen Stellen sollten die Unternehmen abklären, welche Projekte künftig ausge-

[658] Act. n° [...].
[659] Act. n° [...].
[660] Act. n° [...].
[661] Act. n° [...].
[662] […].
[663] Vgl. Fragebogen II Frage 22a (RE, HA, DZ, OB).
[664] «Mit» das höchste Interesse bedeutet, dass das Unternehmen, mit einem anderen Unternehmen zusammen das grösste Interesse geltend gemacht hat.
[665] Diese Zahlen ergeben sich aus der konsolidierten MAL.
[666] […].
[667] Act. n° [...].
[668] […].

schrieben würden und diese für die MA-Liste melden. Welches Unternehmen bei welcher Stelle bezüglich Bauprojekten anfragen sollte, war vorab festgelegt worden.

556. Die «Zuständigkeitsgebiete» der acht Unternehmen ergeben sich ebenfalls aus den Beweismitteln. Die Implenia gibt an, dass sie für die Meldung von Projekten aus den Gebieten [Gemeinde D im Bezirk March] und das Glarnerland bis [Gemeinde im Kanton Glarus] zuständig gewesen sei. Die Hagedorn habe Projekte aus [Gemeinde A im Bezirk Meilen], die De Zanet Projekte aus [Gemeinde L im Bezirk See-Gaster], die Reichmuth Projekte aus [Gemeinde D im Bezirk Höfe] und die Walo Projekte aus [Gemeinde C im Bezirk See-Gaster] melden sollen.[669] Die Walo hat selbst angegeben, dass sie ausserdem noch für Abklärungen im Gebiet [der Gemeinde D im Bezirk See-Gaster] zuständig gewesen sei.[670] Daneben liegen Urkundenbeweise vor, welche diese Darstellung stützen. So wurden bei der Toller Dokumente sichergestellt, aus denen die Zuständigkeit der Unternehmen für bestimmte Gebiete und Stellen hervorgeht (für die Jahre 2006, 2008[671] und 2009[672]). Vergleichbare Dokumente wurden ausserdem von der Selbstanzeigerin eingereicht (für die Jahre 2002[673], 2007, 2008[674] und 2009[675]).[676] Zur Illustration ist ein Auszug aus einem solchen Dokument nachfolgend abgebildet:

Vorgesehene Arbeiten im Bezirk See und Gaster 2009

Büro/Amt	Anfrage bei	Telefon-Nr.	Anfrage durch
Ing.-Büro	[redacted]	[redacted]	3
			3
			3
			1
			1
			1
			1
			1
			1
			1
			5
			5
			5
			5
			5
			2
			2
			4
			6
			6
			6
			6
			4
			4
GU			6
Gemeinden	[redacted]	[redacted]	8
			5
			4
			4
			4
			4
			4
			4
			5
			3
			3
			3
			7
			1
			1

Abbildung 34: Auszug aus Act. n° [...]

[669] Act. n° [...].
[670] Act. n° [...].
[671] Das Dokument «Vorgesehene Arbeiten im Gebiet See und Gaster 2007» aus Act. n° [...], S. 372 f., hat die De Zanet am 12. Dezember 2007 an die anderen Unternehmen versendet. Das Dokument nennt ausserdem als Meldetermin den 8. Februar 2008. Es ist daher anzunehmen, dass die Liste die Zuständigkeiten für das Jahr 2008 festlegt.
[672] Das Dokument «Vorgesehene Arbeiten im Gebiet See und Gaster 2009» hat die De Zanet zweimal versendet. Ende 2008 versendete sie an die anderen Unternehmen einen Entwurf (s. Act. n° [...], S. 436 ff.), welcher in einer endgültigen Version mündete (s. Act. n° [...], S. 452 ff.), die am 23. Januar 2009 versendet wurde.
[673] Act. n° [...]. Aus dem Dokument aus dem Jahr 2002 geht allerdings nicht hervor, wer für welche Gebiete und potentielle Auftragsstellen zuständig ist.
[674] Vgl. Fn 671.
[675] Siehe Anmerkung in Fn 672.
[676] Vgl. Act. n° [...].

557. Welches Unternehmen für die jeweiligen Stellen zuständig ist, ergibt sich in diesem Dokument aus der letzten Spalte. Welchem Unternehmen, welche Kennziffer zugeteilt ist, wurde bereits in den Rz 285 ff. geklärt. In beweismässiger Hinsicht ist damit erstellt, dass die Zuständigkeit für die Abklärung im Jahr 2009 folgendermassen aussah:

- Die De Zanet (Ziffer 1) war zuständig für einige Ingenieurbüros in [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster] sowie für die Gemeinden [Gemeinde J im Bezik See-Gaster], [Gemeinde M im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde O im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde L im Bezirk See-Gaster] und [Gemeinde N im Bezirk See-Gaster].
- Die Hagedorn (Ziffer 2) war zuständig für drei Ingenieursbüros in [Gemeinde P im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde E im Bezirk Höfe] und [Gemeinde A im Bezirk Horgen] und für [Region in der Grenzregion der Bezirke March und See-Gaster] sowie die Gemeinden [Gemeinde J im Bezirk March] und [Gemeinde B im Bezirk March].
- Die Oberholzer (Ziffer 3) war zuständig für drei Ingenieurbüros in [Gemeinde B im Bezirk See-Gaster] und [Gemeinde B im Wahlkreis Toggenburg] sowie für die Gemeinden [Gemeinde E im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde G im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde B im Bezirk See-Gaster] sowie die Strassenverwaltung [der Gemeinde A im Bezirk See-Gaster].
- Die Implenia (Ziffer 4) war zuständig für die […] [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster] und für die Gemeinden [Gemeinde C im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde F im Bezirk March], [Gemeinde D im Bezirk March], [Gemeinde E im Bezirk March], [Gemeinde K im Bezirk March], [Gemeinden G/H im Bezirk March], [Gemeinde A im Bezirk March] und [Gemeinde I im Bezirk March], den Kanton Schwyz und die Bezirke March und Höfe.
- Die Walo (Ziffer 5) war zuständig für Ingenieurbüros in [Gemeinde C im Bezirk See-Gaster] und [Gemeinde P im Bezirk See-Gaster] sowie für die Gemeinden [Gemeinde D im Bezirk See-Gaster] und [Gemeinden C-P im Bezirk See-Gaster], für den Kanton St. Gallen und das Baubüro […].
- Die Reichmuth (Ziffer 6) war zuständig für einige Ingenieurbüros in [Gemeinde A im Bezirk Höfe], [Gemeinde B im Bezirk March], [Gemeinde E im Bezirk Höfe] und für die Gemeinden [Gemeinde E im Bezirk Höfe], [Gemeinde C im Bezirk Höfe], [Gemeinden D/E im Bezirk Höfe] und [Gemeinde A im Bezirk Höfe].
- Die Toller (Ziffer 7) war zuständig für die Gemeinde [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster].
- Die Bernet Bau (Ziffer 8) war zuständig für die Gemeinden [Gemeinde H im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde I im Bezirk See-Gaster] und [ein Energieversorgungsunternehmen].

558. Mit Blick auf dieses Beweisstück sowie die vergleichbaren Dokumente aus den Jahren 2006 und 2007 kann angenommen werden, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen und der anderen Verfahrensparteien, soweit sie sich dazu geäussert haben, zutreffen und die grobe Aufteilung der Abklärungsgebiete und -stellen richtig wiedergeben. Damit ist es beweismässig erstellt, dass die Unternehmen in der Regel für solche Gebiete und Stellen zuständig waren, welche örtlich in der Nähe ihres Sitzes bzw. ihres Werkhofes lagen.

559. Die Walo hat des Weiteren ausgesagt, dass die Unternehmen Informationen über alle anstehenden Projekte zu melden hatten, welche ihnen «zu Ohren kamen». Etwas anderes wird von den anderen Verfahrensparteien nicht behauptet. Zudem ist den Urkundenbeweisen zu entnehmen, dass die Unternehmen tatsächlich auch solche Projekte gemeldet haben, welche nicht ihrem Zuständigkeitsbereich zugeordnet waren.[677] Damit ist es als bewiesen anzusehen, dass auch solche Meldungen erfolgen sollten.

560. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Meldungen hat die Implenia angegeben, dass die Unternehmen vor allem zu Beginn eines Jahres die in den oben genannten Dokumenten aufgezählten Stellen (siehe oben Rz 556 f.) kontaktieren und die so zusammengetragenen Projekte für die MA-Liste sammeln sollten. Damit sollte zu Beginn des Jahres «im Sinne einer Marktbeobachtung» eine Übersicht über anstehende Projekte gewonnen werden. Die zu Beginn des Jahres zusammengestellte MA-Liste sei dann jeweils während des Jahres ergänzt worden.[678] Die anderen Parteien haben keine gegenteiligen Ausführungen gemacht. Zudem ergibt sich aus den in Rz 556 f. genannten Dokumenten, dass tatsächlich zu Beginn des Jahres eine «grosse» Meldung erfolgen sollte. Denn in diesen Dokumenten werden die sieben Unternehmen von der De Zanet aufgefordert, die Abklärungsergebnisse per Fax bis zu einem bestimmten Termin Anfang des Jahres zu versenden («An De Zanet AG per FAX … bis spätestens 06.02.2009»). Dass die MA-Listen darüber hinaus kontinuierlich zu ergänzen waren, ergibt sich schon aus ihrem Zweck, eine permanente Marktübersicht zu haben. Dementsprechend zeigt sich mit Blick auf die Gesamtheit der MA-Listen, dass diese kontinuierlich um aktuelle Projekte, teilweise aber auch um Projekte, welche erst in ferner Zukunft ausgeschrieben werden, ergänzt wurden. Eine MA-Liste konnte dabei so aktuell sein, dass ein Projekt nur ein einziges Mal auf einer MA-Liste aufgeführt war und auf der zeitlich danach erstellten MA-Liste schon nicht mehr aufgeführt war, weil die Eingabefrist bereits abgelaufen war – z. B. sind Nr. 36–37 auf MA 2008_50 und Nr. 24–29 der MA 2009_19 auf der MA 2009_04 sowie der MA 2009_22 nicht mehr aufgeführt. Es ist damit rechtsgenüglich erstellt, dass die Unternehmen die Pflicht hatten, zu Beginn eines Jahres und dann im Laufe des Jahres, künftig ausgeschriebene Bauprojekte entsprechend der Zuständigkeitsbereiche für die Listen zu melden.

561. Aus den Beweismitteln geht hervor, dass die Unternehmen der Meldepflicht in unterschiedlichem Umfang nachgekommen sind. Die Toller hat zum Beispiel ausgesagt, sie habe «Probleme» bekommen, weil sie der Meldungspflicht «nicht richtig» nachgekommen sei[679]. Auch die Walo hat ausgesagt, dass man bisweilen

[677] Vgl. alle MA-Listen in […].
[678] Act. n° [...].
[679] Vgl. Act. n° [...].

bestimmte Projekte entgegen den Festlegungen nicht gemeldet habe, z. B. weil das Projekt im Einladungsverfahren vergeben wurde und man sich ohnehin nur mit den eingeladenen Unternehmen besprechen wollte[680]. Weiter ist auch erwiesen, dass sich die Reichmuth im Jahr 2008 häufig mit den anderen Unternehmen koordinierte, die betroffenen Projekte aber nicht für die MA-Listen meldete.[681] Des Weiteren geht aus den MA-Listen hervor, dass im Jahr 2009 lediglich die De Zanet, die Hagedorn, die Implenia und die Walo neue Projekte für die MA-Listen gemeldet haben. Die anderen Unternehmen haben laut den MA-Listen dagegen schon früher keine Projekte mehr gemeldet: Die Bernet Bau zuletzt Anfang 2008 (Projekte in [Gemeinde O im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde G im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde D im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde H im Bezirk See-Gaster] [Gemeinde I im Bezirk See-Gaster] und [Teil der Gemeinde H im Bezirk See-Gaster], Nr. 7, 19, 20, 24, 43, 44, 70, 71 und 97 der MA 2008_10), die Oberholzer zuletzt im Jahr 2006 (Projekte in [Gemeinde B im Bezirk See-Gaster], Nr. 98–102 der MA 2006_14), die Reichmuth zuletzt im Jahr 2005 (Projekt in [Gemeinde B im Bezirk March, Nr. 7 auf der MA 2005_10) und die Toller zuletzt Anfang 2004 (Projekt in [Gemeinde P im Bezirk See-Gaster], Nr. 58 auf der MA 2004_20[682]).

562. Wiederholt sei, dass der Umstand, dass einige Unternehmen weniger Projekte gemeldet haben, kein Beweis für eine reduzierte Teilnahme an den Treffen oder gar für eine Einstellung der Zusammenarbeit darstellt. Denn es liegen zahlreiche Beweismittel vor, die zeigen, dass alle Unternehmen bis Mitte 2009 an den MA-Sitzungen waren (siehe dazu oben Rz 378 ff.) und sich bis zu diesem Zeitpunkt an der Koordinierung betreffend einzelne Strassen- und Tiefbauprojekte im Gebiete See-Gaster, March und Höfe beteiligt haben (siehe unten Rz 674 ff). Das geringere Ausmass der Meldungen durch kleinere Unternehmen wie die Reichmuth oder die Toller lässt sich ohnehin auch dadurch erklären, dass die Zuständigkeitsbereiche von Toller und der Reichmuth für die Marktabklärung laut der in den Rz 556 f. genannten Dokumenten vergleichsweise klein waren. So war die Toller im Jahr 2009 z. B. lediglich für die Abklärung bei der Gemeinde [A im Bezirk See-Gaster], nicht aber für die Abklärung bei Ingenieursbüros zuständig; die Bernet Bau war lediglich zuständig für die Gemeinden [Gemeinde H im Bezirk See-Gaster] und [Gemeinde I im Bezirk See-Gaster] sowie die […].[683] Zudem fehlten Projekte aus den Gebieten, für die die Toller, die Oberholzer, die Reichmuth oder die Bernet Bau deshalb nicht auf den MA-Listen, weil die jeweils anderen sieben Unternehmen Projekte aus diesen Gebieten meldeten. So zeigen die MA-Listen, dass z. B. die De Zanet, die Implenia, die Walo und die Bernet Bau den Zuständigkeitsbereich der Oberholzer (insbesondere [Gemeinde G im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde E im Bezirk See-Gaster], [Gemeinde B im Bezirk See-Gaster]), die De Zanet, die Hagedorn und die Implenia den Zuständigkeitsbereich der Reichmuth (insbesondere [Gemeinde B im Bezirk Höfe], [Gemeinde C im Bezirk Höfe], [Gemeinden D/E im Bezirk Höfe] und [Gemeinde A im Bezirk Höfe]), die De Zanet, die Implenia, die Walo und die Bernet Bau den Zuständigkeitsbereich der Toller (Gemeinde A im Bezirk See-Gaster]) und die De Zanet und die Walo den Zuständigkeitsbereich der Bernet Bau (insbesondere Gemeinden [H im Bezirk See-Gaster] und [Gemeide I im Bezirk See-Gaster]) abdeckten und aus diesem Projekte meldeten.

563. Auf welchem Weg die sieben Unternehmen der De Zanet die Projekte übermittelten, konnte nur zum Teil geklärt werden. Die Meldung zu Anfang des Jahres erfolgte per Fax. Wie die im Laufe des Jahres ergänzten Projekte übermittelt wurden, ist allerdings unklar geblieben, da keinerlei Beweise dafür gefunden wurden, dass die Meldungen per E-Mail oder per Fax erfolgten. Mit Blick auf die eigenen Aussagen der De Zanet, die Gesamtheit aller MA-Listen sowie die Einladungs- und Absage-E-Mails ist allerdings bewiesen, dass die De Zanet die gemeldeten Projekte auf die jeweils aktuelle MA-Liste aufnahm und die so aktualisierte MA-Liste vor einem Treffen mit der Einladung zu den MA-Sitzungen versandte (siehe insbesondere oben Rz 310).

564. Zusammenfassend ist bewiesen, dass die De Zanet für die Erstellung, Aktualisierung und den Versand der MA-Listen zuständig war. Alle acht Unternehmen hatten nach den Regeln der Zusammenarbeit für diese Listen insbesondere Strassen- und Tiefbauprojekte aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe zu melden, wobei sie jeweils für die Abklärung in bestimmten Gebiete und bei bestimmten potenziellen Auftraggebern zuständig waren. Alle acht Unternehmen kamen der Abklärungspflicht nach, wobei allerdings Unterschiede bezüglich des Umfangs der gemeldeten Projekte bestanden. Da aber jeweils andere Unternehmen Bauprojekte aus Gebieten meldeten, für die eigentlich eines der anderen sieben Unternehmen zuständig war, gab die jeweils aktuelle MA-Liste den acht Unternehmen einen umfassenden Überblick über die (öffentliche) Nachfrage nach Strassen- und Tiefbauarbeiten in den Gebieten See-Gaster, March und Höfe. Die von den Unternehmen gemeldeten Projekte wurden von der De Zanet auf die MA-Liste aufgenommen, welche von ihr zusammen mit der Einladung an die anderen sieben Unternehmen versandt wurde.

c. Art, Anzahl und Wert der Bauprojekte auf den MA-Listen und den Submissionsprogrammen

565. Im Folgenden werden Art und Wert der Bauprojekte beschrieben, welche auf den MA-Listen aufgeführt waren. Wie bereits erläutert, sollten die acht Unternehmen jeweils bei bestimmten öffentlichen Stellen (Kantone und Gemeinden), Ingenieurbüros und sonstige Stellen innerhalb des Gebiets See-Gaster, March und Höfe künftig ausgeschriebene Projekte erfragen, welche für auf die MA-Listen aufgenommen werden konnten (siehe oben Rz 554 ff.). Der vordergründige Zweck dieser Abklärung war es laut der Unternehmen, einen aktuellen Marktüberblick (aktuelle Nachfragesituation und Interessenslage potentieller Konkurrenten) zu haben. So führten z. B. die De Zanet und die Hagedorn aus, dass mit der MA-

[680] Act. n° [...].
[681] Vgl. Fn 568.
[682] Auf dem Submissionsprogramm mit Stand vom 10. Dezember 2003 ist noch keine Meldung für [Gemeinde X] von Toller vorhanden; vgl. Act. n° [...].
[683] Vgl. Act. n° [...].

Liste untersucht werden sollte, was auf den Markt komme und was auf dem Markt passiere. Die Unternehmen hätten mit den Listen versucht, das Marktvolumen frühzeitig einzuschätzen.[684] Vergleichbares erläutern die Oberholzer[685], Implenia[686], die Walo[687], die Reichmuth[688] und die Toller[689].

566. Daraus folgt, dass die Unternehmen nur solche Bauprojekte auf die MA-Listen genommen haben können, welche *alle* acht Unternehmen aufgrund ihrer Art grundsätzlich auszuführen vermögen. Denn nur bezüglich solcher Projekte konnten auch *alle* acht Unternehmen ein gemeinsames Marktabklärungsinteresse haben und in einer (theoretischen) Konkurrenzsituation zueinander stehen. Gemeinsam war und ist den acht Unternehmen, dass sie Strassen- und Tiefbauleistungen in den Gebieten See-Gaster, March und Höfe anboten und anbieten. Dementsprechend müssen Gegenstand der gemeinsamen Marktabklärung Strassen- und Tiefbauprojekte in den genannten Gebieten gewesen sein.

567. Dementsprechend haben auch die acht Unternehmen aufgeführt, dass auf den MA-Listen hauptsächlich Strassen- und Tiefbauprojekte aufgeführt waren.[690] Die Unternehmen haben dabei die Begriffe «Strassenbau» und «Tiefbau» nur bedingt weiter erläutert. Mit Blick auf die NPK 222 und 223 ist anzunehmen, dass der Strassenbau den Entwurf, die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr umfasst. Dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Pflästerung und Asphaltarbeiten) sowie der Bau von Entwässerungsanlagen und Böschungsbefestigungen. Der Tiefbau befasst sich demgegenüber mit dem Entwurf, der Herstellung und dem Erhalt von Bauwerken, die an oder unter der Erdoberfläche bzw. unter Verkehrswegen liegen (z. B. Kanalisation, Kabel- und/oder Rohrverlegung). Soweit dies angesichts der Menge der auf den MA-Listen geführten Bauprojekte sowie der zu den Projekten vorhandenen Informationen überhaupt festgestellt werden kann, sind auf den MA-Listen sowohl reine Strassenbauprojekte geführt als auch Projekte genannt, bei denen auch Tiefbauarbeiten zu erledigen waren (z. B. Erneuerung der Kanalisation unter einer Strasse). Im Einzelfall enthalten die MA-Listen auch reine Tiefbauprojekte (ohne jeglichen Belagsabschluss).

568. Die Selbstanzeigerinnen schätzen, dass der Anteil der Projekte auf den MA-Listen, welche nur von Belagsbaufirmen offeriert werden können, weil es einer Belagsarbeit bedurfte, zwischen 60 und 80 % lag.[691] Dies wird durch die statistische Analyse des Sekretariats bestätigt. Danach waren mindestens 65 % der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte, welche mit Hilfe des Datensatzes Offertöffnungsprotokolle identifiziert werden konnten (insgesamt rund 200 Projekte), Projekte, im Rahmen deren (auch) Strassenbauarbeiten anfielen (siehe Tabelle 2). Damit ist es bewiesen, dass mindestens 65 % der auf den Listen aufgeführten Projekte Strassen- und Tiefbauprojekte waren, bei denen Strassenbauarbeiten anfielen.

	Anzahl Submissionen	**Prozent**	**Volumen**	**Prozent**
Strassenbau	83	40 %	33.5	26 %
Strassen- und Tiefbau	52	25 %	60.6	47 %
Tiefbau	70	34 %	33.9	26 %
Total	**205**[692]		**128**[693]	

Tabelle 2: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Arbeitstyp

569. […][694] […].[695]

570. Strassen- und Tiefbauarbeiten können von privaten und öffentlichen Bauherren nachgefragt werden. Auf den MA-Listen finden sich vor allem von öffentlichen Bauherren nachgefragte Strassen- und Tiefbauarbeiten. Dies bedeutet nicht, dass die Unternehmen nicht hinsichtlich privater Strassen- und Tiefbauprojekte zusammenarbeiteten. Denn hier erfolgte eine Zusammenarbeit im Rahmen der EO-Listen, weil private Bauherren in der Regel eine Eigenofferte bei einem Bauunternehmen anfragen (siehe dazu unten Rz 864 ff).

571. Im Rahmen der jeweils geltenden vergaberechtlichen Vorgaben konnten die öffentlichen Bauaufträge im offenen Verfahren, im Einladungsverfahren sowie im freihändigen Verfahren vergeben werden. Nach den Erkenntnissen der Wettbewerbsbehörden meldeten die

[684] […].
[685] Act. n° [...].
[686] Act. n° [...].
[687] Act. n° [...].
[688] […].
[689] […].
[690] Z. B. […].
[691] Act. n° [...]; Act. n° [...].
[692] Einige identifizierte Projekte der MAL beziehen sich auf mehrere im DOP enthaltenen Ausschreibungen. Deshalb ist die Anzahl von DOP Ausschreibungen (205) leicht höher als die Anzahl der identifizierten Projekte der MAL (197).
[693] Das Gesamtvolumen der identifizierten Ausschreibungen im DOP (128.1) ist etwa 1 Mio. kleiner als das gesamte Volumen der identifizierten Projekte in der MAL (129.1). Dieser Unterschied ist minimal (0.8%) und lässt sich dadurch erklären, dass für gewisse identifizierte Projekte aus der MAL nicht immer die gleiche Eingabesumme wie diejenige aus dem DOP berücksichtigt wurde.
[694] […].
[695] Siehe Act. n° [...].

acht Unternehmen sowohl Projekte, welche im offenen Verfahren ausgeschrieben wurden, als auch solche, die nach den anderen beiden Verfahrensarten vergeben wurden. Das Sekretariat konnte mit Hilfe der Offerteröffnungsprotokolle betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekte in den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe für rund 200 MAL-Projekte mit einem Auftragswert von rund CHF 129 Mio. klären, nach welchem Vergabeverfahren auf den MA-Listen aufgeführte Projekte vergeben worden waren: Von diesen Projekten waren 82 Projekte mit einem Gesamtwert von über CHF 100 Mio. im offenen Verfahren ausgeschrieben, bei mindestens ebenso vielen Projekten mit einem Gesamtwert von etwa CHF 20 Mio. wurde auf das Einladungsverfahren zurückgegriffen und bei 39 Projekten mit einem Wert von etwa CHF 4 Mio. hat die Vergabestelle das Projekt im freihändigen Verfahren vergeben (siehe dazu auch unten Tabelle 18).

572. Dass Strassen- und Tiefbauprojekte erst ab einem bestimmten Auftragswert auf die MA-Listen aufgenommen werden sollten, konnte nicht festgestellt werden. Den Selbstanzeigerinnen ist eine solche Untergrenze nicht bekannt.[696] Auch die anderen Unternehmen haben – soweit sie sich dazu geäussert haben – eine derartige Grenze nicht erwähnt. Vergleichbares gilt für eine Obergrenze. Diesbezüglich wies eine Selbstanzeigerin jedoch darauf hin, dass ab einem bestimmten Auftragswert das Interesse von «externen» Unternehmen stiege und daher mit einer verschärften Konkurrenzsituation zu rechnen gewesen sei. Eine Zuteilung sei bei solchen Konstellationen folglich ohnehin wenig erfolgsversprechend gewesen.[697]

573. Der tatsächliche Wert für alle auf den MA-Listen aufgeführten Projekte kann nicht berechnet werden, weil nicht betreffend alle Projekte ein Betrag eingetragen worden ist bzw. nicht betreffend alle Projekte der Gewinner und die Gewinnerofferte ermittelt werden konnten und zudem viele Projekte auf mehreren MA-Listen – im Einzelfall gar mit wechselnder Bezeichnung – geführt sind. Das Sekretariat hat für die statistische Analyse jedoch hinsichtlich über 390 Projekten, welche auf den MA-Listen aufgeführt waren, den Gewinner ermitteln können und diese Projekte im Datensatz «berücksichtigte Projekte» zusammengefasst (siehe dazu vertiefend: Rz 769 ff.). In diesem Datensatz befinden sich über 390 Projekte im Wert von rund CHF 200 Mio. Von diesen konnten über 200 Projekte im Wert von etwa CHF 125 Mio. auch mit Hilfe des Datensatzes Offertöffnungsprotokolle identifiziert werden, d.h., die betreffenden Projekte konnten einer konkreten Vergabeentscheidung einer Gemeinde oder eines Kantons für Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten in den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe in den Jahren 2004 bis 2009 zugeordnet werden. Da die genannten Stellen in den Jahren 2004 bis und mit 2009 Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten im Wert von etwa CHF 170 Mio.[698] nachgefragt haben, zeigt dies, dass etwa 75 % des Wertes der Nachfrage der Gemeinden und Kantone nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen in den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe in den Jahren 2004 bis 2009 in den MA-Listen enthalten war.

d. Dokumentation der Bekundung von Interessen an konkreten auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekten

574. Wie bereits erläutert, sind an den MA-Sitzung unter dem Traktandum Marktabklärung die MA-Listen, die zuvor im Anhang der Einladungs-E-Mail den acht Unternehmen übersandt worden waren, besprochen worden (siehe oben Rz 369 ff.). Dabei konnten die acht an den MA-Sitzungen teilnehmenden Unternehmen entsprechend des vordergründigen Zwecks der MA-Listen, einen Marktüberblick inklusive der Interessenslage von potentiellen Konkurrenten zu gewinnen, hinsichtlich der auf den (MA-)Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe – vor Ablauf der Eingabefrist – jeweils ein Interesse an der Durchführung von Projekten anmelden. Da dies alle acht Unternehmen übereinstimmend angegeben haben, ist eine entsprechende Regel als bewiesen anzusehen.

575. Mit Blick auf die vorliegenden Submissionsprogramme und MA-Listen[699] sowie die Aussagen aller acht Unternehmen ist es weiter als bewiesen anzusehen, dass die teilnehmenden acht Unternehmen sich bezüglich der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte folgendermassen verhalten konnten: Ein Unternehmen konnte bezüglich eines aufgeführten Projekts gar kein Interesse geltend machen oder aber eine Interessensbekundung abgeben. Dabei bestanden zwei Möglichkeiten: Das Unternehmen konnte «ein besonders» grosses Interesse mittels zweier Sterne («**») geltend machen oder ein kleineres Interesse mittels eines Sterns («*») anmelden. Die anfängliche Erklärung der De Zanet, dass man mit zwei Sternen geltend machte, dass ein Unternehmen zwei statt einen ARGE-Partner brauche,[700] wiederholten die Vertreter der De Zanet nicht. Mit Blick auf die sonstigen Beweismittel ist diese Behauptung demnach als Schutzbehauptung zu qualifizieren.

576. Aus den Urkundenbeweisen und teilweise auch aus den Äusserungen der Unternehmensvertreter geht weiter hervor, dass jedenfalls in der Zeit von Anfang 2002 bis 2004 ein besonders grosses Interesse noch mittels «A*» geltend gemacht werden konnte.[701] Wenn ein kleineres Interesse bestand, dann wurde ein «A» bzw. teilweise auch noch ein «B» in die Listen eingetragen. Diese Form der Interessensbekundung entspricht der Art und Weise, wie die Unternehmen vor 2002 vorgingen (siehe oben Rz 267 f.). Die jeweilige «Unternehmensspalte» blieb in der Liste dagegen leer, wenn – was indes in der Regel nicht vorkam – gar kein Interesse geltend gemacht wurde oder aber wenn ein Interesse an der letzten MA-Sitzung vor Ende der Ausschreibungsfrist geltend gemacht worden war (siehe zu letzterem Fall Rz 350 ff.).

[696] Act. n° [...].
[697] Act. n° [...].
[698] Vgl. Act. n° [...].
[699] […].
[700] Siehe Act. n° [...].
[701] […].

577. Im letztgenannten Fall wurde die Interessensbekundung nicht in den Listen dokumentiert, weil ein Aufzeigen von Interessen nach Ablauf der Eingabefrist funktionslos wäre. Insbesondere in den Jahren 2007 bis 2009 machten die Unternehmen Interessen hinsichtlich ganz aktueller Projekte vermehrt in der letzten MA-Sitzung vor Ablauf der Eingabefrist geltend. Dies ist daraus zu folgern, dass sich in den MA-Listen aus den Jahren 2007 bis 2009 nicht mehr im selben Umfang Interessensbekundungen wie in der Zeit vor 2007 finden. Dieser Umstand bedeutet nicht, dass weniger Interessen geltend gemacht wurden. Denn es ist bewiesen, dass die Unternehmen grundsätzlich hinsichtlich jedes aktuell werdenden Strassen- und/oder Tiefbauprojekts aus dem Untersuchungsgebiet Interessen geltend gemacht haben (siehe oben Rz 350 ff.), dass sich die Unternehmen bis Mitte 2009 einzelne Projekte gegenseitig zugeteilt haben (siehe unten Rz 701 ff.) und dass eine Verhaltensänderung in Bezug auf die Preissetzung erst nach dem Jahr 2009 eintrat. Die «leereren» MA-Listen zeigen damit nicht, dass keinerlei Interessen mehr geltend gemacht wurden. Sie beweisen nur, dass die Interessensbekundungen nicht mehr im selben Umfang in den MA-Listen dokumentiert wurden und dass die Interessen erst an der letzten MA-Sitzung vor Ablauf der Eingabefrist geltend gemacht wurden.

578. Der Zeitpunkt, wann die Unternehmen Interessen geltend machen konnten, ist denn auch unbestritten. So haben einige Unternehmen explizit ausgesagt, dass die Interessensbekundung im gesamten Zeitraum ab dem erstmaligen Auftauchen eines Projekts auf der Liste bis zur letzten MA-Sitzung unmittelbar vor Ablauf einer konkreten Eingabefrist möglich gewesen sei. Die dokumentierte Interessenslage habe sich daher – auch abhängig davon, wie lange ein Projekt insgesamt auf den MA-Listen aufgeführt war – mehrfach ändern können.[702] Diese Angaben sind glaubhaft und mit den vorliegenden MA-Listen vereinbar.

579. Des Weiteren ist es als bewiesen anzusehen, dass die Interessensbekundungen durch die Unternehmensvertreter ausschliesslich an stattfindenden MA-Sitzungen abgegeben wurden und die De Zanet nicht von sich aus angebliche Interessen eines anderen Unternehmens ohne oder gegen dessen Willen in die MA-Listen eingetragen hat (siehe auch oben Rz 345 ff.). Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass die Unternehmen sich gegenseitig an den MA-Sitzungen bei der Interessensbekundung vertreten haben.[703] [Vertreter der Implenia] von der Implenia hat dementsprechend angegeben, dass ihm kein Fall bekannt sei, in dem sich eines der acht Unternehmen von einem anderen an der MA-Sitzung teilnehmenden Unternehmen habe vertreten lassen.[704] Selbst die Bernet Bau, welche bis Ende 2009 Tochtergesellschaft der Hagedorn war, hat angegeben, dass sie sich nicht von [Vertreter der Hagedorn] habe vertreten lassen.[705] Darüber hinaus ist es nicht ersichtlich, dass die sieben Unternehmen Interessen telefonisch, per E-Mail oder per Fax bei der De Zanet geltend gemacht haben. Weder wurde dies von den acht Unternehmen behauptet, noch liegen Urkundenbeweise für eine derartige Interessensgeltendmachung vor.

580. Aus den vorliegen Submissionsprogrammen sowie den MA-Listen geht folglich hervor, dass die acht Unternehmen entsprechend ihrer Möglichkeit, in den MA-Sitzungen Interessen für bestimmte Strassen- und/oder Tiefbauprojekte in den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe geltend zu machen, an den MA-Sitzungen ihre Interessen mittels eines Sterns («*») oder zweier Sterne («**») bekundeten. Vor 2004 erfolgte die Interessensbekundung mittels Buchtstaben («A*», «A» oder auch noch mit «B»). Interessensbekundungen für Projekte, deren Eingabefrist für das betreffende Projekt vor der nächsten MA-Sitzung abgelaufen sein würde, sind in den Listen hingegen nicht dokumentiert.

581. Was die Unternehmen mit der Interessensbekundung bezweckten und welche Bedeutung zum Beispiel ein Interessenskonflikt hatte, wird in einem gesonderten Abschnitt dargelegt (siehe unten Rz 649 ff., 674 ff.).

e. Entsprechende Aktualisierung der Listen durch die De Zanet und Versand der aktualisierten Listen

582. Da die De Zanet für die Erstellung, die Aktualisierung und den Versand der MA-Listen und der Submissionsprogramme zuständig war (siehe oben Rz 554 m.w.N.), wurden die an den MA-Sitzungen bzw. Submissionsprogrammsitzungen geltend gemachten Interessen in der Regel von dem an der Sitzung anwesenden Vertreter der De Zanet aufgenommen.[706] Es ist weiter als bewiesen anzusehen, dass die De Zanet die Interessensbekundungen dann in ihre (elektronische) Version der Liste übertragen und vor dem nächsten Treffen eine entsprechend aktualisierte Version der MA-Liste bzw. des Submissionsprogramms – unter Änderung der Nummerierung der Liste – an Vertreter aller acht Unternehmen versandt hat. Betreffend die Empfänger der Einladungen an die MA-Sitzungen sowie der aktualisierten MA-Listen ist auf Rz 322 ff. verwiesen.[707]

583. Interessensbekundungen an MA-Sitzungen wurden lediglich dann nicht in die MA-Listen aufgenommen, welche an die sieben Unternehmen versendet worden sind, wenn die Eingabefrist des betreffenden Projekts vor der nächsten MA-Sitzung ablief (siehe oben Rz 350 ff.).[708]

f. Die Bedeutungen der Zeilen zu den «Total A-Interessen» sowie den Gesamtwerten

584. Am Ende jeder MA-Liste sind in den letzten fünf Zeilen jeweils bestimmte Gesamtwerte aufgeführt (siehe dazu exemplarisch die Abbildung in Rz 544). In den MA-Listen, welche den Wettbewerbsbehörden im Excel-Dateiformat vorliegen, finden sich in diesen Zeilen Zellenprogrammierungen, welche diese Gesamtwerte automatisch berechnen.[709]

[702] Siehe z. B. [Projekt], Rz 730 ff. Siehe auch Act. n° […].
[703] Act. n° [...].
[704] Act. n° [...].
[705] Act. n° [...].
[706] Vgl. etwa Act. n° [...].
[707] […].
[708] Vgl. Act. n° [...].
[709] Act. n° [...].

585. In der fünftletzten Zeile der MA-Listen findet sich stets eine Zeile zum «Total A-Interesse». Diesbezüglich gab es Zellenprogrammierungen, mit denen sich je Unternehmen der Wert der geltend gemachten Interessen berechnen liess. Soweit ersichtlich, wurde einem Unternehmen für ein kleines Einzelinteresse («*») der halbe Projektwert «in Rechnung gestellt». Hat ein Unternehmen ein grosses Interesse geltend gemacht («**»), so erhöhte sich der Wert seiner geltend gemachten Interessen um den vollen Projektwert. Diese Werte wurden in Millionen CHF angegeben und nach der ersten Stelle gerundet. Der Wert aller Interessensbekundungen wurden zum «Total A-Interesse» summiert. Zur Illustration ist nachfolgend ein Beispiel aus der MA 2008_14 abgebildet:

			*	**	*	**	*	**	*	**	*	**	*	**	*	**	*	**
Total A-Interesse	27'780'000	Summe Mio. A	3.3	9.5	4.1	1.6	0.7	1.0	3.9	0.6	1.2		0.1	0.3	0.1	1.2	0.3	
Total 2008	77'330'000																	
Total (kursiv gesetzt) 2009	21'930'000																	
Aufträge Folgejahre	1'500'000																	

Abbildung 35: Auszug aus Act. n° [...]

586. Der Gesamtwert aller Interessen konnte höher als der Gesamtwert der im laufenden Jahr ausgeschriebenen Projekte sein. Zurückzuführen ist dies zum einen darauf, dass sich mehrere Unternehmen für dasselbe Projekt interessieren konnten. Zum anderen wurde auch der Wert von Interessensbekundungen für Projekte, welche erst im Folgejahre ausgeschrieben wurden, miteinberechnet.

587. Mit den «Total A-Interessen»-Funktionen konnte verglichen werden, in welchem Umfang die acht Unternehmen Interessen an auf den MA-Listen aufgeführten Bauprojekten geltend gemacht haben. Laut Implenia würden die Summen am Ende der MA-Liste dementsprechend einen Versuch bilden, eine «faire» Verteilung der einzelnen Bauprojekte unter den involvierten Unternehmen zu ermöglichen.[710] Die Implenia selbst habe diesen Summen allerdings keine Bedeutung beigemessen, weil es für die faire Verteilung nicht darauf ankam, wie oft Interessen bekundet wurden, sondern wie oft schon effektiv Schutz beansprucht worden sei.[711] Wie bereits erläutert, seien dabei alle Unternehmen im Sinne einer Faustregel davon ausgegangen, dass jeder [nach neun bis zehn Schutzgewährungen wiederum Anrecht auf Schutz gehabt habe][712]. Vergleichbar äussert sich die Walo, welche an der Einvernahme angab, dass es sich eher um «Spielereien» gehandelt habe, welche jedenfalls von der Walo nicht berücksichtigt worden seien.[713] Inwiefern die anderen Unternehmen den Informationen eine Bedeutung beigemessen haben, kann mit Blick auf die Beweislage nicht geklärt werden. Insbesondere die De Zanet wollte die Funktion an den Einvernahmen nicht erläutern. Mit Blick darauf, dass ein Mitarbeiter der De Zanet die Zellenfunktionen in den letzten fünf Zeilen programmiert hat (siehe unten Rz 592 ff.), ist aber immerhin anzunehmen, dass die De Zanet die Zellenfunktionen entsprechend programmieren wollte.

588. Wegen der fehlenden Anhaltspunkte für die Berücksichtigung der Interessensverhältnisse bei der Zuteilung von Projekten ist als Beweisergebnis nur festzuhalten, dass versucht worden war, mit den Angaben in der fünftletzten Zeile eine «gerechte» Verteilung der Projekte zu ermöglichen. Wie schon vor 2002 gab es also auch bei den MA-Listen «nur», aber immerhin, Ansätze zur gerechten Verteilung von Projekten (betreffend die Zeit vor 2002 siehe Rz 271 ff.).

589. Weiter waren in den letzten vier Zeilen bestimmte Gesamtwerte aufgeführt. Die Bedeutung der letzten vier Zeilen wechselte dabei innerhalb des Jahres teilweise. Zu Beginn eines Jahres (siehe z. B. MA 2008_10 und MA 2009_04) war in der ersten Zeile unter der Zeile «Total A-Interesse» der Gesamtwert der Projekte des *Vorjahres* aufgeführt. Die Zeile darunter enthielt den Gesamtwert aller Projekte, welche (voraussichtlich) im laufenden Jahr vergeben werden sollten («Total (*kursiv gesetzt*) <Jahreszahl>»). Die darauffolgende Zeile enthielt stets die Summe aus den beiden vorangehenden Zeilen. Darunter war der Wert aller Aufträge des Folgejahres enthalten.

590. Im weiteren Verlauf des Jahres (siehe z. B. MA 2007_7 sowie MA 2008_12) wurde in der ersten Zeile unter der Zeile «Total A-Interesse» der Gesamtwert der Projekte des *laufenden* Jahres aufgeführt. Die Zeile darunter enthielt dann den Gesamtwert aller Projekte, welche (voraussichtlich) im darauffolgenden Jahr vergeben werden sollten («Total (*kursiv gesetzt*) <Jahreszahl>»). In der letzten Zeile waren dann nicht mehr Projekte des Folgejahres, sondern des übernächsten Jahres aufgeführt. Dasselbe führten die Zeilen in den MA-Listen auf, welche gegen Ende eines Jahres versendet wurden.

591. Die Steuerung des Wechsels der Bedeutung der Zeilen konnte der Excel-Anwender dadurch herbeiführen, dass der Wert bestimmter Projekte in Kursivschrift gesetzt wurde. Wenn der Excel-Anwender den Wert eines Projekts in der Zeile mit dem Titel «Total (*kursiv gesetzt*) <Jahreszahl>» mit einbeziehen wollte, so musste er den Wert dieses Projekts in der Excel-Tabelle in Kursivschrift setzen. Zu Beginn eines Jahres wurde dementsprechend der Wert der Projekte des laufenden Jahres in Kursivschrift gesetzt. Ab Mitte eines Jahres bis

[710] […].
[711] Act. n° [...].
[712] Act. n° [...].
[713] Act. n° [...].

zum Ende eines Jahres hat der Excel-Anwender dagegen den Wert von Projekten in Kursivschrift gesetzt, welche im darauffolgenden Jahr ausgeschrieben werden.

592. Laut der elektronischen Excel-Datei wurden die Zellenfunktionen in den letzten fünf Zeilen der Excel-Dateien im Sommer 2003 sowie im Januar 2004 von einer Person mit dem Kürzel «[…]» erstellt.[714] Nachdem die Vertreter der De Zanet zunächst behauptet haben, sie würden die Bedeutung der in der Zeile «Total A-Interesse» enthaltenen Informationen nicht kennen,[715] gestand [Vertreter der De Zanet] auf Vorhalt ein, dass er mit den Zellenfunktionen gearbeitet habe. Ausserdem gab er an, dass [...], ein ehemaliger Mitarbeiter der De Zanet, die Excel-Tabellen und die Zellenfunktionen auf Anweisung u. a. von ihm selbst erstellt habe.[716] Es ist daher anzunehmen, dass die Vertreter der De Zanet insbesondere die Bedeutung der fünftletzten Zeile («Total A-Interessen», siehe dazu oben Rz 587 f.) kannten.

g. Zwischenergebnis

593. Im Ergebnis ist bezüglich der MA-Listen und der Submissionsprogramme als Beweisergebnis Folgendes festzuhalten: Die Listen waren tabellarisch aufgebaute Listen, auf denen Bauprojekte aufgeführt waren. Bei den aufgeführten Bauprojekten handelte es sich in der Regel um Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, welche in den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe aktuell ausgeschrieben waren oder von denen die Unternehmen wussten, dass sie künftig ausgeschrieben werden würden. […]. Mehrheitlich waren auf den MA-Listen öffentliche Bauprojekte aufgeführt. Es kam aber auch vor, dass (grössere) Projekte genannt waren, welche von privaten Stellen ausgeschrieben wurden.

594. Hinsichtlich der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte konnten die acht Unternehmen an einer MA-Sitzung – vor Ablauf der Eingabefrist – Interessen geltend machen. Hat ein Unternehmen in einer MA-Sitzung bezüglich eines Projekts ein Interesse geltend gemacht, so war dies auf der vor dem nächsten Treffen versendeten aktualisierten MA-Liste in der jeweiligen Unternehmensspalte vermerkt. Nicht vermerkt war eine solche Interessenbekundung auf einer versendeten MA-Listen dann, wenn die Eingabefrist des betreffenden Projekts an der MA-Sitzung, an der die nachfolgende MA-Liste besprochen werden sollte, bereits abgelaufen sein würde (siehe auch oben Rz 350 ff.).

595. Die MA-Listen wurden von der De Zanet geführt und verwaltet. Dies bedeutet, dass die De Zanet die MA-Listen ständig aktualisierte, also neue Projekte aufnahm, Projekte strich und Interessensbekundungen dokumentierte. Die De Zanet versandte die jeweils aktualisierten MA-Listen jedenfalls vor denjenigen MA-Sitzungen, welche auch stattfanden, an Vertreter aller acht Unternehmen.

596. Die MA-Listen erlaubten einen Vergleich, in welchem Umfang die acht Unternehmen jeweils Interessen an auf den MA-Listen aufgeführten Projekten geltend gemacht haben (Zeile «Total A-Interessen»). In welchem Masse die acht Unternehmen den entsprechenden Zeilen und Spalten eine Bedeutung beigemessen haben, kann nicht abschliessend geklärt werden.

597. Der Zweck der Interessensbekundungen bezüglich einzelner aufgelisteter Projekte sowie der Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Sitzungen insgesamt wird im nachfolgenden Abschnitt erläutert.

A.5.4.1.3 Zweck des MA-Systems und Einverständnis aller acht Unternehmen hiermit

a. Einleitung: Es geht um den Beweis von inneren Tatsachen

598. Nachfolgend wird der Zweck der bewiesenen Zusammenarbeit der acht Unternehmen erläutert und geklärt, inwiefern sich die acht Unternehmen mit den Regeln der Zusammenarbeit einverstanden erklärt haben (siehe Rz 664 ff.). Weiter wird darauf eingegangen, wie sich die acht Unternehmen konkret zur Zweckerreichung verhalten haben (siehe Rz 649 ff). Der Textabschnitt wird durch ein zusammenfassendes Zwischenergebnis abgeschlossen (siehe dazu Rz 671 ff.).

599. Vorab sind bezüglich dieses MA-Systems und der Teilnahme der acht Unternehmen daran folgende beweisrechtliche Erläuterungen notwendig: Wie bereits einläutend dargelegt, müssen die Wettbewerbsbehörden von Amts wegen alle Tatsachen beweisen, aus denen sich der Schluss auf den im Dispositiv der Verfügung aufgeführten Verfügungsinhalt ergibt (siehe oben Rz 123 ff.). Gegenstand der Beweisführung können dabei äussere und innere Tatsachen sein. *Äussere Tatsachen* beziehen sich auf etwas äusserlich, wahrnehmbares Reales; dazu zählen insbesondere Ereignisse (z. B. Stattfinden von MA-Sitzungen und Teilnahme daran) und Handlungen (z. B. Geltendmachung von Interessen an der MA-Sitzung).[717] *Innere Tatsachen* betreffen dagegen psychische Zustände wie etwa den Willen einer Person, eine Vereinbarung zu schliessen; umfasst sind insbesondere auch Absichten, Motive, Vorstellungen oder Überzeugungen hinsichtlich der Bedeutung von Handlungen (z. B. *Zweck* der Geltendmachung von Interessen an einer MA-Sitzung).[718] Eine (innere) Tatsachenfrage ist es z. B. auch, ob ein (natürlicher) Konsens zwischen vertragsschliessenden Parteien vorliegt.[719]

600. Für das Vorliegen einer inneren Tatsache bedarf es naturgemäss immer dann eines oder mehrerer indirekter Beweise, wenn die Person, um deren Willen, Absicht, Vorstellung oder Überzeugung es geht, diese(n) nicht preisgeben will oder wenn die Person das Vorliegen einer inneren Tatsache aktiv abstreitet.[720] Dementsprechend kann der Nachweis des Vorliegens eines gemeinsamen Zwecks oder eines gemeinsamen Willens, bestimmte Regeln der Zusammenarbeit einzuhalten (Geschäfts- und Erklärungswille), auch mittels indirekter Beweise erbracht werden. Für den beweismässigen Nachweis, dass ein Unternehmen sich dazu bereit erklärt hat, bestimmte Regeln der Zusammenarbeit anzuerkennen, bedarf es folglich nicht notwendigerweise

[714] Act. n° [...].
[715] […].
[716] Act. n° [...].
[717] Vgl. Rz 326 ff. und Rz 574 ff.
[718] Vgl. Rz 594 ff.
[719] Vgl. Rz 664 ff.
[720] Vgl. BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E.2.2.2.

eines schriftlichen Vertragsschlusses, einer ausdrücklichen «Rahmenvereinbarung»[721] oder einer entsprechenden Aussage jedes Unternehmens. Ausreichend kann es im Einzelfall auch sein, dass man – wie im Strafrecht auch bezüglich des Nachweises der Erfüllung des subjektiven Tatbestandes[722] – von äusseren Tatsachen auf das Vorliegen der inneren Tatsache schliesst. Der Nachweis, dass sich ein Unternehmen an bestimmte Regeln halten wollte, kann im Einzelfall z. B. dadurch erbracht werden, dass das Unternehmen sich entsprechend der Regeln verhalten hat oder sich im Falle eines Verstosses gegen die Regeln gegenüber den «Vertragspartnern» rechtfertigen musste oder Sanktionen zu befürchten hatte. Das Vorliegen einer gemeinsamen Zwecksetzung kann in diesem Fall besonders indiziert sein, wenn eine gemeinsame Zwecksetzung in der Vergangenheit erwiesenermassen bestand und sich die Unternehmen stets entsprechend der Zwecksetzung verhalten haben.

601. Nachfolgend wird zu der Frage eine Beweiswürdigung durchgeführt, ob alle Unternehmen mit der in den beiden vorangehenden Abschnitten (siehe oben A.5.4.1.1 und A.5.4.1.2) beschriebenen Zusammenarbeit bezweckten, die auf den MA-Listen aufgelisteten Projekte einvernehmlich untereinander zuzuteilen und eine Koordination hinsichtlich einzelner Projekte – wie sie in den Rz 223 f. beschrieben ist (Bestimmung des Gewinners und der Höhe der einzugebenden Offerten) – zu ermöglichen.

b. Zweck der Teilnahme an den MA-Sitzungen und der Geltendmachung von Interessen an einzelnen Projekten: Einvernehmliche Zuteilung von aufgelisteten Projekten und Ermöglichung von Schutzvereinbarungen

602. Hinsichtlich der beweismässigen Feststellung des Zwecks der Teilnahme an den MA-Sitzungen und der Geltendmachung von Interessen an einzelnen MA-Projekten ist vorab allgemein festzuhalten, dass es denkbar ist, dass dieselbe Handlung mehrere Zwecke haben kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Zwecke aufeinander aufbauen und/oder sich nicht gegenseitig ausschliessen (etwa weil sie nicht widersprüchlich wären).

603. Die Parteien haben unterschiedliche Angaben zum Zweck der Teilnahme am MA-System gemacht. Diese Angaben werden nachfolgend dargestellt und anschliessend auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft.

(ii) Angaben der Selbstanzeigerinnen

604. Die Implenia hat angegeben, dass die beschriebene Zusammenarbeit dazu gedient habe, […] die Zuteilung eines Bauprojekts erfolgreich koordinieren zu können […][723]. Für eine derartige Koordination hätten die acht Unternehmen zunächst eruieren müssen, welche Bauunternehmen überhaupt beabsichtigten, eine Offerte einzureichen.[724] Zum weiteren Vorgehen nach der Interessensbekundung betreffend ein aktuelles Projekt hat die Implenia […] ausgeführt, dass unter den interessierten Unternehmen im Rahmen einer Club-Sitzung versucht worden sei, eine Einigung zu erzielen. Wenn man sich an der Sitzung nicht habe einigen können, so sei auf bilateralem Weg eine Einigung gesucht worden. Wenn dies misslang, so sei das Projekt freigegeben worden. Wenn sich die Club-Mitglieder einigen konnten, wer den Zuschlag erhalten solle, so seien allenfalls Drittunternehmen, die ebenfalls ein Leistungsverzeichnis bei der Vergabestelle abgeholt hätten kontaktiert und es sei versucht worden, diese ebenfalls in die Koordination einzubeziehen. Soweit eine Einigung möglich gewesen sei, seien die Eingabesummen und die prozentuale Abweichung der Schutzofferten kommuniziert worden. Diese Kommunikation sei ausserhalb der Sitzungen jeweils per Telefon oder per Fax abgelaufen].[725]

605. An anderer Stelle hat die Implenia zum Fall des *Interessenskonflikts* ergänzend angegeben, dass in einer derartigen Konstellation auch versucht worden sei, eine einvernehmliche Regelung durch Bildung einer ARGE herbeizuführen.[726]

606. Aus den Antworten der Implenia auf den Fragebogen des Sekretariats vom 3. September 2014 ergeben sich weitere Einzelheiten zur Koordination im Rahmen der MA-Sitzungen. Danach sei im Falle eines Interessenskonflikts – welcher besonders häufig aufgetreten sei[727] – in der MA-Sitzung das Unternehmen bestimmt worden, welches den «Lead» für die Koordination übernehmen sollte. Erst danach sei ausserhalb der MA-Sitzung die Koordination eines einzelnen Projekts unter Leitung des bestimmten Unternehmens zwischen den interessierten Unternehmen erfolgt.[728] Wenn kein Interessenskonflikt bestand, so habe der Erfolg des Unternehmens mit dem höchsten Interesse letztlich nur davon abgehangen, ob ein externes Unternehmen eine tiefere Offerte eingegeben habe.[729] Wie bereits erläutert, hat die Implenia in ihrer Antwort auf den genannten Fragebogen auch angegeben, dass betreffend jedes Projekt, welches effektiv zur Ausführung kam, Interessen geltend gemacht wurden (siehe auch oben Rz 347 ff.).[730]

607. Hinsichtlich der Verteilung der Projekte hat die Implenia auf die Faustregel verwiesen, wonach die Unternehmen davon ausgegangen seien, dass jedes Unternehmen [nach neun bis zehn Schutzgewährungen wiederum Anrecht auf Schutz gehabt habe][731].

608. Die Walo betonte als zweite Selbstanzeigerin, dass der Grundzweck der MA-Listen und -Sitzungen gewesen sei, einen Überblick zu erhalten, welche Projekte (öffentlicher oder privater Bauherren) wann im Gebiet See-Gaster, March und Höfe zur Ausschreibung kamen.[732] Daneben hätten die MA-Listen und -Sitzungen aber auch zur Folge gehabt, dass man ermitteln konnte, wer

[721] Derartiges scheint aber die Oberholzer zu verlangen; vgl. Act. n° [...].
[722] Vgl. BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E.2.2.2.
[723] Act. n° [...].
[724] Act. n° [...].
[725] Act. n° [...].
[726] […].
[727] Act. n° [...].
[728] Act. n° [...].
[729] Act. n° [...].
[730] Act. n° [...].
[731] Act. n° [...].
[732] Vgl. Act. n° [...].

Interesse an welchem Auftrag gehabt habe, und so habe abschätzen können, ob eine separate Sitzung zur Vereinbarung von Stützofferten Sinn machen würde.[733]

609. Die Walo führte dazu – übereinstimmend mit der Implenia – weiter aus, [dass ein Unternehmen, welches als einziges ein Interesse an einem Projekt gehabt habe, davon ausgehen könne, dass die anderen Unternehmen Stützofferten eingeben würden. Falls mehrere Unternehmen Interesse an einem Objekt gehabt hätten, hätten die interessenten Unternehmen unter sich ausmachen müssen, ob und gegebenenfalls wem das betreffende Objekt zugeteilt werden solle.][734] [Die eigentlichen Diskussionen über die Zuteilung von Objekten und die Eingabepreise seien grundsätzlich nicht an der Achtersitzung geführt worden. Grundsätzlich habe man an der Achtersitzung nur das Interesse an einem Objekt angezeigt (was allerdings den Wunsch nach Stützofferten impliziert habe). Nur sehr sei es vorgekommen, dass an der Achtersitzung bereits eine Übereinkunft erzielt worden sei, wonach ein Sitzungsteilnehmer Stützofferten bei einem bestimmten Projekt erhalten solle. Aber auch wenn ein Objekt bereits an der Achtersitzung zugeteilt worden sei, seien keine konkreten Eingabepreise festgesetzt worden. Letzteres sei an einer separaten Sitzung geschehen][735]

610. Zu den separaten Sitzungen erklärte die Walo weiter [, dass das Unternehmen, welches das Projekt erhalten wolle, die Stützofferten organisieren und alle, welche eine eine Offerte einreichen wollten, in die Abrede einbinden müsse. Dabei habe das interessierte Unternehmen überdies auch vorab abklären müssen, ob allenfalls auch dritte Unternehmen beim betroffenen Projekt eingeben würden.][736] Dafür seien Abklärungen erforderlich gewesen, ob […] alle mitmachen […] würden. Wenn es zu keiner Einigung darüber gekommen sei, welches Unternehmen den Zuschlag bekommen sollte, oder sich abzeichnete, dass ein nicht an den MA-Sitzungen teilnehmendes Unternehmen nicht eingebunden werden könnte, so [sei] keine separate Sitzung durchgeführt und das Objekt […] frei eingegeben worden […].[737]

611. Die MA-Listen hätten auch dazu gedient, zu argumentieren, wenn z. B. zwei oder mehr Unternehmen am gleichen Ort interessiert gewesen seien. Man habe dann [argumentieren können, dass das gleichermassen interessierte Unternehmen auf ein vergleichbares Projekt, welches in Kürze in der Nähe ebenfalls ausgeschrieben würde, ausweichen könne].[738]

612. In Bezug auf das vorläufige Beweisergebnis des Sekretariats erwiderte die Walo in einer schriftlichen Stellungnahme, dass es in der Wahrnehmung des damaligen [Vertreters] von Walo zu weit gehe, zu sagen, dass ein Plan bestand, sich hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zu koordinieren.[739] Es sei allerdings richtig, dass man anhand der MA-Sitzungen besser habe abschätzen können, ob im Hinblick auf ein bestimmtes Objekt eine Abrede grundsätzlich überhaupt möglich gewesen sei.

(iii) Angaben der anderen Verfahrensparteien

613. Die De Zanet hat nicht erwähnt, dass die MA-Listen den Zweck gehabt hätten, hinsichtlich einzelner Projekte die Festlegung des Zuschlagsgewinners zu ermöglichen. Die De Zanet erklärte, es sei bei den MA-Listen und -Sitzungen um Marktabklärung gegangen,[740] also darum, das Marktvolumen und die Auftragslage frühzeitig einschätzen zu können. Wenn in den Listen bei der De Zanet ein «A» eingetragen war, so bedeute dies, dass für die De Zanet bei dem Projekt eine ARGE zwingend gewesen sei. Wenn zwei Sterne eingetragen wurden, habe dies auch bedeutet, dass sie für die Ausführung des Projekts einen zweiten ARGE-Partner gebraucht habe.[741]

614. [Vertreter der Hagedorn] hat für die Hagedorn im November 2013 angegeben, dass man mit den Listen versucht habe zu untersuchen, was auf den Markt gekommen sei und was auf dem Markt passiert sei. Er erklärte weiter, dass man dies mittlerweile alleine mache, früher habe die Hagedorn das eben mit den anderen sieben Unternehmen zusammen gemacht.[742] Mit der Angabe eines Interesses habe ein Unternehmen signalisieren können, dass es um jeden Preis den Auftrag akquirieren wolle, d.h. dass andere Unternehmen nicht einfach an der Hagedorn «vorbeikommen» würden.[743] In der Einvernahme am 2. März 2015 wiederholte [Vertreter der Hagedorn] den Vorteil, dass man dank den MA-Listen mehrere Monate vorher gewusst habe, welche Submissionen auf dem Markt sein würden. Sie fügte hinzu, dass man daher die Ressourcen besser habe planen und gegebenenfalls eine ARGE habe bilden können.[744] In diesem Sinne argumentierte die Hagedorn auch in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.[745] Allerdings führt sie auch aus, dass die MA-Sitzungen «maximal der gegenseitigen Interessensabklärung und der Ermöglichung bilateraler Kontaktaufnahmen zur Besprechung einzelner Projekte» gedient hätten.[746] Die Hagedorn meint, die Annahme des Sekretariats, es habe das Ziel bestanden, sich wenn möglich alle Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (mit dem MA-System) zuzuteilen, stütze sich zu einem guten Teil auf die ökonomische und statistische Analyse.[747] Laut dem u. a. von der Hagedorn eingereichten Parteigutachten sei diese statistische Analyse aber nicht haltbar.[748]

615. Die Oberholzer hatte die Existenz der MA-Sitzungen und der -Listen zunächst geleugnet[749] und dementsprechend keine Angaben zum Zweck der MA-Sitzungen und –Listen gemacht. Am 9. März 2015 gab [Vertreter der Oberholzer] dann bezüglich der MA-Liste an, dass die Liste dazu gedient habe, zu wissen was der

[733] Act. n° [...].
[734] Act. n° [...].
[735] Act. n° [...].
[736] Act. n° [...].
[737] Act. n° [...].
[738] Act. n° [...].
[739] Act. n° [...].
[740] […].
[741] Act. n° [...].
[742] Act. n° [...].
[743] Act. n° [...].
[744] Act. n° [...].
[745] Act. n° [...].
[746] Act. n° [...].
[747] Act. n° [...].
[748] Act. n° [...].
[749] […].

Markt am Anfang der Saison hergebe.[750] Die Bedeutung der Interessensbekundungen erklärte die Oberholzer dagegen zunächst nicht. Diesbezüglich machte die Oberholzer dann erstmals in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 19. Mai 2015 Angaben. In dieser Stellungnahme heisst es, der Oberholzer sei es bei ihrer Teilnahme am MA-System auch darum gegangen, herauszufinden, ob ein Interesse an einer ARGE bestünde.[751] Zugleich weist die Oberholzer darauf hin, dass die Unternehmen wegen der gemeinsamen Begehungen von Baustellen, welche von den Vergabestellungen vor Ablauf der Eingabefrist veranstaltet würden, ohnehin wüssten, wer Interesse an welchen Projekten habe.[752] Die Zusammenarbeit sei über den Zweck, die ARGE-Bildung zu ermöglichen, hinaus auf keinen weiteren gemeinsamen Zweck im Sinne eines «Rotationskartells» gerichtet gewesen, denn die Oberholzer habe einem solchen Zweck nicht – schon gar nicht in einer «Rahmenvereinbarung» – zugestimmt.[753] Im Übrigen wäre ein derartiges «Rotationskartell» gar nicht möglich gewesen, weil es im Gebiet weitere Wettbewerber gegeben habe.[754] Die Oberholzer behauptet zudem, das MA-System habe einen prokompetitiven Zweck gehabt, weil man den teilnehmenden Unternehmen durch die Sammlung der anstehenden Informationen ermöglicht habe, sich auch auf Projekte zu bewerben, von denen sie vielleicht gar nicht oder aber zu spät erfahren hätten.[755] In diesem Sinne hat die Oberholzer auch zum Antrag des Sekretariats Stellung bezogen.[756] Zweck der MA-Listen sei es gewesen, zu erfahren, was voraussichtlich in den nächsten Jahren auf den Markt kommen werde. Hätte man ein «Rotationskartell» bilden wollen, hätte man demgegenüber nur Projekte auf eine Liste gesetzt, welche ausgeschrieben wären. Diese Projekte hätten dann auf der Listen verbleiben müssen, um den Umsatz des geschützten Anbieters zu ermitteln.[757] Zentrales Argument gegen einen «Masterplan» sei es, dass anlässlich der MA-Sitzungen keine Einzelsubmissionsabreden getroffen worden, solche seien separat (wohl meistens bilateral) und ausserhalb der MAL-Sitzungen getroffen worden. Es sei nie vorgekommen, dass Eingabepreise im Rahmen der MAL-Sitzungen definiert worden seien.[758]

616. Die Reichmuth hatte zunächst die Aussage verweigert. Im März 2015 erklärte sie betreffend die Bedeutung der Interessensgeltendmachung, sie habe Interessen geltend gemacht, weil auch sie Arbeit benötige.[759] Die Interessensdokumentation sei bedeutsam gewesen, um zu erahnen, ob zu wenig Arbeit auf dem Markt sei oder ob ein Projekt interessant sei.[760] Die Reichmuth behauptet zudem, dass im Falle eines Interessenskonflikts, der bessere gewonnen habe.[761] In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 14. April 2015 erklärt die Reichmuth, dass durch die Führung der MA-Liste der Arbeitsaufwand für die einzelnen Unternehmen bei der Recherche der ausgeschriebenen Arbeiten reduziert werden konnte.[762] Dies komme einer Effizienzsteigerung gleich. Die MA-Listen hätten dagegen nicht bezweckt, Wettbewerbsbeschränkungen zu erzielen. Die Interessensbekundungen der anderen Unternehmen hätten den Schluss auf die allgemeine Auftragslage im Strassenbaumarkt ermöglicht. Sie selbst habe an den MA-Sitzungen teilgenommen, um Kontakte zu anderen Bauunternehmungen zu knüpfen und um abzuklären, ob ein ARGE-Partner (mit den notwendigen Referenzen) bereitstände.[763] Falls einzelne Teilnehmer der MA-Sitzungen für Projekte Absprachen getroffen hätten, so hätten solche Absprachen nicht bei Gelegenheit oder im Rahmen der MA-Sitzungen stattgefunden.[764] In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats machen die Reichmuth-Gesellschaften keine weiteren Angaben zum Zweck des MA-Systems. Sie führen indessen aus, dass keine «systematische Abrede» vorliege und bestreiten, dass die Reichmuth an einer Gesamtabrede beteiligt gewesen sei.[765] Sie verweist diesbezüglich auch auf das gemeinsame Parteigutachten.

617. Die Toller hat im Laufe der Untersuchung unterschiedliche Angaben zur Zwecksetzung gemacht.

- Im Oktober 2013 erklärte [Vertreter der Toller] für die Toller, durch die Marktabklärung habe man im Voraus das kommende Volumen der Ausschreibungen gekannt.[766] Den Zweck der Interessensbekundungen erklärte er hingegen nicht.[767]
- In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 11. April 2014 erklärte die Toller, dass die Bekundung von (unterschiedlich grossen) Interessen in Bezug auf ARGE bedeutsam gewesen sei.[768] Aufgrund der Interessensbekundungen hätten die Unternehmen gewusst, mit wem bei Kapazitätsengpässen allenfalls eine ARGE gebildet werden könnte. Wenn ein Unternehmen an einem Projekt nicht interessiert gewesen sei, so habe man dieses Unternehmen als Subunternehmer für einzelne Leistungen beiziehen können. Hintergrund der Sterne sei es «(zumindest seit dem Jahr 2004) nicht» gewesen, dass andere Unternehmen mit Blick auf die Interessenslage von einer Konkurrenzierung hinsichtlich einzelner Projekte abgesehen hätten. Die Toller räumt aber ein, dass es bis zum Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahr 2004 «im Rahmen der Sitzungen … zu Vereinbarungen» gekommen sei, «dass für bestimmte Objekte Stützofferten abgegeben werden sollten». Zwischen 2004 und 2006 sei es nur noch «bilateral» zu solchen Vereinbarungen gekommen. In den Jahren 2006 bis 2008 habe sich die Toller nur noch in ganz wenigen Einzelfällen an solchen «Unterstützungen von Konkurrenten» beteiligt.[769]

[750] Act. n° [...].
[751] Act. n° [...].
[752] Act. n° [...].
[753] Act. n° [...].
[754] Act. n° [...].
[755] Act. n° [...].
[756] Act. n° [...].
[757] Act. n° [...].
[758] Act. n° [...].
[759] Act. n° [...].
[760] Act. n° [...].
[761] Act. n° [...].
[762] Act. n° [...].
[763] Act. n° [...].
[764] Act. n° [...].
[765] […].
[766] Act. n° [...].
[767] Vgl. Act. n° [...].
[768] Act. n° [...].
[769] Act. n° [...].

- Im Mai 2014 erklärte [Vertreter der Toller] für die Toller[770], dass die MA-Listen an den Marktabklärungssitzungen «überflüssig» gewesen seien, weil ab der Verschärfung des Kartellgesetzes nicht mehr über Preise diskutiert worden sei.[771] Die anderen Teilnehmer der Sitzungen «wie z. B. Hagedorn, Implenia» hätten jedoch «an dem alten Zopf festhalten» wollen. Die Sitzungen seien Pflichtübungen gewesen, an denen die genannten Firmen ausserdem Verkaufsbemühungen gemacht hätten. Auf die Frage des Sekretariats, ob bei allen Projekten, bezüglich derer Sterne eingetragen waren, ARGE gebildet werden sollten, antwortete [Vertreter der Toller]: «Nein. Ich weiss nicht genau, wie die Sterne gesetzt wurden.»[772]
- In der schriftlichen Stellungnahme vom 27. Februar 2015 erklärte die Toller, die MA-Listen und -Sitzungen hätten nach 2004 «mit Sicherheit … nicht mehr als Grundlage für eine systematische Zuteilung von Objekten im Rahmen der „Strassenbauervereinigung“ gedient.»[773] Die Interessensbekundung sei nach 2004 nicht im Hinblick auf eine Zuteilung von Objekten getätigt worden, was auch dadurch bestätigt werde, dass die Sterne «in der Regel im Zeitpunkt der effektiven Ausschreibung eine Objekts von der Liste entfernt worden» seien[774]. Ab dem Jahr 2004 seien für die Toller dann andere Gründe für die Teilnahme an den MA-Sitzungen und den -Listen in den Vordergrund getreten. So habe die Toller mit ihrer Teilnahme nach 2004 nur bezweckt, einen Marktüberblick zu erlangen, im Rahmen der MA-Sitzungen ARGE-Partner zu finden, Belag zu «Strassenbauer-Preisen» von der Implenia zu beziehen sowie – gemeinsam mit anderen Untersuchungsadressatinnen – das Belagswerk der Implenia zu erwerben.[775] Diese Gründe seien dann ab 2007 nach und nach weggefallen, so dass die Toller die Teilnahme schon Ende 2007 bzw. Anfang 2008 eingestellt habe (siehe auch oben Rz 485).[776] Wenn es nach 2004 noch zu Schutzabmachungen gekommen sei, dann nur bilateral und ausserhalb bzw. unabhängig von einer Zugehörigkeit zur «Strassenbauervereinigung».[777]
- An der Einvernahme am 10. März 2015 wiederholte [Vertreter der Toller] für die Toller, dass die ab 2004 massgeblichen Gründe für die Teilnahme am MA-System nach und nach wegfielen.[778] Auch in den nachfolgenden schriftlichen Stellungnahmen (vom 18. März 2015 und vom 15. Mai 2015)[779] sind hinsichtlich des Zwecks der Beteiligung der Toller am MA-System keine neuen Angaben enthalten. Die Toller ergänzt lediglich, dass die Fortführung der Zusammenarbeit der acht Unternehmen mittels MA-Listen und -Sitzungen ab 2004 auf «je unterschiedliche, kartellrechtlich unproblematische» Zwecke gerichtet gewesen sei.[780]
- In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats gibt die Toller an, «Hauptzweck» der MA-Listen sei es «in erster Linie» gewesen, eine Übersicht zu den in der Region zur Vergabe anstehenden Projekten zu haben.[781] Sie bestreitet weiter, dass tatsächlich erfolgte Interessensbekundungen den Wunsch nach Stützofferten implizierte hätten.[782] Die MA-Listen könnten auch deshalb nicht auf die Zuteilung von Projekten und die Festlegung von Eingabesummen gerichtet sein, da sie nicht die dafür erforderlichen Informationen enthalten hätten.[783] Soweit die Toller einzelne gemeinsame Schutzfestlegungen eingestanden oder angegeben habe, man habe vor 2004 zusammengearbeitet, um einzelnen Submissionen gemeinsam zuzuteilen, so hätten sich diese Angaben ausschliesslich auf Sachverhalte ausserhalb der Strassenbauervereinigung bezogen.[784] Das Sekretariat habe zudem nicht richtig untersucht, welche Rolle der Baumeisterverband gespielt habe.[785] Das Parteigutachten belege ausserdem, dass die statistische Analyse zum Nachweis einer «Gesamtabrede» ungeeignet sei.[786]

618. Die Bernet Bau hatte zunächst die Existenz des MA-Systems geleugnet und behauptet, sie habe anderen Unternehmen nicht gemeldet, an welchen Ausschreibungen sie teilnehmen wolle.[787] An der Einvernahme vom 9. März 2015 erklärte [Vertreter der Bernet] für die Bernet Bau sodann, er habe an den MA-Sitzungen teilgenommen, wenn er eine ARGE bilden wollte. Vor allem habe er einen Partner gesucht, wenn grosse Belagsarbeiten ausgeschrieben waren. Ein weiterer Grund für die Bernet Bau am MA-System sei es gewesen, dass es früher keine Offertöffnungsprotokolle gegeben habe und sich die Unternehmen daher intern – nach Ablauf der Eingabefrist – gegenseitig die jeweils eingegebenen Preise für eine Marktanalyse bekannt gegeben hätten.[788] Vergleichbares wiederholt die Bernet Bau in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.[789] Die MA-Sitzungen sollten lediglich einen reinen Informationsaustausch über Interessen ermöglichen.[790]

619. Wie bereits erwähnt, bemängelten die Oberholzer, die Toller und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats ausserdem den Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerinnen, da diese nur deshalb eine möglichst umfassende Selbstanzeige abgeben wollten, welche sie dementsprechend auch in «zahllosen» Eingaben ergänzt haben, um möglichst den vollen Sanktionserlass zu erhalten bzw. diesen nicht zu gefährden. Die drei Unternehmen nehmen deshalb an, oder suggerieren dies zumindest, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben, insbesondere zum Zweck des MA-Systems gemacht hätten (siehe dazu oben vertiefend Rz 294 f.).[791]

[770] Act. n° [...].
[771] Act. n° [...].
[772] Act. n° [...].
[773] Act. n° [...].
[774] Act. n° [...].
[775] Vgl. Act. n° [...].
[776] Vgl. Act. n° [...].
[777] Act. n° [...].
[778] Act. n° [...].
[779] Act. n° [...].
[780] Act. n° [...].
[781] Act. n° [...].
[782] Act. n° [...].
[783] Act. n° [...].
[784] Act. n° [...].
[785] Act. n° [...].
[786] Act. n° [...].
[787] Act. n° [...].
[788] Act. n° [...].
[789] Vgl. Act. n° […].
[790] Act. n° […].
[791] Act. n° […].

(iv) Beweiswürdigung

620. Wie erläutert, hat die Implenia angegeben, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Listen und der -Sitzungen dazu gedient habe, die Zuteilung eines Bauprojekts erfolgreich zu koordinieren (siehe oben Rz 604). Sie hat also eine klare Zwecksetzung benannt. Die Walo nennt keine klare Zwecksetzung, räumt aber ein, dass es die MA-Listen und -Sitzungen erlaubt hätten abzuschätzen, mit wem eine Abrede überhaupt möglich gewesen sei. Die Bekundung eines Interesses haben zudem den Wunsch nach Stützofferten impliziert (siehe oben Rz 612).

621. Für die Zeit vor 2004 ging zunächst auch die Toller von einer derartigen Zwecksetzung der Zusammenarbeit aus. Denn im Mai 2014 erklärte [Vertreter der Toller] für die Toller[792], dass die MA-Listen an den Marktabklärungssitzungen «überflüssig» gewesen seien, weil ab der Verschärfung des Kartellgesetzes *nicht mehr* über Preise diskutiert worden sei.[793] Weiter gab sie an, MA-Listen und -Sitzungen hätten nach 2004 «mit Sicherheit … nicht mehr [Hervorhebung durch die WEKO] als Grundlage für eine systematische Zuteilung von Objekten im Rahmen der „Strassenbauervereinigung" gedient.»[794] Ab dem Jahr 2004 seien für die Toller dann andere Gründe für die Teilnahme an den MA-Sitzungen und den -Listen in den Vordergrund getreten (siehe oben Rz 617). Diese Ausführungen sind so zu verstehen, dass vor 2004 die Zwecke bestanden, welche die Toller für die Zeit *nach* 2004 verneinte. Weiter ist dies so zu verstehen, dass die Toller auch deshalb an der Zusammenarbeit teilnahm, weil es um die Zuteilung von Projekten gegangen sei. Diese Ausführungen stehen damit im Hinblick auf den Zeitraum bis 2004 im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen.

622. Die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth und die Bernet Bau nennen andere Gründe, warum sie an den MA-Sitzungen teilgenommen und Interessen geltend gemacht haben, und/oder streiten eine derartige Zwecksetzung (teilweise) explizit ab (siehe oben Rz 613 ff.). Die Toller bestreitet eine derartige Zwecksetzung jedenfalls für die Zeit ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahr 2004. Sie gibt nunmehr ausserdem an, ihre oben genannten Angaben zur Zwecksetzung der MA-Listen (siehe oben Rz 621, 617) hätten nicht im Zusammenhang mit der Strassenbauervereinigung gestanden. Sie hätte daher nicht angegeben, dass die MA-Listen vor 2004 als Grundlage für eine systematische Zuteilung von Objekten im Rahmen der «Strassenbauervereinigung» gedient hätten.[795]

623. Soweit die Verfahrensparteien den von der Implenia und der Toller ausdrücklich genannten Zweck nicht explizit bestreiten, sondern nur andere Zwecke der Zusammenarbeit nennen, ist auf Folgendes hinzuweisen: Die anderen angeblichen Zwecke der Zusammenarbeit (genannt werden: Marktbeobachtung, ARGE-Partner finden, günstigere Belagspreise, gemeinsames Belagswerk kaufen, interne Offertöffnung nach Ablauf der Eingabefrist) stehen nicht im Widerspruch zu der von der Implenia und Toller genannten Zwecksetzung, mittels der MA-Listen und Sitzungen die Zuteilung der Projekte erfolgreich zu koordinieren. So ist die funktionierende Marktbeobachtung zwingende Voraussetzung für eine («gerechte») Zuteilung der aufgelisteten Projekte. Denn nur wenn die teilnehmenden Unternehmen wissen, welche Projekte es insgesamt zu verteilen gibt, können sie überhaupt Zuteilungsversuche unternehmen (siehe für die Zeit vor 2002 Rz 254 ff.). Darauf weist auch die Walo deutlich hin (siehe oben Rz 608). Auch der Zweck, ARGE-Partner zu finden, steht der von der Implenia und der Toller ausdrücklich genannten Zwecksetzung nicht entgegen. Denn auch ARGE können Schutz erhalten oder Schutz geben (siehe dazu auch unten zu konkreten Projekten Rz 701 ff.). Zudem hat die Implenia deutlich gemacht, dass ARGE insbesondere dann gebildet wurden, wenn ein Interessenskonflikt bestand, d.h. wenn zwei Unternehmen gleichermassen an einem Projekt interessiert waren (siehe oben Rz 605). In diesem Fall erfolgte die Zuteilung eines Projekts schlichtweg an zwei (oder mehr) Unternehmen. Auch die übrigen Zwecke (günstigere Belagspreise, gemeinsames Belagswerk kaufen, interne Offertöffnung nach Ablauf der Eingabefrist) stehen der von der Implenia und der Toller genannten Zwecksetzung nicht entgegen. Denn es ist ebenso denkbar, dass diese Zwecke *neben* dem Zweck, mittels der MA-Listen und -Sitzungen die Zuteilung erfolgreich zu koordinieren, bestanden.

624. Insoweit die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller (jedenfalls für die Zeit ab 2004) und die Bernet Bau durch die Nennung von anderen Zwecken den Zweck, mittels der MA-Listen und –Sitzungen die Zuteilung der aufgelisteten Projekte erfolgreich zu koordinieren, bestreiten wollten, müssen alle genannten Aussagen und Stellungnahmen jeweils auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Damit müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

625. Die Angaben der Implenia zum Zweck der MA-Listen und der -Sitzungen weisen keine inneren Logikbrüche auf. Denn dass die Unternehmen mit der Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen bezweckten, sich die auf der Liste aufgeführten Projekte zuzuteilen, ist auch mit Blick auf ihre sonstigen Angaben dazu plausibel. Denn wie bereits erläutert, hat die Implenia in ihrer Antwort auf den genannten Fragebogen auch angegeben, dass betreffend *alle* Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe, welche effektiv zur Ausführung kamen, Interessen geltend gemacht wurden (siehe oben

[792] Act. n° […].
[793] Act. n° […].
[794] Act. n° […].
[795] Act. n° […].

Rz 347 ff.).[796] Wenn dem so war und zudem aus den Antworten der Implenia auf den Fragebogen des Sekretariats vom 3. September 2014 zu folgern ist, dass hinsichtlich aller Projekte, für die Interessen geltend gemacht wurde, letztlich zumindest ein Zuteilungsversuch unternommen wurde (vgl. oben Rz 606), so muss der Zweck der Zusammenarbeit zwangsläufig auch in der Aufteilung aller aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe unter den acht Unternehmen liegen.

626. Der Umstand, dass die Walo nicht explizit eine vergleichbare Zwecksetzung nennt, ist im Hinblick auf ihre eigenen sonstigen Ausführungen zum Zweck der Interessensbekundung hingegen in sich widersprüchlich. Denn die Walo gibt an, dass jede Geltendmachung von Interessen den Wunsch nach Stützofferten impliziere (siehe oben Rz 609). Berücksichtigt man dazu, dass sich aus den sonstigen Ausführungen der Walo ergibt, dass bezüglich jedes auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekts aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe irgendwann ein Interesse geltend gemacht wurde, so ist insoweit aus den Ausführungen der Walo zu folgern, dass hinsichtlich jedes aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekts aus den Gebieten See-Gaster, March oder Höfe zumindest ein Zuteilungsversuch unternommen wurde. Bei *jedem* aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekt aus dem Untersuchungsgebiet, welches tatsächlich zur Ausführung kam, wurde also vor Ablauf der Eingabefrist die Zuteilung an den MA-Sitzungen zumindest thematisiert. Dass die Zusammenarbeit insgesamt nicht (auch) auf die Zuteilung der aufgelisteten Projekte gerichtet war, erscheint damit nicht plausibel.

627. Die Angaben der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth, der Toller und der Bernet Bau sind hingegen nicht in sich schlüssig. Denn soweit diese Unternehmen angegeben haben, dass die Bekundung von Interessen dazu diene, ARGE-Partner zu finden, haben sie die Bedeutung der drei unterschiedlichen Interessenskategorien (zwei Sterne, ein Stern, keinerlei Eintrag) zu keinem Zeitpunkt nachvollziehbar erklärt. Die Toller hat dementsprechend auch ausdrücklich erklärt, sie wisse nicht genau, wie die Sterne in Bezug auf das angebliche Ziel der ARGE-Bildung gesetzt wurden.[797] Wie angesichts dessen die MA-Sitzungen ausschliesslich dem Ziel haben dienen können, ARGE-Partner zu finden, ist nicht verständlich. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es für eine Abklärung, ob ein Unternehmen Interesse an einer Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE hat, eigentlich ausgereicht hätte, dass ein an eine ARGE interessiertes Unternehmen sein Interesse erklärt. Die jeweils anderen Unternehmen hätten dann auf diese Interessensbekundung reagieren können und sich bei eigenem Interessen für diese Zusammenarbeit zur Verfügung stellen können – eine Interessensabstufung – so wie sie aber augenscheinlich im Rahmen der MA-Sitzungen möglich war – bedürfte es für die Abklärung, ob ARGE gebildet werden können, also gar nicht. Denkbar wäre auch gewesen, dass *alle* Unternehmen, welche Interesse an einer ARGE betreffend ein bestimmtes Projekt hatten, ihr Interesse erklären. So oder so hätte es nur zwei Kategorien (Interesse an ARGE oder kein Interesse an ARGE) bedurft. Wollte man argumentieren, die Kategorie «besonders grosses Interesse/zwei Sterne» stehe dafür, dass ein Unternehmen das Projekt alleine durchführen wolle, so steht dem wiederum die Behauptung der De Zanet entgegen, wonach zwei Sterne bedeuten würden, dass das Unternehmen zwei ARGE-Partner anstatt einem gesucht habe.[798] Die vorliegenden Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats enthalten ebenfalls keine Erläuterungen, wie die MA-Listen in Bezug auf die Suche nach einem ARGE-Partner hätten funktionieren sollen.

628. Die Ausführungen der Oberholzer sind darüber hinaus auch deswegen in sich widersprüchlich, weil die Oberholzer die Interessensbekundungen einerseits damit zu erklären scheint, dass diese für die Bildung von ARGE bedeutsam seien – ohne indessen die drei Interessenskategorien für die ARGE-Abklärung aufzuschlüsseln (siehe oben Rz 627). Andererseits führt die Oberholzer aber aus, dass die Interessenslagen der Unternehmen bezüglich einzelner Projekte wegen der von den Vergabestellen durchgeführten gemeinsamen Begehungen der Baustellen ohnehin bekannt seien.[799] Wenn Letzteres stimmen würde, so hätte es einer Abklärung der Interessenslage an den MA-Sitzungen zur Bildung von ARGE aber gar nicht bedurft. Der Hinweis der Oberholzer auf die Kenntnis der Interessenslage wegen der gemeinsamen Begehungen zeigt damit im Gegenteil, dass an den MA-Sitzungen im Hinblick auf die Interessensbekundungen gerade solche Themen besprochen worden sein müssen, welche nicht auch infolge der Kenntnis des «Grundinteresses» nach der Begehung bekannt waren. Die Stellungnahme der Oberholzer zum Antrag des Sekretariats löst diesen Widerspruch nicht auf.

629. Die Behauptung der Unternehmen, die Interessensbekundungen hätten ausschliesslich dazu gedient, ARGE-Partner zu finden, lässt sich zudem nicht durch die Urkundenbeweise plausibilisieren. Wäre die Zusammenarbeit auf die Bildung von ARGE gerichtet gewesen, so hätten die Ermittlungen ergeben müssen, dass die acht Unternehmen untereinander viele ARGE bildeten und dass es bezüglich einzelner Bauprojekte *keine* Einigung über den Schutzempfänger sowie die Stützofferten gegeben hat. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: In den Jahren 2004 bis Mitte 2009 erhielt nur in 11 Fällen eine ARGE, welche aus mindestens zwei der acht Unternehmen bestand,[800] bezüglich der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte, bei denen mittels des DOP der Gewinner ermittelt werden konnte,[801] den Zuschlag. Zudem geht aus den Beweismitteln hervor, dass es im selben

[796] Act. n° […].
[797] Vgl. Act. n° [...].
[798] Act. n° [...].
[799] Act. n° [...].
[800] Projekte n° 11, 22, 64, 81, 84, 133, 151, 165, 174, 257, 437, 454, 590, 684, 713, 775, 797 der kons. MAL Dies sind weniger als 10 % der MA-Listen-Projekte, für die mittels des DOP der Gewinner ermittelt werden konnte.
[801] Bei den Projekten, welche ohne Eröffnungsprotokolle identifiziert worden sind, ist meistens das Vorhandensein einer ARGE nicht angegeben.

Zeitraum in über 390 Fällen[802] zur Zuteilung eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts bzw. zum Versuch einer Zuteilung kam (siehe unten insbesondere Rz 793 ff., Rz 820).

630. Die Analyse der 11 Projekte zeigt zudem, dass die acht Unternehmen hauptsächlich bei komplexen Projekten mit einem hohen Auftragswert ARGE bildeten. Dementsprechend beträgt laut DOP der Durchschnittswert der Eingabesummen, welche von ARGE eingegeben wurden, in der Zeit zwischen 2004 und 2013 mindestens ca. CHF 1 Mio.[803]. Die überwiegende Mehrheit der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte hatte jedoch einen Auftragswert, welcher weit unter dieser Zahl lag (vgl. Rz 793 ff.). Auch dies zeigt, dass die MA-Listen nur wenige Projekte enthielten, bezüglich derer überhaupt ARGE gebildet wurden.

631. Es ist zudem nicht plausibel, dass die Unternehmen den festgestellten hohen Aufwand betrieben (insbesondere Treffen alle zwei bis vier Wochen an unterschiedlichen Orten, Listenführung, Sitzungsplanung, etc.), nur um einige wenige ARGE zu bilden. Zudem zeigen die Beweismittel, dass die Behauptung der Implenia, wonach gerade dann eine ARGE gebildet wurde, wenn Interessenskonflikte bezüglich einzelner Projekte bestanden, zutrifft; in diesen Fällen haben diejenigen Unternehmen, welche beide ein besonders grosses Interesse an dem Projekt hatten, zusammen eine Offerte eingereicht, welche mit Stützofferten der jeweils anderen Unternehmen geschützt wurde (siehe z. B. Fall Nr. 713, […]). Vor diesem Hintergrund ist das Vorhandensein einer ARGE unter mindestens zwei der acht Unternehmen vielmehr ein Hinweis darauf, dass ein Interessenskonflikt zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen bestand und diese dann das Projekt zusammen ausgeführt haben. Mit Blick darauf indiziert die Einreichung einer Offerte durch eine ARGE, an der mindestens zwei der acht Unternehmen beteiligt waren, in der Zeit vor Mitte 2009 die Abstimmung der eingereichten Offerten und eine Zuteilung des Projekts. Die Bildung von ARGE war mithin weniger Zweck der MA-Listen und -Sitzungen als vielmehr blosse Folge des Ziels, die aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet einvernehmlich aufzuteilen.

632. Hinzuweisen ist auch darauf, dass das die Behauptung der De Zanet, dass in den letzten Jahren der Zusammenarbeit die Komplexität der Projekte zugenommen habe und deshalb mehr ARGE hätten gebildet werden müssen,[804] sinnwidrig ist. Denn die De Zanet hat zugleich angegeben, dass die Zusammenarbeit in den Jahren 2007 bis 2009 reduziert worden sei (siehe Rz 385 ff.). Weshalb die Zusammenarbeit reduziert wurde, obwohl die Bildung von ARGE immer wichtiger wurde und das MA-System angeblich dazu diente, ARGE-Partner zu finden, ist eine Frage, welche auch nicht durch die Stellungnahmen der Unternehmen zum Antrag des Sekretariats aufgelöst wurde.

633. Die Aussagen und Stellungnahmen, wonach der vorrangige Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen *nicht* darin lag, die aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet untereinander aufzuteilen, stehen zudem im Widerspruch zu den objektiven Beweismitteln bezüglich der Zusammenarbeit vor 2002 sowie dem festgestellten Verhalten der acht Unternehmen nach 2001. Denn wie bereits erläutert, ist aus den vorliegenden Beweismitteln zwingend zu schliessen, dass die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Batigroup AG bzw. deren Rechtsvorgängerinnen, die Walo, die Reichmuth sowie die Toller vor 2002 zusammenarbeiteten, um die im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte untereinander aufzuteilen (siehe oben Rz 208 ff., 277 ff.). Zur Erreichung dieses Ziels haben die Unternehmen vor 2002 einen bestimmten Modus der Zusammenarbeit angewandt, welcher darin bestand, Listen zu führen, auf denen möglichst alle im Untersuchungsgebiet künftig vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aufgeführt waren, sich alle zwei bis vier Wochen zu Marktabklärungssitzungen zu treffen, an denen Interessen betreffend im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte geltend gemacht wurden und die Interessenslage besprochen wurde, und sich hinsichtlich einzelner Projekte – entsprechend der allgemeinen Zwecksetzung – über den Zuschlagsgewinner und die einzugebenden Offerten zu einigen. Da sich dieser Modus der Zusammenarbeit nach dem Jahr 2001, in dem die Bernet Bau zu den anderen acht Unternehmen gestossen sein muss und [Vertreter der Hagedorn] die weitere Zusammenarbeit in seiner Notiz skizziert hat (siehe dazu oben Rz 201 ff.), in keiner Weise geändert hat (siehe oben Rz 283 ff., 539 ff.), ist zwingend anzunehmen, dass sich auch die Zwecksetzung der Zusammenarbeit nach 2001 nicht geändert hat. Für eine solche «historische Kontinuität» des Zwecks der Zusammenarbeit spricht auch, dass die Toller sowie die Oberholzer ausdrücklich ausgeführt haben, dass es schon seit Jahrzehnten eine «Kultur der Zusammenarbeit» gegeben habe, welche mal schwächer und mal stärker war und welche erst gegen Ende der 2000er Jahr abgeflaut sei.[805]

634. Wie bereits erwähnt, ergibt sich aus den objektiven Beweismitteln zudem, dass sich die Unternehmen – wie auch schon vor 2002 (siehe dazu Rz 221 ff.) – bezüglich einzelner Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet auf die bereits mehrfach beschriebene Art und Weise koordiniert haben: Die acht Unternehmen haben sich bezüglich dieser Projekte in unterschiedlichen Konstellationen vor Ablauf der Eingabefrist darüber geeinigt, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll und wie hoch die Stützofferten sind (siehe oben Rz 223 f. und unten Rz 674 ff.). Auch hieraus ist zwingend zu folgern, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der MA-Listen und –Sitzungen dem Ziel diente, die auf den Listen aufgeführten Projekte – soweit möglich – untereinander zuzuteilen. Denn ein ökonomisch vernünftig handelndes Unternehmen, dessen naturgemässes Ziel die Sicherung und Steigerung des eigenen Gewinns

[802] Diese Zahl ergibt sich schon aus der Analyse der Hagedorn-Liste: 114 S und 87 Freigaben.
[803] Vgl. Act. n ° […].
[804] Act. n° [...].
[805] […].

ist, wird nur dann zugunsten von Konkurrenten auf konkrete Projekte, die es selber ausführen könnte, verzichten (und eine Stützofferte eingeben), wenn es hierfür einen ökonomisch vernünftigen Grund im Sinne einer Gegenleistung gibt. Und selbst wenn ein Unternehmen ein Projekt z. B. aufgrund seiner aktuellen Auslastung gar nicht ausführen könnte, bestünde kein Grund, dies seinen Konkurrenten mitzuteilen. Denn in einer solchen Konstellation würde es dieses Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen ermöglichen, dessen Gewinn – ohne Gegenleistung – zu erhöhen. Dies belegt auch die bereits erwähnte Aussage von [Vertreter der Toller]:

> *«Wenn ich jemanden einen besseren Preis geben würde, dann würde ich meine Konkurrenz fördern, welche uns dann später schadet. Das bringt nichts.»*[806]

Dies zeigt, dass die Unternehmen im freien Wettbewerb kein Interesse daran haben, Stützofferten abzugeben. Wenn nun aber belegt ist, dass sie dies dennoch getan haben, dann müssen sich die schutzgebenden Unternehmen davon einen Vorteil versprochen haben. Angesichts der bewiesenen Art und Weise der Zusammenarbeit und dem Gesamtwert aller Projekte, bei denen der Gewinner einvernehmlich festgelegt wurde, kann dieser Vorteil nur darin gelegen haben, dass die Unternehmen erwarten durften, dass sie im Falle eines eigenen hohen Interesses an einem Projekt von allen oder einem Teil der anderen sieben Unternehmen – als Gegenleistung für ihre eigene Schutzbereitschaft – selbst geschützt würden. Dementsprechend ist den Beweismitteln an zwei Stellen zu entnehmen, dass im Sinne einer Faustregel galt, dass jedes Club-Mitglied [nach neun bis zehn Schutzgewährungen wiederum Anrecht auf Schutz gehabt habe].[807] Wenn sich also dieselben Unternehmen wechselseitig mittels Stützofferten unterschiedliche Submissionen «zuschanzten», so muss diesem Verhalten zwangsläufig die Idee eines «Rotationssystems» zugrunde gelegen haben[808]. Ein Rotationssystem hat dabei naturgemäss den Zweck, die einvernehmliche Zuteilung der aufgelisteten Bauprojekte erfolgreich zu koordinieren.

635. Soweit die Bernet Bau, die Oberholzer und die Toller in ihren Stellungnahmen zum Antrag argumentieren, nur wenn ein Kontrollsystem betreffend die «gerechte Zuteilung» der Projekte bestehe, könne ein gemeinsames Ziel, sich Projekte im Rahmen eines Rotationssystems zuzuteilen, bestehen, überzeugt hingegen nicht. Denn das Bestehen des gemeinsamen Ziels der Zuteilung im Rahmen eines «Rotationssystems» ist gar nicht von der Existenz eines Kontrollsystems abhängig. Dies wurde bereits oben erläutert (siehe schon Rz 215, 273). An dieser Stelle sei nur wiederholt, dass ein Kontrollsystem ein der Zielsetzung nachgelagertes Überwachungssystem zur Erhöhung der Verlässlichkeit der Rotation darstellt. Ein solches Kontrollsystem begründet das gemeinsame Ziel nicht, sondern hat das Bestehen eines solchen Ziels zur Voraussetzung. Das Ziel der gemeinsamen Zuteilung von Projekten kann also ohne weiteres unabhängig vom Bestehen eines Kontrollsystems existieren. Die künftige Aufteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten ist dann allenfalls für die zusammenarbeitenden Unternehmen weniger verlässlich.

636. Ein entsprechender Zweck wird weiter dadurch indiziert, dass die statistische Analyse ergeben hat, dass ca. [70-80] % der mittels des DOP identifizierten MA-Listen-Projekte von einem solchen Unternehmen gewonnen wurden, welches im Rahmen der MA-Sitzung (mit) das höchste Interesse an einem Projekt geltend gemacht hatte (siehe dazu unten Rz 819).

637. Die Oberholzer wendet bezüglich der Zwecksetzung ein, sie habe einem «Rotationssystem» zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich zugestimmt; dies auch deshalb, weil ein solches System, welches darauf gerichtet wäre, die auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und Tiefbauprojekte zwischen den Unternehmen einvernehmlich aufzuteilen, wegen der Wettbewerbssituation im Untersuchungsgebiet ohnehin nicht erfolgsversprechend gewesen wäre (siehe oben Rz 615). Der Verweis auf das Fehlen einer ausdrücklichen Zustimmung zu dem «Rotationssystem» überzeugt nicht, da es für den Beweis eines Einverständnisses mit einer derartigen Zielsetzung nicht einer Vertragsurkunde bedarf, welche ein Vertreter der Oberholzer unterschrieben hat. Wie einleitend erläutert, kann der Nachweis einer inneren Tatsache wie das Vorliegen einer gemeinsamen Zwecksetzung auch mittels anderer Beweise erbracht werden (siehe oben Rz 598 ff.). Vorliegend zeigen die oben aufgeführten Indizien – dies sind insbesondere die Umstände, dass die Oberholzer an den regelmässig stattfindenden MA-Sitzungen anwesend war, Interessen geltend gemacht hat, sich an der Zuteilung von einzelnen Projekten schutzgebend und schutznehmend beteiligt hat und dass sie auch vor 2002 an einem vergleichbaren System beteiligt war –, dass die Oberholzer mit der Teilnahme am MA-System das Ziel verfolgte, wie es sich deutlich aus den Ausführungen der Implenia, der Walo und (zumindest für die Zeit vor 2004) der Toller ergibt. Der Einwand, das Bezwecken der gegenseitigen Zuteilung je nach Interessenslage wäre nicht erfolgsversprechend gewesen, weil im Untersuchungsgebiet auch andere Wettbewerber tätig gewesen seien, überzeugt ebenfalls nicht. Denn zum einen war der Wettbewerbsdruck im Untersuchungsgebiet insbesondere im Bereich Strassenbau nur gering (siehe dazu unten Rz 785 ff., 1058 ff.). Zum anderen steht der Einwand der genannten Zwecksetzung ohnehin nicht entgegen, weil der Einwand «nur» dagegen spricht, dass die acht Unternehmen alle Projekte untereinander aufgeteilt haben. Er vermag aber keinesfalls zu widerlegen, dass die Unternehmen mittels des MA-Systems zumindest bezweckten, möglichst viele Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet untereinander einvernehmlich aufzuteilen.

[806] Act. n° [...].
[807] […].
[808] Vgl. hierzu auch Rz 254.

638. Die Ausführungen der Implenia und der Toller zum Zweck der Zusammenarbeit sind mit Blick auf die genannten objektiven Beweise also überzeugend. Da die Toller einwendet, der Zweck der Zusammenarbeit habe sich für sie mit dem Inkrafttreten des verschärften Kartellgesetzes im Jahre 2004 geändert, ist zu prüfen, ob auch diese Aussage beweismässige Überzeugungskraft hat. Gegen die Behauptung der Toller sprechen indes die bereits genannten objektiven Beweise. Hätte sich der Modus der Zusammenarbeit infolge der Verschärfung des Kartellrechts geändert, so müssten sich hierfür Hinweise aus den Beweismitteln ergeben. Die objektiven Beweise belegen indessen, dass sich die Toller bis Mitte 2009 (jedenfalls weitgehend) «systemkonform» verhielt: Wie bereits dargelegt, hat die Toller nach 2004 insbesondere weiter an den MA-Sitzungen teilgenommen, weiter Interessen bezüglich der aufgelisteten Projekte bekundet und sich u. a. bezüglich der aufgelisteten Projekte an gemeinsamen Festlegungen des Gewinners sowie der Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten beteiligt (siehe oben Rz 479 ff.). Wie bereits dargelegt, ist auch die Behauptung der Toller, sie habe an den MA-Sitzungen teilgenommen, um günstige Belagspreise zu erhalten, in beweismässiger Hinsicht nicht überzeugend (siehe oben Rz 503 f.) Es liegt ausserdem keinerlei Hinweis dafür vor, dass die Toller den anderen Unternehmen mitgeteilt hätte, dass sie an den MA-Sitzungen mit einer anderen Zwecksetzung teilnehmen wolle. Vergleichbares gilt auch für alle anderen Unternehmen.

639. Auch der Umstand, dass die Unternehmen die MA-Listen nach 2004 anonymisiert haben – sie haben insbesondere nach Ende 2005 keine Listen mehr verwendet, auf denen die Unternehmen namentlich und mit Firmenlogo genannt wurden (siehe Rz 287 f.) –, weist darauf hin, dass der Zweck der Zusammenarbeit auch nach dem Inkrafttreten des verschärften Kartellgesetzes gleich geblieben ist. Denn die Unternehmen haben nach 2004 nicht etwa die Art und Weise ihre Zusammenarbeit geändert, sondern lediglich die Listen – durch die Verwendung von Kennzahlen – so modifiziert, dass man ihnen nicht mehr unmittelbar entnehmen konnte, welche Unternehmen im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen zusammenarbeiteten und vor Ablauf der Offerteingabefrist Interessen austauschten.

640. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Toller, aus denen zu schliessen ist, dass das MA-System dazu diente, sich die von öffentlicher Hand vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zuzuteilen, unabhängig voneinander gemacht wurden. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Auch die Toller konnte die Angaben der Selbstanzeigerinnen erst ab dem Versand des Antrags einsehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

641. Gegen die Annahme, dass das MA-System dazu diente, sich die von öffentlicher Hand vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zuzuteilen, spricht auch nicht, dass es nur im Ausnahmefall anlässlich der MA-Sitzungen zur Festlegung des Unternehmens kam, welches den Schutz erhalten soll (siehe zu diesem Einwand Rz 614 f.). Denn das Ziel der Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten ist nicht davon abhängig, in welchem Rahmen die Zuteilung eines konkreten Projekts letztendlich erfolgt. An dieser Stelle wird lediglich Beweis über die Bedeutung der MA-Sitzungen, der MA-Listen und der Interessensbekundungen Beweis geführt. Diesbezüglich hat sodann selbst die Hagedorn ausgeführt, dass die MA-Sitzungen der gegenseitigen Interessensabklärung «*und der Ermöglichung bilateraler Kontaktaufnahmen zur Besprechung einzelner Projekte*», mithin der Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten, gedient habe.[809] Ob am Ende des Prozesses immer eine erfolgreiche Zuteilung stand, ist für das Bestehen dieses Ziels völlig irrelevant.

642. Soweit sich die Unternehmen zur Widerlegung des Ziels der Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten auf das Parteigutachten berufen, ist auf Folgendes hinzuweisen. Das Sekretariat hat das Bestehen dieses gemeinsamen Ziels – wie es nun auch die Wettbewerbskommission tut (siehe oben Rz 636) – nur in Bezug auf die «Erfolgsquote» auf die statistische Analyse gestützt.[810] Daneben zeigen aber zahlreiche weitere Beweise, dass das MA-System dazu diente, sich im Untersuchungsgebiet ausgeschriebene Strassen- und Tiefbauprojekte zuzuteilen (siehe oben Rz 620 ff.). Auf die statistische Analyse der Veränderung des Bieterverhaltens anhand der Marker wurde im Zusammenhang mit dem Ziel der Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten also gar nicht eingegangen.

643. Da die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth und die Toller in Bezug auf die genannte Zielsetzung aber auf die Analyse der Marker eingehen, sei Folgendes ausgeführt. Das Parteigutachten scheint von der Annahme auszugehen, dass eine «Gesamtabrede» die erfolgreiche Zuteilung *aller* ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte in einem bestimmten (sachlichen und geografischen) Bereich erfordern würde, mithin, dass es bezüglich *aller* ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte in einem bestimmten (sachlichen und geografischen) Bereich und Zeitraum zu statistisch signifikanten Veränderungen des Bieterverhaltens gekommen sein muss. Wie bereits erläutert, ist Gegenstand der Beweiswürdigung in diesem Abschnitt allerdings ausschliesslich, was die acht Unternehmen mit den MA-Sitzungen, den MA-Listen und den Interessensbekundungen bezweckten. Es wird hingegen nicht Beweis zu der Frage geführt, ob sich die acht Unternehmen tatsächlich *alle* im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekte untereinander aufgeteilt haben. Das Ausmass der erfolgreichen Zuteilung sowie Veränderungen des Bieterverhaltens können jedoch Indizien für das Bestehen oder Nichtbestehen der zu beweisenden gemeinsamen Zielsetzung (siehe auch oben Rz 600). Wenn also das Bieterverhalten der acht Unternehmen bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten während der Zeit des Bestehens des MA-Systems in statistisch signifikanter Weise kollusiver war als das Bieterverhalten der acht Unternehmen bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten nach Beendigung des

[809] Act. n° [...].
[810] Antrag des Sekretariats vom 20.1.2016, Rz 510; Act. n° [...].

MA-Systems, so indiziert dies durchaus das Bestehen des Ziels, sich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet zuzuteilen. Ein solches Ergebnis ergibt sich denn auch aus der statistischen Analyse des Sekretariats (siehe dazu unten vertieft Rz 838 ff.). Denn die Marker weisen bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten, welche in der MAL-Periode (2004 bis Mitte 2009) vergeben wurden *und* bezüglich derer jeweils mindestens 65 % bzw. 80 % der eingereichten Offerten von Unternehmen der 8er-Gruppe stammten, in statistisch signifikanter Weise mehr auf kollusives Verhalten hin, als die Marker betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekten, welche in der post-MAL-Periode (Mitte 2009 bis Ende 2013) vergeben wurden *und* bezüglich derer jeweils mindestens 65 % der eingereichten Offerten von Unternehmen der 8er-Gruppe stammten. Diese Entwicklung lässt sich nicht auf andere Gründe als das MA-System zurückführen, denn eine vergleichbare Entwicklung der Marker zeigt sich gerade nicht, wenn nur Projekte untersucht werden, bezüglich derer mehrheitlich andere als die acht Unternehmen Offerten eingereicht haben (siehe Rz 847 ff.). Mit anderen Worten: Soweit Projekte betrachtet werden, für die jeweils mehrheitlich externe Unternehmen geboten haben, können zwischen den beiden Perioden gerade keine Veränderungen des Bieterverhaltens festgestellt werden.

644. Der Vollständigkeit halber sei hier erneut darauf hingewiesen, dass die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker im vorliegenden Fall nicht zum Nachweis des Endzeitpunkts des Bestehens des MA-Systems bzw. seines Zwecks verwendet wird (siehe Rz A.1.1.1.1(i) ff.). Der Einwand der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller, aus dem Parteigutachten lasse sich gar kein Endzeitpunkt der Zusammenarbeit ableiten, geht damit ins Leere (siehe auch Rz 361).

645. Zusammenfassend sind die Angaben der Implenia und der Toller (für die Zeit vor 2004) zum Zweck der Zusammenarbeit, wonach die MA-Liste Grundlage für den Versuch war, die auf den MA-Listen aufgeführten Projekte untereinander aufzuteilen, insbesondere aus folgenden Gründen in beweismässiger Hinsicht überzeugend:

- Auf den stetig aktualisierten MA-Listen sollten – jeweils vor Auftragsvergabe bzw. Ablauf der Eingabefrist – möglichst alle Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zusammengefasst werden, welche im Untersuchungsgebiet durch öffentliche Stellen vergeben wurden. Die acht Unternehmen meldeten dementsprechend in grossem Umfang Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet für die MA-Listen.
- Der Modus der Zusammenarbeit sah weiter vor, dass die acht beteiligten Unternehmen bezüglich der auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet an der MA-Sitzung vor Ablauf der Eingabefristen Interessen geltend machen konnten; sie konnten die Stärke des Interesses variieren («*» für Interesse oder «**» für ein besonders grosses Interesse).
- Die acht Unternehmen haben sich auch nach 2001 und bis Mitte 2009 regelmässig, d.h. alle zwei bis vier Wochen, getroffen, um sich hinsichtlich der Interessenslage betreffend die auf der jeweils aktuellen MA-Liste aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet auszutauschen. Alle acht Unternehmen haben bezüglich der aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und 2009 wiederholt vor Ablauf der Eingabefrist Interessen geltend gemacht.
- Alle acht Unternehmen haben sich zwischen 2001 und Mitte 2009 wiederholt derart koordiniert, dass sie (in unterschiedlichen Konstellationen) betreffend einzelner Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet gemeinsam festgelegt haben, welches Unternehmen das Projekt erhalten soll und wie hoch die Gewinnerofferte sowie die Stützofferten sein sollen. Eine solche Koordination erfolgte insbesondere bezüglich solcher Projekte, welche auf den MA-Listen aufgeführt waren und hinsichtlich derer die acht Unternehmen an den MA-Sitzungen Interessen geltend gemacht hatten.
- Aus der statistischen Analyse ergibt sich, dass ca. 70-80 % der mittels des DOP und/oder der HA-Listen identifizierten MA-Listen-Projekte von einem solchen Unternehmen gewonnen wurden, welches im Rahmen der MA-Sitzung (mit) das höchste Interesse an einem Projekt geltend gemacht hatte und/oder welches laut der HA-Listen geschützt wurde.
- Es ist bewiesen, dass die Zusammenarbeit vor 2002 dazu diente, die Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet untereinander aufzuteilen. Vor 2002 kam es wiederholt zu gemeinsamen Festlegungen, welches Unternehmen das Projekt erhalten soll und wie hoch die Gewinnerofferte sowie die Stützofferten sein sollen. Die Zusammenarbeit in der Zeit zwischen Anfang 2002 und Mitte 2009 erfolgte nach dem exakt gleichen Modus wie vor 2002. Über die Jahre hinweg hat jedes der acht Unternehmen bei verschiedenen Projekten sowohl Schutz erhalten als auch Stützofferten zugunsten eines geschützten Unternehmens eingereicht.
- Dafür, dass die Zusammenarbeit vorrangig dazu diente, ARGE-Partner zu finden, gibt es keine Anhaltspunkte. So wurden zwischen den acht Unternehmen nur wenige ARGE gebildet. ARGE wurden unter den acht Unternehmen allenfalls hinsichtlich Projekten mit sehr hohem Auftragswert gebildet (Durchschnittswert der Offerten: ca. CHF 1 Mio.). Die überwiegende Mehrzahl der auf den MA-Listen aufgelisteten Projekte hatte jedoch einen (weit) geringeren Wert.
- Aus dem Umstand, dass das Kartellgesetz ab Anfang 2004 verschärft wurde, ergeben sich im vorliegenden Fall keine Hinweise auf die Änderung der Zwecksetzung. Denn die acht Unternehmen haben den Modus der Zusammenarbeit nach dem Inkrafttreten des verschärften Kartellgesetzes nicht verändert und insbesondere bezüglich einzelner Projekte bis ins Jahr 2009 hinein wiederholt gemeinsam festgelegt, welches Unternehmen die Ausschreibung gewinnen sollte und wie hoch die Gewinneroffertsumme und die Stützoffertsummen sein sollten.

- Auch dafür, dass sich die Zwecksetzung der Zusammenarbeit bei einzelnen Unternehmen im Laufe der Jahre geändert hat, bestehen keine Anhaltspunkte. Denn keines der acht Unternehmen hat die Zusammenarbeit eingestellt oder den jeweils anderen Unternehmen mitgeteilt, dass es an den Treffen mit einer anderen Zwecksetzung teilnimmt.

646. Soweit die anderen sechs Unternehmen angeben, die Zusammenarbeit habe nicht dazu gedient, die auf den Listen aufgeführten Projekte untereinander aufzuteilen, sind sie nicht überzeugend. Dies gilt insbesondere für das Bestreiten eines «Plans» durch die Walo (siehe oben Rz 612). Da die Walo jedoch wiederum selbst angibt, dass jede Interessensbekundung den Wunsch nach Stützofferten impliziert habe, ist in dem Bestreiten eine Schutzbehauptung zu sehen, welche auch dadurch erklärlich ist, dass die Walo als zweite Selbstanzeigerin keine vollständige Reduktion der Sanktion zu erwarten hat.

647. Es ist damit bewiesen, dass die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 (auch) auf die einvernehmliche Zuteilung der aufgelisteten Projekte sowie den Versuch der Festlegung des Zuschlaggewinners und der Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten gerichtet war. Es ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend den Zweck des MA-Systems gemacht haben.

648. Soweit die Toller geltend macht, die Zusammenarbeit im Rahmen bzw. die Bedeutung des Baumeisterverbands sei vom Sekretariat nicht richtig untersucht worden, ist nicht ersichtlich,[811] inwiefern dieser Einwand gegen das oben genannte Beweisergebnis sprechen sollte. Vorliegend ist Beweis über den Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems geführt worden. Dabei wurde der Zweck des MA-Systems in beweismässiger Hinsicht erstellt. Ob es vorliegend andere Zusammenarbeitssysteme zwischen Bauunternehmen in der Region gegeben hat und ob diese möglicherweise vergleichbare Zwecke wie das MA-System hatten, ändern an obigen Ausführungen nichts. Selbst wenn der Baumeisterverband vor 2004 oder 2002 eine grössere Rolle in der Zusammenarbeit der acht Unternehmen gespielt hätte, so würde dies nichts am oben genannten Zweck des MA-Systems ändern.

c. Das weitere Vorgehen nach der Interessensbekundung

649. Im Folgenden wird dargestellt, wie die acht Unternehmen in Bezug auf die Zuteilung der auf der MA-Liste aufgeführten Projekte nach der Interessensbekundung weiter vorgingen. Ausser den Selbstanzeigerinnen sowie teilweise der Toller hat keine der Verfahrensparteien diesbezüglich Angaben gemacht. Dies lässt sich dadurch erklären, dass die anderen Unternehmen schon die im vorangehenden Abschnitt beschriebene Zwecksetzung des MA-Systems bestritten haben (siehe oben Rz 602 ff.).

650. Wie bereits erläutert, haben die beiden Selbstanzeigerinnen übereinstimmend angegeben, dass es vorgekommen sei, dass ein Unternehmen an der MA-Sitzung als Gewinner eines bestimmten Projekts designiert worden sei. Dies sei jedoch allenfalls dann passiert, wenn hinreichend klar gewesen sei, dass keinerlei Interessenskonflikt hinsichtlich dieses konkreten Projekts bestanden habe (siehe oben Rz 604 ff.).

651. Auch die Toller hat angegeben, dass Unternehmen an der MA-Sitzung als Gewinner eines bestimmten Projekts bestimmt worden seien. Laut der Toller sei dies aber nur vor dem Jahr 2004 geschehen. Danach sei man diesbezüglich nur noch bilateral, d.h. ausserhalb der MA-Sitzungen, zu einer Einigung gekommen.[812]

652. Ausser in den Fällen, in denen an der MA-Sitzung direkt bestimmt wurde, welches Unternehmen Schutz erhalten soll, hätten sich die acht Unternehmen laut der Implenia an der MA-Sitzung – wenn möglich – darüber geeinigt, welches Unternehmen für die weitere Koordination den «Lead» haben solle.[813] Unter der Leitung dieses Unternehmens sei dann ausserhalb der MA-Sitzungen versucht worden, zu vereinbaren, welches Unternehmen Schutz bekommen sollte und ggf. wie hoch die Gewinneroffertsumme sowie die Stützoffertsummen sein sollten.[814]

653. Was die Kriterien waren, nach denen bestimmt wurde, welches Unternehmen den «Lead» haben sollte, hat die Implenia nicht allgemein erläutert. Aus den weiteren Angaben der Implenia ist jedoch zu entnehmen, dass im Fall eines fehlenden Interessenskonflikts dasjenige Unternehmen, welches alleine das höchste Interesse geltend gemacht, den «Lead» übernommen habe.[815] Lag dagegen ein Interessenskonflikt vor, so hätten die Unternehmen an der MA-Sitzung versucht, sich zunächst über den «Leader» zu einigen.[816] Wenn an der MA-Sitzung diesbezüglich keine Einigung möglich gewesen sei, so hätten die Unternehmen mit dem höchsten Interesse versuchen können, auf bilateralem Weg, d. h. ausserhalb der MA-Sitzungen, eine Einigung herbeizuführen.[817] Teilweise sei ein Projekt schon an der MA-Sitzung «freigegeben» worden, d. h. man habe beschlossen, dass die gleichermassen interessierten Unternehmen konkurrierende Offerten eingeben dürften.[818]

654. Die Walo hat eine gemeinsame Benennung des Unternehmens, welches die weitere Organisation des Schutzes übernehmen sollte, nicht ausdrücklich thematisiert. Laut ihren Angaben habe das Unternehmen, [welches das Projekt erhalten wolle, die Stützofferten organisieren und alle Unternehmen, welche eine Offerte einreichen wollten, in die Abrede habe einbinden müssen.][819] Wenn es mehrere Unternehmen gab, welche den Schutz wollten, sei an den separaten Sitzungen abgemacht worden, welches Unternehmen den Schutz erhalte.[820]

[811] Act. n° [...].
[812] Act. n° [...].
[813] Act. n° [...].
[814] Act. n° [...].
[815] Act. n° [...].
[816] Act. n° [...].
[817] Act. n° [...].
[818] Act. n° [...].
[819] Act. n° [...].
[820] Act. n° [...].

655. Wiederum übereinstimmend haben die beiden Selbstanzeigerinnen erläutert, dass der Gewinner (ausser in Ausnahmefällen) sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten nicht an der MA-Sitzung, sondern erst an einer separaten Sitzung, telefonisch, per Fax und/oder per E-Mail definitiv festgesetzt worden seien.[821] Vergleichbares geht – zumindest für die Zeit zwischen 2004 bis 2008 – auch aus den Angaben der Toller hervor. Beide Selbstanzeigerinnen haben zudem erläutert, dass die Verhandlungen auch beinhalteten, dass sich die Unternehmen um die Einbeziehung von externen Unternehmen in diese Koordination bemühten, wenn absehbar war, dass sich solche externen Unternehmen ebenfalls um ein konkretes Projekt bewerben würden.[822] Insbesondere in Fällen von Interessenskonflikten sei laut der Implenia versucht worden, eine einvernehmliche Regelung durch Bildung einer ARGE herbeizuführen.[823] Wenn in separaten Sitzungen und/oder bei Verhandlungen auf anderen Kommunikationswegen keinerlei Einigung erzielt werden konnte, wurde das Projekt wiederum freigegeben.

656. Alle vorliegenden Beweismittel müssen im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

657. Für die Glaubhaftigkeit der Angaben der Selbstanzeigerinnen spricht schon, dass sie je für sich einen hohen Detaillierungsgrad aufweisen. Ein hoher Detaillierungsgrad einer Stellungnahme weist auf die innere Glaubhaftigkeit hin (siehe Rz 126). Zudem stimmen die Angaben der Selbstanzeigerinnen im Wesentlichen miteinander überein, obwohl die Angaben ohne Kenntnis der Ausführungen der jeweils anderen Selbstanzeigerin getätigt wurden. Dies gilt auch für die Stellungnahme der Toller, welche ohne Kenntnis der Angaben der Selbstanzeigerinnen zumindest teilweise Angaben gemacht hat, welche die Ausführungen der Selbstanzeigerinnen als plausibel erscheinen lassen.

658. Darüber hinaus liegen keine Beweismittel vor, welche indizieren, dass die acht Unternehmen nicht auf die von den Selbstanzeigerinnen beschriebene Art und Weise zusammengearbeitet haben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Angaben der Toller den Angaben der Selbstanzeigerinnen für die Zeit vor 2007 nicht widersprechen. Soweit die Angaben der Toller zum zeitlichen Ende der Zusammenarbeit den Angaben der Selbstanzeigerinnen widersprechen, sind sie nicht überzeugend (siehe oben Rz 326 ff., 479 ff.). Des Weiteren liegen keinerlei Hinweise dafür vor, dass der Modus des Vorgehens nach der Interessensbekundung nicht wie von den Selbstanzeigerinnen und der Toller beschrieben funktionierte.

659. Die vorliegenden Beweismittel zeigen zudem, dass die acht Unternehmen von Anfang 2002 bis Mitte 2009 unverändert zusammengearbeitet haben, was insbesondere Folgendes beinhaltete: Wie bereits erläutert haben sie sich regelmässig getroffen, die MA-Listen besprochen und Interessen hinsichtlich der aufgeführten Projekte geltend gemacht (siehe oben Rz 574 ff.). Weiter kann bewiesen werden, dass die Unternehmen gemeinsam (in unterschiedlichen Konstellationen) den Gewinner sowie die Höhe des Gewinnerangebots und der Stützofferten u. a. für auf den MA-Listen aufgeführte Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet festgelegt haben (siehe unten Rz 701 ff.). Dabei ist durch die statistische Analyse nachgewiesen, dass bei ca. 70–80 % der identifizierten MA-Listen-Projekte dasjenige Unternehmen das Projekt gewonnen hat, welches alleine oder mit einem anderen Unternehmen zusammen das höchste Interesse an dem jeweiligen Projekt hatte und/oder welches laut HA-Listen geschützt war (siehe unten Rz 827 ff.). Dies zeigt, dass die gemeinsame Zuteilung entsprechend der Interessenslage erfolgte und die Interessenslage häufig auch widerspiegelt, welchem Unternehmen ein bestimmtes aufgelistetes Bauprojekt zugeteilt wurde. Wie bereits erläutert, wurden als Folge der Interessensabklärung nur selten ARGE gebildet (siehe oben Rz 629 ff.).

660. Dass die acht Unternehmen an den MA-Sitzungen je nach Interessenslage bestimmt Beschlüsse gefasst haben, geht auch aus der Zusammenschau der bei der Hagedorn beschlagnahmten MA-Liste 2009_16, in der [Vertreter der Hagedorn] bestimmte Notizen handschriftlich eingetragen hat[824], und sonstigen Beweismitteln hervor, aus denen sich ergibt, dass die Unternehmen sich genau hinsichtlich der an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 besprochenen Projekte später auch koordinierten. Nachfolgend abgebildet ist folgender Ausschnitt aus der erwähnten MA-Liste:

[821] […].
[822] Act. n° [...].
[823] […].
[824] Act. n° [...].



Abbildung 36: Auszug aus Act. n° [...]

Aus diesem geht hervor, dass die anwesenden Unternehmen die Interessenslage bezüglich des markierten Projekts (Nr. 55, «[…]») abgeklärt haben. Dies hat [Vertreter der Hagedorn] in der Liste eingetragen. Die ausserdem vorgenommene Einkreisung des höchsten Interesses passt dabei zu den Angaben der Selbstanzeigerinnen, wonach bisweilen an der MA-Sitzung festgelegt wurde, welches Unternehmen den Zuschlag bekommen soll. Die Einkreisung steht auch im Einklang mit der Angabe der Implenia, wonach an den MA-Sitzungen zumindest das «Lead»-Unternehmen bestimmt wurde. Berücksichtigt man nun noch, dass bewiesen werden kann, dass die Hagedorn, deren zwei Sterne eingekreist wurden, tatsächlich das Projekt gewonnen hat, und zudem weitere Indizien vorliegen, welche auf darauf hinweisen, dass die Unternehmen hinsichtlich dieses Projekts den Gewinner sowie die Höhe der Gewinner- und der Stützofferten festgelegt haben (siehe unten Rz 714 ff), so belegt dies, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen zum Vorgehen der acht Unternehmen nach der Interessensbekundung zutreffen.

661. Ein weiterer Ausschnitt aus dem soeben genannten Dokument belegt die Angaben der Selbstanzeigerinnen insbesondere im Hinblick auf eine allfällige «Freigabe»-Entscheidung, welche bisweilen ebenfalls an der MA-Sitzung erfolgte. Dieser Ausschnitt ist nachfolgend abgebildet:



Abbildung 37: Auszug aus Act. n° [...]

Dieser Ausschnitt zeigt, dass auch an der MA-Sitzung auf «Freigabe» entschieden wurde, wenn zu viele Unternehmen gleichermassen an dem Projekt interessiert waren. Denn [Vertreter der Hagedorn] hat hinsichtlich eines bestimmten Projekts («[…]», Nr. 98) die Interessensbekundung von mehreren Unternehmen eingekreist und zudem «Freigabe» hinsichtlich dieses Projekts notiert. Eine Definition des Begriffs «Freigabe» hat zuletzt auch die Hagedorn in ihrer Stellungnahme zum Antrag abgegeben. Danach bedeute «Freigabe», der «Entscheid, sich Wettbewerb zu machen».[825] Dies steht im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen zur «Freigabe» (siehe oben Rz 653, 655) und belegt, dass wenn nicht auf «Freigabe» entschieden wurde, gerade kein Wettbewerb zwischen den acht Unternehmen herrschen sollte.

662. Damit ist aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass die acht Unternehmen versuchten, sich die auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet auf die von den Selbstanzeigerinnen beschriebene Art und Weise zuzuteilen. Diese Vorgehensweise ist im Folgenden noch einmal zusammenfassend dargestellt:

- Bestand bei der letzten Sitzung vor Ablauf der Eingabefrist hinsichtlich eines bestimmten Strassen- und/oder Tiefbauprojekts im Untersuchungsgebiet *kein Interessenskonflikt* zwischen den acht Unternehmen, so wurde an der MA-Sitzung beschlossen, dass das Unternehmen das Projekt gewinnen und/oder dass es den «Lead» bei der nachfolgenden Organisation der Stützofferten haben soll. Bei anschliessenden Verhandlungen in separaten Sitzungen, bei telefonischen Beratungen oder Koordinierungen per E-Mail oder Fax organisierte sich dieses Unternehmen dann «Schutz» (teilweise auch von anderen als den acht Unternehmen [«Drittunternehmen»]) oder zumindest «Teilschutz» (wenn sich ein Drittunternehmen nicht einbinden liess) (siehe vertieft dazu Rz 674 ff.).
- Zeigte sich an der letzten MA-Sitzung vor Ablauf der Eingabefrist dagegen *ein Interessenskonflikt* zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen, so bestanden drei Handlungsoptionen:
  - Die Unternehmen versuchten sich an der MA-Sitzungen darüber zu einigen, welches Unternehmen sich als «Lead»-Unternehmen den Schutz organisieren durfte. Gelang diese Einigung, so versuchte das Unternehmen, sich bei anschliessenden Verhandlungen in separaten Sitzungen, bei telefonischen Beratungen oder Koordinierungen per E-Mail oder Fax «Schutz» (teilweise auch von Drittunternehmen) oder zumindest «Teilschutz» (wenn sich nicht alle Unternehmen einbinden liessen) zu organisieren. Gelang bei

[825] Act. n° [...].

den separaten Verhandlungen keine Einigung, so konnte das «Lead»-Unternehmen versuchen, mit dem oder den gleichermassen interessierten Unternehmen eine ARGE zu bilden – welche sich auch «Schutz» oder «Teilschutz» organisieren konnte. War keinerlei Einigung über den oder die Gewinner möglich, so wurde das Projekt «freigegeben».

- Die Unternehmen beschlossen, ohne dass sie ausdrücklich ein «Lead»-Unternehmen bestimmten, dass die im gleichem Masse interessierten Unternehmen in separaten Sitzungen, bei telefonischen Beratungen oder Koordinierungen per E-Mail oder Fax den Versuch einer Einigung im oben beschriebenen Sinne unternehmen sollten. Dies gelang bisweilen. Gelang bei entsprechenden Verhandlungen keine Einigung über den oder die Gewinner und die Höhe der Gewinner- und Stützofferten, so entschieden die beteiligten Unternehmen auf «Freigabe».
- Die Unternehmen beschlossen bereits an der MA-Sitzung betreffend des Projekts auf «Freigabe». Dies passierte, wenn sich ein zu grosser Interessenskonflikt und/oder die Beteiligung von Drittunternehmen abzeichnete(n), von denen die Unternehmen ausgingen, dass diese sich nicht an einer Festlegung des Gewinners und der Gewinner- und Stützofferten beteiligen würden.

663. Beispiele für die den MA-Sitzungen nachfolgenden Koordinierungen zwischen den acht Unternehmen finden sich in A.5.3.1.4.

d. Einverständnis der acht Unternehmen mit den Regeln des MA-Systems

664. Weder die De Zanet noch die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth oder die Bernet Bau haben erklärt, dass sie mit den aufgezeigten Regeln des MA-Systems einverstanden waren. Das Vorliegen eines derartigen Einverständnisses ist eine innere Tatsache. Ob eine Tatsache als bewiesen angesehen wird, ergibt sich daraus, ob die Wettbewerbsbehörden ihr Vorliegen für überwiegend wahrscheinlich halten. Da vorliegend die sechs Unternehmen zu einem derartigen Einverständnis keine Angaben gemacht haben bzw. sein Vorliegen implizit bestritten haben, ist nachfolgend zu prüfen, ob es mit Blick auf die äusseren bewiesenen Tatsachen als bewiesen angesehen werden kann.

665. Die bisherige Beweiswürdigung hat ergeben, dass sich alle acht Unternehmen im gesamten Zeitraum zwischen Anfang 2002 und Mitte 2009 (weitgehend) «systemkonform» verhalten haben. Alle acht Unternehmen haben im genannten Zeitraum jedenfalls die MA-Listen erhalten, an den regelmässig stattfindenden MA-Sitzungen teilgenommen und an MA-Sitzungen bezüglich der aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefristen Interessen geltend gemacht. Wie bereits erläutert, kann dies nicht nur zum Zweck der Bildung von ARGE geschehen sein. Aus den folgenden Abschnitten ergibt sich darüber hinaus, dass sich alle acht Unternehmen wiederholt an der Zuteilung von konkreten aufgelisteten Projekten derart beteiligt haben, dass sie gemeinsam mit anderen Unternehmen den Gewinner des Projekts sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten festgelegt haben (siehe dazu unten Rz 747 ff.). Sie haben derartige Festlegungen dabei vor allem hinsichtlich solcher Projekte vorgenommen, welche auf den MA-Listen aufgeführt waren. Dabei ist durch die statistische Analyse nachgewiesen, dass bei ca. 70–80 % der MA-Listen-Projekte, für welche mittels des DOP und/oder den HA-Listen der Gewinner ermittelt werden konnte, dasjenige Unternehmen das Projekt gewonnen hat, welches alleine oder mit einem anderen Unternehmen zusammen das höchste Interesse an dem jeweiligen Projekt hatte und/oder nach den HA-Listen als schutznehmend bestimmt wurde (siehe unten Rz 819 ff.). Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass den Wettbewerbsbehörden keinerlei Hinweis vorliegt, dass ein oder mehrere Unternehmen gegenüber den anderen beteiligten Unternehmen geäussert hat/haben, dass sie mit der aufgezeigten Funktionsweise des MA-Systems nicht einverstanden sei/seien.

666. Die Gesamtheit dieser Tatsachen zeigt, dass sich nicht nur die Selbstanzeigerinnen, sondern auch die anderen sechs Unternehmen mit den Regeln des MA-Systems einverstanden erklärt haben. Denn wären die sechs Unternehmen mit dem MA-System nicht einverstanden gewesen, so hätten sie sich nicht weitgehend entsprechend der geschilderten Regeln verhalten. Hinzuweisen ist darauf, dass die Nichteinhaltung von gewissen Regeln nicht per se gegen ein Einverständnis spricht. Denn in einer solchen Nichteinhaltung kommt allenfalls eine mangelnde Umsetzung einer geplanten Zusammenarbeit zum Ausdruck. Dies gilt zumindest dann, wenn der Verstoss gegen die Regeln einmalig ist, sich nicht ständig wiederholt oder sich ein Unternehmen nach dem Verstoss wieder regelkonform verhält. Vor diesem Hintergrund kann vorliegend aus dem Aussetzen der Interessensbekundungen oder der ausbleibenden Teilnahme an MA-Sitzungen nicht auf den Wegfall des Einverständnisses geschlossen werden. Denn alle acht Unternehmen haben jedenfalls bis in das Jahr 2009 an Sitzungen teilgenommen, Interessen an konkreten Projekten bekundet, und sich an Festlegungen des Gewinners und der Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten beteiligt.

667. Bei der Beweiswürdigung ist zudem zu beachten, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Toller (für die Zeit vor 2004), aus denen zu schliessen ist, dass alle Unternehmen mit dem MA-System das Ziel verfolgten, sich die von öffentlicher Hand vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zuzuteilen, unabhängig voneinander gemacht wurden. Denn die Selbstanzeigerinnen hatten jeweils erst ab Versand des Antrags die Möglichkeit, die Angaben der jeweils anderen Selbstanzeigerin einzusehen. Auch die Toller konnte die Angaben der Selbstanzeigerinnen erst ab dem Versand des Antrags einsehen. Werden gleiche Angaben ohne das Wissen um andere Angaben gemacht, so spricht dies für die Überzeugungskraft eines Beweismittels.

668. Die Reichmuth-Gesellschaften machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend, eine Beteiligung der Reichmuth an einer gemeinsamen Zwecksetzung sei ausgeschlossen, da das Bauunter-

nehmen Reichmuth gar nicht im Gebiet See-Gaster tätig gewesen sei; so habe die Walo auch angegeben, dass sie mit der Reichmuth praktisch keinen Kontakt gehabt habe.[826] Diese Einwände überzeugen nicht. Es ist richtig, dass die Walo (Bezirk See-Gaster) mit der Reichmuth weniger Kontakt hatte, weil sich ihre Tätigkeitsgebiete kaum überschnitten. Dementsprechend hat die Walo angegeben, dass es nach der Erinnerung des damaligen [Vertreters] zwischen ihr und der Reichmuth [nicht zu Abreden][827] gekommen sei. Hieraus geht hervor, dass die Reichmuth bezüglich der gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen hinsichtlich einzelner Strassen- und/oder Tiefbauprojekten (siehe dazu unten Rz 674 ff.) nicht mit der Walo zusammengearbeitet hat. An diese Stelle wird indessen darüber Beweis geführt, ob die Reichmuth – wie alle anderen Unternehmen der 8er-Gruppe – mit dem MA-System die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten bezweckte. Dies ist mit Blick auf die Gesamtheit der vorliegenden Beweismittel und die Angaben der Selbstanzeigerinnen zu bejahen (siehe oben Rz 664 ff.). Dies gilt insbesondere auch, da die Reichmuth gerade deshalb zur Zusammenarbeit eingeladen wurde, weil Unternehmen wie Hagedorn und Implenia im Gebiet der Reichmuth offerierten und damit auf die Mitarbeit der Reichmuth angewiesen waren.[828] Die Reichmuth muss die Zwecksetzung des MA-Systems, sich im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zuzuteilen, mithin gekannt und mitgetragen haben. Die gilt insbesondere, da die Möglichkeit der Erreichung des genannten Ziels durch die Beschränkung des Tätigkeitsbereichs der Reichmuth naturgemäss nicht ausgeschlossen, sondern für die im Gebiet See-Gaster tätigen Teilnehmer an den MA-Sitzungen sogar noch erhöht wurde.

669. Der Vollständigkeit halber sei hier darauf hingewiesen, dass die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker im vorliegenden Fall nicht zum Nachweis der Dauer des Einverständnis der acht Unternehmen mit dem Ziel des MA-Systems verwendet wird (siehe Rz 838 ff.). Das Bestehen dieses Einverständnis wird ausschliesslich mit Blick auf die oben genannten Beweismittel als bewiesen angesehen.

670. Aus den bewiesenen äusseren Tatsachen sowie den Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Toller ist damit zu folgern, dass alle acht Unternehmen bis Mitte 2009 mit den dargelegten Regeln der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems einverstanden waren. Unerheblich wäre, wenn sich einzelne Unternehmen daneben auch aus anderen Gründen an den MA-Sitzungen beteiligt hätten. Denn wie erläutert können Zielsetzungen nebeneinander bestehen, soweit sie sich nicht widersprechen (siehe oben Rz 602, 623). Es ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend das mit dem MA-System verfolgte Ziel gemacht haben.

e. Zwischenergebnis

671. Aus den genannten Angaben der Unternehmen sowie den Urkundenbeweisen ist damit zusammenfassend Folgendes als bewiesen anzusehen: Die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen diente zwischen Anfang 2002 und Mitte 2009 der einvernehmlichen Zuteilung der aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet. Mit ihr sollte dementsprechend ermöglicht werden, hinsichtlich der genannten Projekte einvernehmlich den Zuschlaggewinner und die Höhe der Gewinnerofferte sowie der Stützofferten festzulegen.

672. Dazu klärten die acht Unternehmen bezüglich der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefrist die Interessenslage an den MA-Sitzungen ab. Je nach Ergebnis der Interessensabklärung machten die acht Unternehmen an der MA-Sitzung bestimmte Festlegungen: Bisweilen legten sie an der MA-Sitzung bereits den Gewinner eines bestimmten Projekts fest oder entschieden auf «Freigabe». In den meisten Fällen bestimmten sie jedoch das «Lead»-Unternehmen, welches an separaten Verhandlungen die endgültige Festlegung des Gewinners sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten koordinieren sollte. In der Regel wurde ein solches Unternehmen als «Lead»-Unternehmen bestimmt, welches das betreffende Projekt auch gewinnen wollte.

673. Insbesondere aus den äusseren Umständen der Zusammenarbeit und dem «systemkonformen» Verhalten aller acht Unternehmen sowie den Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Toller kann gefolgert werden, dass die acht Unternehmen auf die beschriebene Art und Weise zusammenarbeiten wollten.

A.5.4.1.4 Die Koordination nach den MA-Sitzungen: Gemeinsame Festlegungen betreffend die Zuteilung von einzelnen Projekten

674. Wie soeben erläutert, versuchten die acht Unternehmen nach den MA-Sitzungen, an denen die Interessenslage abgeklärt und das «Lead»-Unternehmen bestimmt worden war, an separaten Sitzungen, telefonisch, per Fax und/oder per E-Mail, gemeinsam – wenn auch in unterschiedlichen Konstellationen – den Gewinner des Projekts sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten festzulegen. Wie nachfolgend gezeigt wird, gelang den Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen entsprechende Übereinkünfte in einer Vielzahl von Fällen.

a. Angaben der acht Unternehmen

675. Die Selbstanzeigerinnen haben angegeben, dass sie an den MA-Sitzungen zeitlich nachfolgenden Koordinierungen, bei welchen der Gewinner des Projekts und die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten gemeinsam festgelegt worden waren, beteiligt gewesen seien. Sie hätten sowohl Schutz von anderen Unternehmen erhalten als auch Schutz gegeben. Die Selbstanzeigerinnen beschreiben die separaten Verhandlungen als Vereinbarung darüber, wer den Zuschlag erhalten sollte.[829] Wenn eine Einigung über den Gewinner der Ausschreibung misslang, so sei das Projekt «freigegeben» worden.[830] Dies sei vor allem dann geschehen,

[826] […].
[827] Act. n° [...] (Hervorhebung durch die Wettbewerbskommission).
[828] Act. n° [...].
[829] […].
[830] Act. n° [...].

wenn es zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen zu einem unüberbrückbaren Interessenskonflikt gekommen sei oder wenn den acht Unternehmen eine Zuteilung wegen möglicher Eingaben externer Unternehmen nicht erfolgsversprechend erschien. Dies sei vor allem dann der Fall gewesen, wenn es um Projekte mit hohem Auftragswert gegangen sei und/oder diese im offenen Verfahren ausgeschrieben worden seien. [Wenn hingegen eine Einigung möglich gewesen sei, so seien die Eingabesummen und die prozentuale Abweichung der Schutzofferten kommuniziert worden. Diese Kommunikation sei jeweils über Telefon oder Fax erfolgt].[831]

676. Die Selbstanzeigerinnen haben zwei Gründe genannt, warum erst nach den MA-Sitzungen versucht wurde, die Eingabepreise gemeinsam mit dem Ziel festzulegen, einem Unternehmen das Projekt «zuzuschanzen»: Erstens hätten die MA-Sitzungen zu lange gedauert, wenn an den MA-Sitzungen auch die Preise diskutiert worden wären. Zweitens sei es nur bei einer «nachgelagerten» Koordination möglich gewesen, andere Unternehmen als die acht Unternehmen in die Koordination einzubeziehen. Denn hätten sich die acht Unternehmen direkt an der MA-Sitzung über die endgültige Festlegung des Gewinnerunternehmens sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten geeinigt, so hätten sie gar nicht abklären können, ob andere als die acht Unternehmen an dem Projekt interessiert gewesen wären, und auch keine entsprechende Abreden treffen können.[832]

677. Die Toller gibt an, dass sie bis 2004 und danach noch bis etwa 2007 – «ganz vereinzelt» – an den beschriebenen Koordinierungen beteiligt gewesen sei.[833] Die anderen Unternehmen haben zu derartigen Koordinierungen entweder keine Angaben gemacht, sie gänzlich abgestritten oder aber angeben, dass es allenfalls vor 2004 (im Einzelfall) zu Koordinierungen gekommen sein könnte.[834] Die Selbstanzeigerinnen haben hingegeben ausdrücklich ausgesagt, dass sich alle acht Unternehmen – in wechselnden Konstellationen – an gemeinsamen Festlegungen des Gewinnunternehmens sowie der Höhe der Eingabesummen der Gewinnerofferte und der Stützofferten beteiligt hätten.[835] Die Walo hat zudem zwei Listen eingereicht, in welchen insgesamt 31 Projekte enthalten sind, bei welchen es nach ihren Angaben zur Übereinkunft über «Schutz» und die Höhe der Gewinneroffertsumme und der Stützoffertsummen gekommen sei, und in der mit Ausnahme der Reichmuth alle acht Unternehmen genannt werden.[836]

678. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer sowie die Toller geltend gemacht, dass bezüglich einzelner Projekte nicht nachgewiesen werden könne, dass es zwischen den Unternehmen zur gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers sowie der Höhe der Eingabesummern gekommen sei.[837] Zur Begründung führen die Unternehmen insbesondere aus, dass sich aus den HA-Listen Derartiges nicht ergebe. Die Toller zieht darüber hinaus die Angaben der Selbstanzeigerinnen in Zweifel.[838] Die Unternehmen gehen teilweise auch auf die nun folgenden Ausführungen ein. Hierauf wird an gegebener Stelle Bezug genommen. Die Reichmuth-Gesellschaften geben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats nicht auf die nachfolgenden Beweismittel ein.[839] Sie geben allerdings an, das Bauunternehmen Reichmuth sei lediglich im Gebiet der Bezirke March und Höfe, und nicht im Gebiet des Bezirks See-Gaster tätig gewesen. Eine Beteiligung von Reichmuth an Koordinationen sei für Projekte aus dem Gebiet des Bezirks See-Gaster damit ausgeschlossen.[840]

b. Beweiswürdigung und Beweisergebnis: Gemeinsame Festlegung des schutznehmenden Unternehmens und der preislichen Höhen der Gewinnerofferte und der Stützofferten betreffend einzelne Bauprojekte

679. Die genannten Angaben der Unternehmen stehen damit vor allem für die Zeit nach 2004 teilweise in Widerspruch zueinander. Damit müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126).

680. Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sind schon in sich schlüssig, weil sie nachvollziehbar begründen, warum die Verhandlungen über den Schutz sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten in der Regel nach den MA-Sitzungen erfolgte. Zudem zeigen die nachfolgenden Ausführungen, dass objektive Beweismittel vorliegen, welche im Einklang mit der Behauptung der Selbstanzeigerinnen stehen, dass sich die acht Unternehmen auch zwischen 2002 und 2009 (betreffend die Zeit vor 2002 siehe Rz 221 ff.) bezüglich konkreter Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet auf die von den Selbstanzeigerinnen beschriebene Art und Weise koordiniert haben.

681. Zu nennen sind hier zunächst die von [Vertreter der Hagedorn] geführten internen Listen («HA-Listen»; «HAL»)[841], in denen alle Projekte, für welche die Hagedorn eine Offerte eingereicht hat, sowie weitere Informationen hierzu aufgeführt sind. Den Wettbewerbsbehörden liegen diese Listen durchgehend für die Jahre 1981 bis 2009 vor. Den Wettbewerbsbehörden liegen auch Listen der Bernet Bau basierend auf demselben Muster wie die HAL für die Jahre 2004 und 2005 vor («BB-Listen»; «BBL»).[842] Die folgenden Erläuterungen zu den HAL treffen also auch auf die BBL zu. In den HA-Listen

[831] Act. n° [...].
[832] Act. n° [...].
[833] Act. n° [...].
[834] Z. B. Act. n° [...] (De Zanet): «Es trifft zu, dass bis ca. im Jahr 2004 in Einzelfällen Absprachen getroffen wurden. Nach dem Jahre 2004 geschah dies grundsätzlich nicht mehr».
[835] […].
[836] Siehe Act. n° [...].
[837] […].
[838] Act. n° [...].
[839] […].
[840] […].
[841] Act. n° [...].
[842] Vgl. Act. n° [...].

hat [Vertreter der Hagedorn] in der Spalte «Bemerkungen» zu einzelnen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet wiederholt eingetragen, welches Unternehmen geschützt werden sollte. Wie bereits dargelegt, bedeutet der Eintrag «S» in Verbindung mit dem Unternehmensname nämlich, dass das erwähnte Unternehmen als Gewinner bestimmt wurde und von anderen Unternehmen mittels Stützofferten geschützt werden sollte; entgegenstehende Behauptungen von [Vertreter der Hagedorn] belegen nicht das Gegenteil (siehe oben Rz 232 ff.). Darüber hinaus ist anzunehmen, dass der Eintrag «TS» bedeutet, dass die Unternehmen übereingekommen sind, dass ein Unternehmen geschützt werden soll, obwohl die beteiligten Unternehmen wussten, dass ein weiteres Unternehmen eine Offerte einreichen würde, welches nicht an der Koordination beteiligt war («Teilschutz»). Die Selbstanzeigerinnen haben eine derartige Bedeutung des Begriffs bestätigt.[843] Dass «S» für «Schutz» und «TS» für «Teilschutz» steht, zeigt auch der Vergleich mit dem Eintrag «Freigabe». Denn aus dem «Freigabe»-Eintrag ist im Umkehrschluss zu schliessen, dass bei denjenigen Projekten, für die nicht «Freigabe» notiert ist, gerade keine echten Konkurrenzangebote eingereicht werden sollten. Dies bestätigt im Übrigen auch die Angabe der Hagedorn, wonach «Freigabe» der «Entscheid, sich Wettbewerb zu machen» sei.[844] Zur Illustration dieser Ausführungen ist im Folgenden ein Auszug aus der HA-Liste von 2008 abgebildet:



Abbildung 38: Auszug aus Act. n° [...]

682. Im Jahr 2009 hat [Vertreter der Hagedorn] statt «S» und «TS», «I» und «TI» in den Listen eingetragen. Für eine «Freigabe» steht ab Anfang 2009 «OFFEN». Zur Illustration sind im Folgenden zunächst zwei Auszüge der HA-Liste 2009 abgebildet:

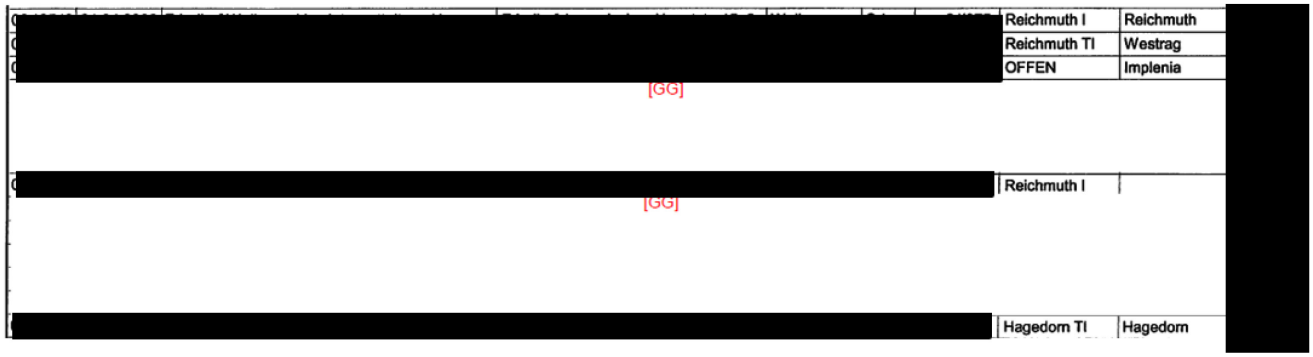


Abbildung 39: Auszug aus Act. n° [...]

[843] […].
[844] Act. n° [...].

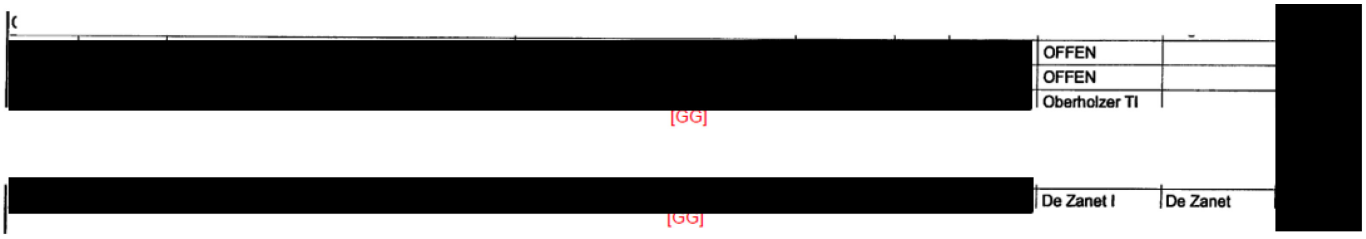


Abbildung 40: Auszug aus Act. n° [...]

683. Wie bereits erläutert, haben die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer und die Toller in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht, aus den HA-Listen lasse sich nicht ableiten, dass hinsichtlich Projekten, bezüglich derer in den HA-Listen «Schutz» oder «S» eingetragen sei, von unterschiedlichen Unternehmen der spätere Zuschlagsempfänger und die Höhe der einzugebenden Preise gemeinsam festgelegt worden seien.[845] Diese Einwände überzeugen aus den bereits genannten Gründen nicht (siehe oben Rz 234 ff.)

684. Dass «S» und «I» für «Schutz», «TS» und «TI» für «Teilschutz» sowie «Freigabe» und «OFFEN» für den Beschluss, echte Konkurrenzofferten einzureichen, stehen, lässt sich auch mit der statistischen Analyse des DOP plausibilisieren.[846] Denn aus ihr ergeben sich Hinweise auf eine Abstimmung der Offerten vor Offerteingabe aufeinander, wenn bezüglich des identifizierten Projekts ein «S» oder ein «I» bzw. ein «TS» oder ein «TI» eingetragen ist. Auf der anderen Seite gibt die Analyse kaum Hinweise darauf, dass die von den Unternehmen eingereichten Offerten im Falle einer «Freigabe» oder des Eintrags «OFFEN» aufeinander abgestimmt worden waren.

685. Die HA-Listen zeigen damit, dass fast alle acht Unternehmen in den Jahren 2002 bis 2009 bezüglich konkreter Bauprojekte wiederholt vor Ablauf der Eingabefrist als schutznehmendes Unternehmen bestimmt wurden. Einzig die Toller ist laut den HA-Listen im Jahr 2009 nicht mehr als schutznehmendes Unternehmen in Erscheinung getreten. Dies bedeutet aber nicht, dass der Toller nicht mittels anderer Beweismittel auch für das Jahr 2009 eine Koordinierung bewiesen werden kann (z. B. Teilnahme an der Gewährung von Schutz zugunsten der Hagedorn betr. das Projekt «[…]» vom […] 2009, siehe unten Rz 701 ff.).

686. Allein zwischen Mitte 2004 und Mitte 2009 kam es laut den HA-Listen betreffend 114 MAL-Projekten mit einem Gesamtauftragswert von über CHF 34 Mio. zu Schutzfestlegungen unter Beteiligung der Hagedorn (siehe unten Rz 815). Einen Überblick über die Anzahl der Schutzfestlegung pro Unternehmen sowie den Wert der betroffenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte – allein nach den HA-Listen (unabhängig davon, ob das Projekt in den MAL ist) – gibt die nachfolgende Tabelle.

	DZ	HA	OB	IM	WB	RE	TO	Total Anzahl	Total Volumen
2004	10	6	2	7	6	7	6	44	8.5
2005	5	8	5	10	7	6	6	47	12.6
2006	1	8	1	9	8	11	2	40	10.9
2007	0	4	5	8	9	6	2	34	8.6
2008	3	5	1	12	5	20	4	50	9.9
2009	1	6	1	6	1	10	0	25	8.9
Total Anzahl	20	37	15	52	36	60	20	240	59.4
Total Volumen in Mio.	5.6	12.5	5.1	11	7.7	13.5	4.2	59.6	

Tabelle 3: Anzahl der Schutzvergaben pro Unternehmen und Jahr sowie Wert der betroffenen Projekte gemäss HA-Listen

[845] […].
[846] Siehe Act. n° [...].

687. Die Gesamtheit dieser laut HA-Listen geschützten Projekte liegt bei über CHF 59 Mio. Soweit einige der Parteien angeben, dass die Anzahl der Projekte, bei denen es zu einer Koordination kam, ab dem Jahr 2006 stetig zurückgegangen sei, widerspricht dies der vorangehenden Tabelle, welche zudem nur Schutzfestlegungen dokumentiert, an denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau auch teilgenommen haben. Denn die Tabelle zeigt, dass es im Jahr 2008 unter Beteiligung der Hagedorn 50 Schutzfestlegungen gegeben hat. In der ersten Hälfte des Jahres 2009 waren es 25, weshalb anzunehmen ist, dass die Zahl im gesamten Jahr 2009 höher gewesen wäre, wenn die Zusammenarbeit nicht Mitte 2009 eingestellt worden wäre.

688. Soweit mittels der HA-Listen nachgewiesen ist, dass es zu Schutzfestlegungen bezüglich der acht Unternehmen gekommen ist, impliziert dies, dass danach die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten abgestimmt wurden, denn nur so kann der Plan, dem designierten Gewinnerunternehmen das Projekt «zuzuschanzen», auch umgesetzt werden. Die HA-Listen zeigen im Übrigen auch, dass eher für Projekte mit grossem Auftragswert auf «Freigabe» entschieden wurde (siehe dazu vertieft unten Rz 809 f.) und plausibilisieren damit die Angaben der Selbstanzeigerinnen, wonach eine Schutzfestlegung bei sehr grossen Projekten schwerer war.

689. Auch die MA-Listen indizieren in der Zusammenschau mit den bisher genannten objektiven Beweismitteln, dass es zwischen den acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – zur gemeinsamen Festlegung des Gewinners und der Höhe der Gewinnofferte sowie der Stützofferten gekommen ist. Denn soweit für Projekte auf den MA-Listen, welche zugleich auf der HA-Liste gefunden wurden, die Interessenslage dokumentiert ist, spiegelt die Interessensverteilung in der Regel auch das Offerteingabeverhalten wider. So wurde bei circa 86 % dieser Projekte das Unternehmen laut HA-Listen als schutznehmend bestimmt, welches (mit) das höchste Interesse an einem Projekt hatte. Zudem hat mindestens eines der acht Unternehmen, welches kein oder ein geringeres Interesse als der Gewinner geltend gemacht hat, bei 95 % derjenigen Projekte, für welche die Interessenslage in der MA-Listen dokumentiert ist, für welche mittels des DOP der Gewinner identifiziert wurde und für welche zugleich auf den HA-Listen ein «S» oder ein «TS» eingetragen ist, tatsächlich auch eine Offerte eingereicht, welche höher als die designierte Gewinnerofferte war.

690. Des Weiteren belegt die bei der Hagedorn beschlagnahmte und von [Vertreter der Hagedorn] handschriftlich ausgefüllte MA 2009_16 die Aussagen, dass es bis Mitte 2009 zu gemeinsamen Festlegungen des Gewinners eines Projekts sowie der Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten gekommen ist. Denn auf dieser Liste sind die Interessensbekundungen von genau denjenigen Unternehmen handschriftlich umkreist, welche jeweils das Projekt dann auch durchgeführt haben und welche laut der HA-Liste 2009 – auf der diese Projekte ebenfalls aufgeführt sind – als schutznehmendes Unternehmen bestimmt wurden. Als Beispiel werden diese Zusammenhänge im Folgenden am Projekt «[…]»[847] vom […] 2009 illustriert:

691. Zunächst wurde an der MA-Sitzung entweder bereits festgelegt, dass die De Zanet Schutz erhalten soll, oder aber zumindest, dass sich die De Zanet als «Lead»-Unternehmen versuchen sollte, den Schutz zu organisieren. Dies zeigt dieser Ausschnitt aus der von [Vertreter der Hagedorn] handschriftlich ausgefüllten MA 2009_16, auf dem zu sehen ist, dass die höchste Interessensbekundung, die Interessensbekundung der De Zanet, umkreist ist:



Abbildung 41: Auszug aus Act. n° [...]

692. In der HA-Liste 2009 wurde dementsprechend die De Zanet als schutznehmendes Unternehmen eingetragen:

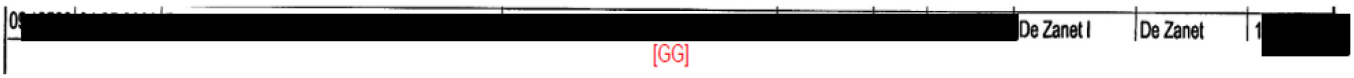


Abbildung 42: Auszug aus Act. n° [...]

693. Das Offertöffnungsprotokoll betreffend das Projekt zeigt, dass die De Zanet für ihr Angebot in Höhe von CHF […] den Zuschlag erhalten hat.[848] Dabei haben die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei], welche an der MA-Sitzung am 16. April 2009 geringere Interessen als die De Zanet geltend gemacht haben, höhere Offerten eingereicht.[849]

694. Wie bereits in Rz 683 angedeutet, ergibt sich darüber hinaus aus der statistischen Analyse, dass bei Vorliegen bestimmter Kennzahlen die Wahrscheinlichkeit erhöht ist, dass die offerteinreichenden Unternehmen die Höhe ihrer Offerten vor der Offerteingabe aufeinander abgestimmt haben.[850] Wenn nun hinsichtlich konkreter

[847] DOP Nr. 221.
[848] Act. n° [...].
[849] Act. n° [...].
[850] Siehe Act. n° [...].

Projekte diese Kennzahlen vorliegen, so ist auch dies ein Indiz für eine Abstimmung der Offerten vor Offerteingabe durch mindestens zwei der acht Unternehmen. In Bezug auf die oben beispielhafte genannte Koordination bezüglich des Projekts «[…]» weisen beide relevanten Kennzahlen auf eine solch erhöhte Wahrscheinlichkeit hin (siehe auch Tabelle in Rz 701 ff.). Soweit in den Stellungnahmen zum Antrag geltend gemacht wird, aus der statistischen Analyse lasse sich gerade nicht ableiten, dass es zur gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen gekommen ist, ist Folgendes zu betonen. Es ist nicht anzunehmen, dass alleine aus dem Vorliegen von bestimmten Kennzahlen folgt, dass bezüglich des betroffenen Projekts eine Koordination im oben genannten Sinne erfolgte. Allerdings ist beim Vorliegen bestimmter Kennzahlen ein bestimmtes Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen zu beobachten. Wenn dieses Bieterverhalten für ein Bieterverhalten im freien Wettbewerb untypisch ist und weitere Indizien für eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagempfängers und der Eingabesummen spricht, so kann die Beschreibung des Bieterverhaltens bei einem konkreten Projekt in der Gesamtschau mit anderen Beweismitteln, welche natürlich auf eine solche Koordination hinweisen müssen, durchaus eine Aussagekraft im Sinne einer Bestätigung eines gefundenen Beweisergebnisses haben.

695. Hinsichtlich des Nachweises von konkreten Koordinationen betreffend einzelne Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ist auch zu berücksichtigen, dass Dokumente beschlagnahmt wurden, aus welchen für einige wenige Projekte auf eine gemeinsame Festlegung des Gewinners und der Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten zu schliessen ist. Auf diese Dokumente wird unten vertieft eingegangen (siehe Rz 714 ff). Dass darüber hinaus keine direkten Beweismittel betreffend die Schutzverhandlungen und -Festlegungen vorliegen, ist nicht erstaunlich, da die Zusammenarbeit zwischen den acht Unternehmen etwa vier Jahre vor den ersten Hausdurchsuchungen beendet worden war und die Unternehmen ihre Zusammenarbeit nach Aussagen der Implenia, der Walo und der Toller nach der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchungen im Kanton Aargau und Zürich als kartellrechtlich heikel ansahen. Zudem ist nicht zu erwarten, dass die Unternehmen projektbezogene und illegale Tätigkeiten beweisende Dokumente aufbewahren. Dies vor allem mit Blick darauf, dass einige der acht Baufirmen im Jahr 2008 eine Ausbildung bezüglich des Kartellrechts erhalten haben, bei welcher ihnen u. a. empfohlen wurde, allfällig verdächtige Daten und Dokumente zu vernichten.[851] In den Handnotizen der Bernet Bau zur Ausbildung heisst es zum Beispiel diesbezüglich:

> *«Tipp: immer wieder aufräumen (Chefsache). Kreis von Mitwissern intern wie extern möglich klein halten»*

696. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die von der Walo eingereichte Liste mit Projekten, bei denen es nach Angaben des Unternehmens zur Festlegung des Gewinnerunternehmens sowie der Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten gekommen ist, mit den sonstigen objektiven Beweismitteln im Einklang steht. So sind dort Projekte und diesbezüglich schutznehmende Unternehmen aufgeführt, welche entsprechend auch auf der HA-Liste geführt wurden. So hat die Walo z. B. gemeldet, dass für das Projekt «[…]» vom […] 2008 sie selbst als schutznehmendes Unternehmen bestimmt wurde.[852] In der HA-Liste ist dementsprechend bezüglich dieses Projekts eingetragen: «Walo S».[853] Kommt hinzu, dass die Kennzahlen, aus denen sich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine Abstimmung der Offerten, welche bei diesem Projekt von der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] sowie der [eine Verfahrenspartei] eingereicht wurden, auch bei diesem Projekt vorliegen[854]. Vergleichbares gilt z. B. für das Projekt «[…]» vom […] 2007.[855] Hier wurde die De Zanet als schutznehmendes Unternehmen bestimmt. Die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] haben Stützofferten eingereicht.

697. Die Gesamtheit der genannten objektiven Beweise steht im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen, welche angeben, dass es bis 2009 zwischen den acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – zu projektbezogenen Festlegungen des Gewinners und der Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten vor Ablauf der Eingabefrist kam. Dafür, dass eine derartige Zusammenarbeit – wie von der Toller oder der Oberholzer behauptet – nach 2004 nicht mehr oder nur in sehr geringem Masse praktiziert wurde, liegen hingegen keine Hinweise vor. Die Angaben der Selbstanzeigerinnen zur soeben beschriebenen Zusammenarbeit zwischen den acht Unternehmen sind damit in beweismässiger Hinsicht überzeugend. Es ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers sowie der Höhe der Eingabesummen gemacht haben.

698. Der Einwand der Reichmuth-Gesellschaften, sie seien nicht im Gebiet des Bezirks See-Gaster tätig gewesen, bedeutet in Bezug auf die Koordination bezüglich konkreter Projekte Folgendes: Es ist nicht bewiesen, dass sich die Reichmuth hinsichtlich im Gebiet des Bezirks See-Gaster ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekten an der gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen beteiligt hat. Wie bereits erläutert, ist gleichwohl anzunehmen, dass sie die Zwecksetzung des MA-Systems kannte und mitgetragen hat (siehe insbesondere Rz 668)

699. Es ist damit als bewiesen anzusehen, dass die acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – zwischen 2002 und Mitte 2009 wiederholt hinsichtlich konkreter Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet gemeinsam das Gewinnunternehmen sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten vor Ablauf der Eingabefrist festgelegt haben. Allein aus den HA-Listen ergibt sich, dass es in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 bei etwa 240 Projekten im

[851] Act. n° [...].
[852] Act. n° [...].
[853] Act. n° [...], HAL: […].
[854] Vgl. Rz 701 ff.
[855] Vgl. Act. n° [...], Act. n° [...], HAL: […].

Wert von über CHF 59 Mio. zu einer derartigen Koordination gekommen ist (siehe oben Rz 686). Es ist dabei davon auszugehen, dass es darüber hinaus mehr Projekte gegeben haben muss, bei denen es zu einer solchen Koordination gekommen sein muss, da die HA-Listen nur Koordinationen beinhalten, an denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau beteiligt waren. Da die Selbstanzeigerinnen nicht ausgeführt haben, dass die Hagedorn bzw. die Bernet Bau an jeder Koordination beteiligt waren, folgt daraus, dass es darüber hinaus noch mehr Koordinationen gegeben haben muss. Die betroffenen Projekte können – soweit sich eine Koordination nicht aus anderen Beweismitteln ergibt – lediglich nicht identifiziert werden.

700. Hinzuweisen ist darauf, dass dies nicht bedeutet, dass es hinsichtlich jedes auf den MA-Listen geführten Projekts zu derartigen Festlegungen kam. Wenn ein unüberbrückbarer Interessenskonflikt vorlag und/oder wenn den acht Unternehmen eine Zuteilung wegen möglicher Eingaben externer Unternehmen nicht erfolgsversprechend erschien, so wurde auf «Freigabe» entschieden. Dies bedeutet, dass bei solchen Projekten die Unternehmen davon ausgingen, dass mindestens zwei Unternehmen mit echten Konkurrenzofferten um den Zuschlag kämpfen würden.[856]

c. Ausgewählte Beispiele

701. Im Folgenden werden beispielhaft konkrete Projekte genannt, bei welchen es nach der Zusammenschau der soeben genannten Beweismittel zur gemeinsamen Festlegung des Gewinnunternehmens sowie der Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten gekommen ist. Diese Beispiele werden nachfolgend in einer Tabelle aufgeführt. Zu betonen ist, dass die Tabelle nicht abschliessend ist und nicht alle Projekte enthält, bei denen es in der Zeit zwischen 2002 und 2009 zu einer derartigen Koordination gekommen ist. So sind darin z. B. nicht alle Projekte erfasst, bei welchen es laut der von der Walo eingereichten Liste zu Koordinationen gekommen ist. Ausserdem hat der vorangehende Abschnitt gezeigt, dass es in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 bei etwa 240 Projekten im Wert von ca. CHF 59 Mio. zu einer derartigen Koordination gekommen ist. Wie erläutert, geht die WEKO dabei davon aus, dass es darüber hinaus mehr Projekte gegeben haben muss, bei denen es zu einer Koordination gekommen sein muss (vgl. Rz 699).

702. Die nachfolgenden Tabellen enthalten etwa 80 ausgewählte Beispiele, jeweils in der Regel zwei pro Unternehmen und Jahr, bei denen das schutznehmende Unternehmen sowie die Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festgelegt wurde. Im Anschluss an die Tabellen wird der modus operandi für die Festlegung der Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferten näher erläutert. Vorab wird im Folgenden die Bedeutung der Spalten und Zeilen der unten aufgeführten Tabelle erklärt:

- In der Spalte mit Überschrift «Schutz an» ist pro Projekt jeweils das Kürzel desjenigen Bauunternehmens aufgeführt, welches geschützt worden ist. In den wenigen Fällen, in denen nicht das schutznehmende Unternehmen den Zuschlag erhalten hat, ist zusätzlich das Kürzel des Zuschlagsempfängers in eckigen Klammern angegeben.
- Die Spalte mit der Überschrift «Objekt» enthält eine kurze Beschreibung des Bauobjekts sowie die Nummer der konsolidierten MA-Liste. Das angegebene Datum dient der ungefähren zeitlichen Einordnung des Projekts und stimmt nicht immer mit dem Eingabetermin überein.
- Die Spalte mit der Überschrift «Summe» enthält die gerundeten Eingabesumme in Schweizer Franken (inkl. MwSt.) des geschützten Unternehmens. Bei Projekten, bei denen der Schutz nicht erfolgreich war, ist in eckigen Klammern zusätzlich die Eingabesumme des Zuschlagsempfängers angegeben.
- In der Spalte mit der Überschrift «HAL» sind die Bemerkungen enthalten, die bezüglich des Projekts in den Listen von Hagedorn (HAL) gefunden werden konnten (z. B. «Hagedorn S»).
- In der Spalte mit der Überschrift «MAL» ist pro Projekt die Interessenslage entsprechend der MA-Listen aufgeführt. Dabei wurde die Interessenslage übernommen wie sie in der MA-Liste dokumentiert ist, welche für diejenige MA-Sitzung, welche zuletzt vor dem Offerteingabetermin stattfand, versendet wurde. Für das Treffen am 16. April 2009 ergibt sich die Interessenslage zudem aus der von [Vertreter der Hagedorn] handschriftlich ausgefüllten MA 2009_16.
- Die Spalte mit der Überschrift «Marker» enthält die berechneten Marker des jeweiligen Projekts (falls die Eingabesummen aller Unternehmen bekannt sind). VK ist der Variationskoeffizient und RDM steht für relatives Distanzmass (siehe dazu Rz 838 ff. sowie Act. n° [...], Rz 72 für eine detaillierte Erklärung beider Marker). Wenn ein Marker fettgedruckt ist, so liegt er in einem Bereich, der nach der statistischen Analyse darauf hindeutet, dass die Eingabesummen der Offerten vor der Eingabe durch die Unternehmen aufeinander abgestimmt wurden (problematische Konstellation: VK gleich oder kleiner als 5 und RDM über 1)[857].
- In der Spalte mit der Überschrift «U.» sind alle weiteren Submittenten eines Projekts enthalten, soweit sie den Wettbewerbsbehörden aus dem Eröffnungsprotokoll bekannt sind. Wenn in dieser Spalte Unternehmen genannt sind, welche an den MA-Sitzungen teilnahmen, so nimmt die WEKO an, dass diese Unternehmen Stützofferten zugunsten des geschützten Unternehmens eingereicht haben.
- Die Spalte mit der Überschrift «Quellen / Weiteres» gibt die Quellen der eingetragenen Informationen an und enthält den Hinweis auf weitere, für das jeweilige Projekt relevante objektive Beweismittel.

[856] Siehe dazu auch Act. n° [...].
[857] Siehe Act. n° [...].

2004

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[…]	**DZ S**	**DZ: **EO**		[…]	MAL: 2004_34 HAL: […]
DZ	[…]	[…]	**DZ S**			[…]	HAL: […]
HA	[…]	[…]	**HA S**	Keine I	**VK: 4.94** RDM: 0.52	[…]	DOP: 756 MAL: 2004_26 HAL: […]
HA	[…]	[…]	**HA S**	**HA: *** IM: *	**VK: 3.62** **RDM: 1.1**	[…]	DOP: 792 MAL: 2004_26 HAL: […]
OB	[…]	[…][858]	**OB S**			[…]	HAL: […]
OB **[Dritte]**	[…]	[…]	**OB S**		VK: 6.06 **RDM: 1.51**	[…]	DOP: 548 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM S**	**IM ****	**VK: 3.06** **RDM: 1.27**	[…]	DOP: 791 MAL: 2004_22 HAL: […]
IM		[…][859]	**IM S**	**HA: A***			STBV: 10.12.03 (Act. n° [...]) HAL: […]
WB	[…]	[…][860]	**WB S**	**WB: ****		[…]	MAL: 2004_22 HAL: […]
WB	[…]	[…][861]	**WB S**	Keine I		[…]	HAL: […] STBV: 10.12.03 (Act. n° [...])
RE	[…]	[…][862]	**RE S**			[…]	HAL: […]
RE	[…]	[…]	**RE S**	**RE: ****	**VK: 3.9** RDM: 0.36	[…]	DOP: 679 MAL: 2004_22 HAL: […]

[858] Offertsumme von Hagedorn.
[859] Act. n° [...].
[860] Act. n° [...].
[861] Act. n° [...].
[862] Act. n° [...].

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
TO	[…]	[…]	**TO S**	Keine I		[…]	HAL: […] STBV: 10.12.03 (Act. n° [...].)
TO	[…]	[…]		**TO: **** OB: ** WB: **	**VK: 4.88** **RDM: 1.7**	[…]	DOP: 534 MAL: 2004_34
BB	[…]	[…]	**BB S**	Keine I		[…]	MAL: 2004_26 BBL: […]
BB	[…]	[…]	**HA S**[863]	**BB: ****	**VK: 2.19** **RDM: 2.5**	[…]	DOP: 32 MAL: 2004_34 HAL: […]

Tabelle 4: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2004

2005

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[864] ARGE ([…][865])		**DZ: ****		[…]	MAL: 2005_28 Act. n° [...], S. 34–68 («Notizen für [...]»); s. dazu auch Rz **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** f.
DZ […]	[…]	[…][866] […][867]	**DZ S**	**DZ: ***		[…]	MAL: 2005_28 HAL: […] Act. n° [...] Act. n° [...]
HA	[…]	[…]	**HA S**	OB: A*		[…]	MAL: 2005_18 HAL: […]
HA	[…]	[…]	**HA S**	**HA: ****	**VK: 3.74** **RDM: 1.35**	[…]	DOP: 819 MAL: 2005_26 HAL: […]
OB	[…]	[…]	**OB S**	**OB: ***			MAL: 2005_46 HAL: […]

[863] In dieser Zeit gehört die Bernet Bau der Hagedorn. Die HA-Liste ist also nicht fehlerhaft.
[864] Act. n° [...]: […] Brutto.
[865] […].
[866] Act. n° [...]: […] Brutto.
[867] Act. n° [...].

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
OB	[…]	[…]	**OB S**	**OB: ***			MAL: 2005_42 HAL: […] Act. n° [...] (Eingabe OB)
IM	[…]	[…]	**IM S**	**IM: ****	**VK: 3.1** **RDM: 1.19**	[…][868]	DOP: 682 MAL: 2005_20 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM S**	**IM: *** HA: *	**VK: 3.68** **RDM: 2.86**	[…][869]	DOP: 1049 MAL: 2005_26 HAL: […]
WB	[…]	[…]	**WB S**				HAL: […] Act. n° [...], (Schutz WB)
WB	[…]	[…]	**WB S**	**WB: *** HA: * RE: *			MAL: 2005_10 HAL: […]
RE	[…]	[…]	**RE S**	**RE: A*** HA: * IM: *	**VK: 2.46** RDM: 0.11	[…][870]	DOP: 903 MAL: 2005_18 HAL: […]
RE	[…]	[…]	**RE S**	**RE: *** HA: * IM: *	**VK: 3.36** **RDM: 1.66**	[…]	DOP: 818 MAL: 2005_26 HAL: […]
TO	[…]	[…][871]	**TO S**	**TO: **** DZ: * HA: * BB: *			MAL: 2005_26 HAL: […]
TO	[…]	[…][872]	**TO S**	Keine I			MAL: 2005_28 HAL: […]
BB	[…]	[…]		**BB: **** TO: *		Keine	DOP: 629 MAL: 2005_32

Tabelle 5: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2005

[868] […].
[869] […].
[870] […].
[871] Act. n° [...].
[872] Act. n° [...].

2006

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[…][873]	**DZ S**	**DZ: ***			MAL: 2006_26 HAL: […]
DZ	[…]	[…]		**DZ: **** HA: * OB: * IM: * WB: * TO: * BB: *	VK: 8.2 RDM: 0.38	[…] […][874] [875], [876], [877], [878]	DOP: 78 MAL: 2006_3
HA	[…]	[…]	**HA S**	Keine I	**VK: 1.97** **RDM: 3.11**	[…]	DOP: 101 MAL: 2006_16 HAL: […] Act. n° [...], (Schutz HA)
HA	[…]	[…]	**HA S**	**HA: ****			MAL: 2006_18 HAL: […]
OB	[…]	[…]		**OB: **** IM: * TO: *	**VK: 3.48** RDM: 0.26	[…]	DOP: 404 MAL: 2006_14
OB	[…]	[…][879]	**OB S**				HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM TS**	**IM: ****			MAL: 2006_26 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM S**	**IM: **** HA: * RE: *	**VK: 4.25** **RDM: 5.72**	[…]	DOP: 685 MAL: 2006_10 HAL: […]
WB	[…]	[…][880]	**WB S**	Keine I			MAL: 2006_7 HAL: […]
WB	[…]	[…]	**WB S**			[…]	DOP: 116 HAL: […] Act. n° [...] (Schutz WB)

[873] Act. n° [...]: Brutto: […].
[874] […].
[875] […].
[876] […].
[877] […].
[878] […].
[879] Offertsumme von Hagedorn.
[880] Act. n° [...] (Nettopreis).

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
RE	[…]	[…][881]	**RE S**	RE: ** HA: *			MAL: 2006_43 HAL: […]
RE	[…]	[…]	**RE S**		**VK: 2.19 RDM: 3.29**	[…]	DOP: 826 HAL: […]
TO	[…]	[…][882]	**TO S**	IM: ** DZ: *			MAL: 2006_10 bis 2006_43 HAL: […]
TO [DZ]	[…]	[…][883]	**TO S**				HAL: […]
BB	[…]	[…]		**BB: **	**VK: 2.49 RDM: 1.2**	[…]	DOP: 627 MAL: 2006_23

Tabelle 6: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2006

2007

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[…]	**DZ S**		**VK: 2.66 RDM: 4.08**	[…]	DOP: 138 HAL: […] Act. n° [...] (Schutz) Act. n° [...]: DZ Eingabesumme an […], […] und […]. Siehe auch Rz **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** f.
DZ	[…]	[…]		**DZ: **	**VK: 4.39 RDM: 14.92**	[…]	DOP: 382 MAL: 2007_13
HA	[…]	[…]	**HA TS**	Keine I	VK: 5.24 RDM: 0.62	[…]	DOP: 527 MAL: 2007_11 HAL: […]
HA [DZ]	[…]	[…] […][884]	**HA TS**	Keine I			MAL: 2007_35 HAL: […]

[881] […].
[882] […].
[883] […].
[884] Act. n° [...]: Brutto: […].

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
OB	[…]	[…]	**OB TS**	Keine I			MAL: 2007_39 HAL: […]
OB [Dritte]	[…]	[…]	**OB TS**	Keine I	VK: 5.39 RDM: 0.98	[…]	DOP: 568 MAL: 2007_18 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM TS**	Keine I	**VK: 4.99** RDM: 0.52	[…]	DOP: 1054 MAL: 2007_13 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM S**	**IM: **** DZ: ** HA: *	**VK: 3.25** **RDM: 3.07**	[…]	DOP: 697 MAL: 2008_40 HAL: […]
WB	[…]	[885] […]	**WB TS**	Keine I			MAL: 2007_7 HAL: […] Act. n° [...]: TS wenig wahrscheinlich gemäss Walo
WB [Dritte]	[…]	[…][886] [unbek.]	**WB S**	**WB: *** DZ: * HA: * OB: * IM: * WB: * TO: *			MAL: 2007_28 HAL: […]
RE	[…]	[…][887]	**RE S**	**RE: ****			MAL: 2007_39 HAL: […]
RE	[…]	[…][888]	**RE S**				HAL: […]
TO	[…]	[…][889]	**TO S**				HAL: […]
TO	[…]	[…][890]	**TO S**				HAL: […]
BB	[…]	[…]		**BB: **** DZ: * IM: *	**VK: 3.05** RDM: 0.67	[…]	DOP: 146 MAL: 2007_21

Tabelle 7: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2007

[885] Act. n° [...].
[886] Act. n° [...] (Nettopreis).
[887] Offertsumme von Hagedorn.
[888] Offertsumme von Hagedorn.
[889] Act. n° [...].
[890] Act. n° [...].

2008

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[…][891]	**DZ S**	**DZ: ***			MAL: 2008_10 HAL: […]
DZ	[…]	[…]		**DZ: **** OB: **	VK: 7.99 RDM: 0.04	[…][892]	DOP: 186 MAL: 2008_23 Act. n° [...]. […].
HA	[…]	[…]	**HA S**	Keine I	VK: 5.58 **RDM: 2.48**	[…][893]	DOP: 703 MAL: 2008_40 HAL: […]
HA	[…]	[…]	**HA S**	DZ: ** HA: *	**VK: 3.46** **RDM: 1.2**	[…]	DOP: 189 MAL: 2008_40 HAL: […]
OB	[…]	[…]		**OB: **** DZ: **	VK: 7.99 RDM: 0.04	[…]	DOP: 186 MAL: 2008_23 Act. n° [...].
OB	[…]	[…]		**OB: **** DZ: * IM: * WB: *	**VK: 4.51** RDM: 0.8	[…]	DOP: 168 MAL: 2008_21 Act. n° [...], (Schutz OB)
IM	[…]	[…]	**IM S**	Keine I	**VK: 3.14** RDM: 0.65	[…]	DOP: 1058 MAL: 2008_33 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM TS**	Keine I	VK: 10.18 RDM: 0.21	[…][894]	DOP: 783 MAL: 2008_50 HAL: […]
WB	[…]	[…]	**WB S**		**VK: 4.17** **RDM: 1.17**		DOP: 175 HAL: […] Act. n° [...] (Schutz WB)

[891] Act. n° [...]:Brutto: […].
[892] […].
[893] […].
[894] […].

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
WB [Dritte]	[…]		**WB TS**	Keine I	VK: 9.21 **RDM: 2.04**	[…]	DOP: 569 MAL: 2008_50 HAL: […]
RE [Driite]	[…]		**RE TS**	**RE: *** DZ: * HA: * IM: * WB: *	VK: 21.7 RDM: 0.11	[…][895]; […][896]	DOP: 961 MAL: 2008_40 HAL: […]
RE [Dritte]	[…]	[…][897]	**RE S**				HAL:[…]
TO	[…]	[…][898]	**TO S**	**TO: *** HA: * IM: * WB: *			MAL: 2008_25
TO [Dritte]]	[…]	[…]	**TO TS**	Keine I	VK: 5.55 RDM: 0.31	[…]	DOP: 538 MAL: 2008_23 HAL: […]
BB	[…]	[…]	**HA S**	Keine I	VK: 5.58 **RDM: 2.48**		DOP: 703 MAL: 2008_40 HAL: […]

Tabelle 8: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2008

2009

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
DZ	[…]	[…]	**DZ I**	**DZ: **** HA: * IM: * WB: *	**VK: 2.5 RDM: 6.45**	[…]	DOP: 221 MAL: 2009_16 HAL: […] Auf der MAL 2009_16 wurden die zwei Sterne von DZ von [Vertreter der Hagedorn] umkreist. Siehe auch Rz 394**Erreur ! Source du renvoi introuvable.** f.

[895] […].
[896] […].
[897] Offertsumme von Hagedorn.
[898] Act. n° [...].

Schutzan	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
HA	[…]	[…]	**HA TI**	**HA: **** DZ: * OB: * IM: * WB: * TO: *	VK: 5.39 RDM: 0.16	[…]	DOP: 219 MAL: 2009_16 HAL: […] Auf 2009_16 wurden die zwei Sterne von HA von [Vertreter der Hagedorn] umkreist
HA	[…]	[…]	**HA I**	Keine I	**VK: 2.92** **RDM: 1.99**	[…]	DOP: 914 MAL: 2009_16 HAL: […]
OB [Drtite]	[…]	[…]	**OB TI**		VK: 11.43 **RDM: 3.21**	[…]	DOP: 571 MAL: 2009_16[899]
OB	[…]	[…]	**HA TI**	**HA: **** DZ: * OB: * IM: * WB: * TO: *	VK: 5.39 RDM: 0.16		DOP: 219 MAL: 2009_16[900] HAL: […] In 2009_16 wurden die zwei Sterne von HA von [Vertreter der Hagedorn] umkreist
IM	[…]	[…]	**IM I**	Keine I	**VK: 2.84** **RDM: 4.27**	[…]	DOP: 494 MAL: 2009_22 HAL: […]
IM	[…]	[…]	**IM I**	Keine I	**VK: 4.24** RDM: 0.38	[…][901]	DOP: 782 MAL: 2009_22 HAL: […]
WB [unbek]	[…]	[…][902]		**WB: ***			MAL: 2009_16[903] MAL: 2009_22 In 2009_16 wurde der Stern von WB von [Vertreter der Hagedorn] umkreist

[899] Siehe MAL 2009_16, Act. n° [...] mit handschriftlichen Notizen von [Vertreter der Hagedorn].
[900] Siehe MAL 2009_16, Act. n° [...] mit handschriftlichen Notizen von [Vertreter der Hagedorn].
[901] […].
[902] Gemäss Act. n° [...] (Nettopreis). Gemäss eigenen Aussagen hat Walo das Bauobjekt nicht erhalten.
[903] Siehe MA 2009_16, Act. n° [...] mit handschriftlichen Notizen vom [Vertreter der Hagedorn].

Schutz an	Objekt	Summe	HAL	MAL	Marker	U.	Quellen / Weiteres
WB	[…]	[…]		**WB: ***		[…]	DOP: 539 MAL: 2009_16[904] In 2009_16 wurde der Stern von WB von [Vertreter der Hagedorn] umkreist
RE [Driite]	[…]	[…]	**RE I**	Keine I	**VK: 4.11** RDM: 0.87	[…]	DOP: 965 MAL: 2009_22 HAL: […]
RE [Driite]	[…]	[…][905]	**RE TI**				HAL: […]

Tabelle 9: Beispiele von Schutzerteilungen an die 8 Unternehmen 2009

703. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben sich die Bernet Bau, die Oberholzer und die Toller vertieft zu den oben genannten Beispielen für gemeinsame Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen geäussert.[906] Zusammenfassend führen die drei Unternehmen aus, dass in keinem Fall nachgewiesen sei, dass sie bezüglich der oben genannten Beispiele an einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen beteiligt gewesen seien. Auf die Einzelheiten wird im Folgenden eingegangen:

704. Die Toller und die Oberholzer machten geltend, dass das Projekt «[…]» aus dem Jahr 2009 zweimal in der Zusammenstellung der Beispiele aufgeführt werde. Komme hinzu, dass gemäss der HA-Liste die Oberholzer teilgeschützt werden sollte, obwohl [Vertreter der Hagedorn] bei der handschriftlich ausgefüllten MA 2009_16 die Walo als Schutznehmerin umkreist habe. Im Nachgang zu der Stellungnahme der Toller hat die Wettbewerbsbehörde die handschriftliche MAL 2009_16 von [Vertreter der Hagedorn] überprüft und festgestellt, dass sich die Umkreisung der Walo nicht auf das Projekt […], sondern auf das darüber eingetragene Projekt […] bezieht.[907] Dieses Projekt entspricht gemäss dem DOP dem Projekt […],[908] welches im […] 2009 vergeben wurde und von Walo gewonnen wurde.[909] Auch die überschlagsmässige Bausumme der MAL ([…]) entspricht dem ursprünglichen Kostenvoranschlage […] ([…]).[910] Der Widerspruch in Tabelle 9 wurde damit dank dem Hinweis der Toller beseitigt.

705. Weiter machten die drei Unternehmen folgende Einwände geltend. Bezüglich einzelner Projekte wird teilweise angegeben, dass das Unternehmen für das betroffene Projekt gar keine Offerte eingereicht habe und deshalb an einer Koordination bezüglich des Projekts nicht beteiligt gewesen sein können.[911] Wenn hinsichtlich der oben genannten Beispielfälle keine Interessen in den MA-Listen eingetragen seien, zeige dies ausserdem, dass es wegen mangelndem Interesse gar keine Schutzverhandlungen gegeben haben könne.[912] Wenn einzelne Unternehmen Offerten mit höheren Offertpreisen eingereicht hätten, dann seien dies keine Stützofferten, sondern entweder echte Offerten oder solche Offerten, welche – z. B. bei Einladungsverfahren – nur der «guten Ordnung halber» eingereicht worden seien, um bei der Vergabestelle im Gespräch zu bleiben.[913] Wenn es besonders viele Offerten gegeben habe, spreche das gegen Schutzverhandlungen und Festlegungen, denn es bedürfe keiner grossen Anzahl an Stützofferten.[914] Ausgeführt wird auch, dass Sterne in den MA-Listen oder «Schutz»-Eintragungen in den HA- und/oder BB-Listen irrtümlich bzw. ohne Wissen des Unternehmens gesetzt worden seien.[915] Zudem gebe es Projekte, bezüglich derer eine Offerte der Awestra zu erwarten gewesen sei, so dass eine Koordination wegen drohendem Aussenwettbewerb ohnehin nicht möglich bzw. unterlaufen worden sei.[916] Die Bernet Bau macht darüber hinaus geltend, Schutzverhandlungen seien lediglich vom ARGE-Partner, der Hagedorn, geführt worden. Sie habe davon keine Kenntnis gehabt.[917]

[904] Siehe MA 2009_16, Act. n° [...] mit handschriftlichen Notizen vom [Vertreter der Hagedorn].
[905] Offertsumme von Hagedorn.
[906] […].
[907] Vgl. Act. n ° […].
[908] Act. n° […].
[909] DOP 539.
[910] Act. n° […].
[911] So insbesondere die Oberholzer: Act. n° [...].
[912] So insbesondere die Bernet Bau; siehe z. B. Act. n° [...].
[913] […].
[914] Siehe z. B. Act. n° [...].
[915] […].
[916] […].
[917] Act. n° [...].

706. Diese Einwände überzeugen nicht. Soweit die Oberholzer angibt, sie habe bezüglich bestimmter Projekte gar keine Offerte eingereicht, so ist dies schlicht falsch. Denn hinsichtlich derjenigen Projekte, bezüglich derer die Oberholzer dies geltend macht,[918] liegen dem Sekretariat die Offertöffnungsprotokolle vor. Aus diesen geht hervor, dass die Oberholzer jeweils eine Offerte eingereicht hat (siehe oben die Tabellen nach Rz 702).

707. Soweit die Bernet Bau geltend macht, fehlende Eintragungen in den MA-Listen würden fehlendes Interesse bedeuten, weshalb Schutzverhandlungen gar nicht durchzuführen waren, überzeugt dies nicht. Es wird nicht angenommen, dass nur dann Schutzverhandlungen durchgeführt wurden, wenn es Interessenskonflikte gab. Vielmehr ist es bewiesen, dass ein an einem MA-Projekt interessiertes Unternehmen davon ausgehen konnte, dass es Schutz (wenn nötig) von den jeweils anderen sieben Unternehmen der 8er-Gruppe bekommen konnte, wenn die Interessensabklärung kein Interessenskonflikt ergab. Bestand kein Interessenskonflikt wurde das am stärksten interessierte Unternehmen entweder an der MA-Sitzung als schutznehmend bestimmt (ohne dass es zur Festlegung der Höhe der Eingabesummen kam) oder aber es wurde bestimmt, dass es sich als «Lead»-Unternehmen den Schutz in separaten Gesprächen organisieren sollte (siehe zu diesem Modus operandi zusammenfassend Rz 662). Es war zudem die Regel, dass hinsichtlich aller aktuell werdenden MAL-Projekte eine Interessensabklärung erfolgte und dass auch Interessen geltend gemacht wurden; das Ergebnis dieser Interessensabklärung wurde allerdings nicht immer in den MA-Listen dokumentiert (siehe oben Rz 350 ff, 576 f.). Aus fehlenden Eintragungen von Interessen kann folglich gerade nicht gefolgert werden, dass keine Schutzverhandlungen erfolgten.

708. Auch die Behauptung, Offerten mit höheren Offertpreisen seien keine Stützofferten, sondern entweder echte Offerten oder aber Offerten, welche nur eingegeben wurden, um bei der Vergabestelle im Gespräch zu bleiben, überzeugt nicht. Denn in allen Fällen, auf die sich die Unternehmen beziehen, liegen weitere objektive Beweismittel vor, welche auf eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und damit auch der Höhe der Eingabesummen belegen (siehe oben die Tabellen nach Rz 702 sowie Rz 679 ff.). Der Umstand, dass es als legitimes Interesse anerkannt ist, dass ein Unternehmen nur deshalb eine Offerte einreichen will, um bei der Vergabestelle im Gespräch zu bleiben, ändert daran nichts. Denn aus welcher Motivation heraus gemeinsam der Zuschlagsempfänger und die Höhe der Stützofferten festgelegt wurden, ist für das Beweisergebnis, dass es zu einer derartigen gemeinsamen Festlegung kam, ohne Bedeutung.

709. Der Verweis auf die Anzahl der Offerten als Einwand gegen eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Stützofferten überzeugt ebenfalls nicht. Denn zum einen hat das Beweisergebnis ergeben, dass es auch zu Festlegungen von Teilschutz gekommen ist, etwa wenn nicht alle offerteinreichenden Unternehmen zur Abgabe von Stützofferten bewegt werden konnten (siehe oben Rz 662, 681 ff.). Auch dies stellt eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Stützofferten dar, zumal auch solche Stützofferten in der Erwartung abgegeben wurden, dafür ein anderes Mal eine Gegenleistung zu erhalten (siehe insbesondere Rz 634). Zum anderen finden sich in den Verfahrensakten auch Belege für die Zusammenarbeit von vielen Unternehmen (siehe etwa unten Rz 723, 730 ff.).

710. Die Behauptung, dass Sterne in den MA-Listen oder «Schutz»-Eintragungen in den HA- und/oder BB-Listen irrtümlich bzw. ohne Wissen des Unternehmens gesetzt worden seien, wurde bereits widerlegt (siehe insbesondere Rz 234 ff., 345 ff., 681 ff.).

711. Auch der Einwand, die Gründung des Unternehmens Awestra habe dazu geführt, dass es nicht mehr zu Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen gekommen sei, weil das Unternehmen Awestra auf dem Strassen- und Tiefbaumarkt im Untersuchungsgebiet tätig wurde, vermag nicht zu überzeugen. Hiergegen sprechen schon die oben genannten objektiven Beweismittel, welche belegen, dass es nach der Gründung der Awestra gleichermassen wie vor ihrer Gründung zu gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Stützofferten gekommen ist. Die Implenia hat dementsprechend auch «nur» angegeben, dass es nach dem Auftauchen der Awestra 2006/2007 bis zum Jahr 2009 immer schwerer wurde, sich erfolgreich zu koordinieren.[919] Dass dies – anders als die Implenia behauptet – nicht bedeutet, dass eine Koordination bei Projekten mit einem Wert von CHF 200‘000 «kaum» mehr möglich war, haben die Beweismittel gezeigt (siehe oben). Das Auftauchen der Awestra spricht allenfalls dafür, dass es schwieriger geworden sein könnte, sich auf die beschriebene Art und Weise zu koordinieren, bzw. mit der Vereinbarung von Schutz erfolgreich zu sein. Dementsprechend wurde nach der Gründung der Awestra laut den HA- und BB-Listen öfter «Teilschutz» vereinbart. Auch dies stellt allerdings eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen dar.

712. Der Einwand der Bernet Bau, ihr ARGE-Partner, die Hagedorn, habe ohne ihr Wissen Schutz organisiert, ist ebenso nicht glaubhaft. Dies folgt daraus, dass die Bernet Bau an der Koordinierung mit den anderen sieben Unternehmen gleichermassen beteiligt war und die Zwecksetzung des MA-Systems kannte und mitgetragen hat. Hieraus ist zu folgern, dass sie in sämtliche Planungen hinsichtlich der Bewerbung um konkrete Projekte – auch wenn es um Schutzverhandlungen und -Festlegungen ging – miteinbezogen war. Dass es ohne die Kenntnis der Bernet Bau zur gemeinsamen Festlegung von Schutz kam, ist zudem deshalb unmöglich, da für die Hagedorn stets [Vertreter der Hagedorn] handelte und dieser immer Mitglied des Verwaltungsrats der Bernet Bau war. Das Wissen von [Vertreter der Hagedorn] um die erfolgte Koordinierung, welcher als Mitglied des Verwaltungsrats der Bernet Bau mit Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt war/ist und damit Organstellung hatte, ist der Bernet Bau zuzurechnen.

[918] Act. n° [...].
[919] Act. n° [...].

713. Die oben aufgeführten Tabellen zeigen damit, dass alle acht Unternehmen in den Jahren 2004 bis 2008 wiederholt zusammen gearbeitet haben und betreffend konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet jeweils sowohl Schutz gegeben als auch Schutz mittels Stützofferten bekommen haben. Für die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Implenia, die Walo und die Reichmuth gilt dies auch für die Zeit von Anfang 2009 bis Mitte 2009. Für den letztgenannten Zeitraum kann der Toller in Bezug auf zwei konkrete Projekte nachgewiesen werden, dass sie Schutz gegeben hat (z. B. Projekt «[…]», Nr. […] auf der MAL 2009_16[920], Nr. […] der HA-Liste bzw. Nr. 219 des DOP sowie Projekt «[…]», Nr. […] des DOP bzw. Nr. […] der HA-Liste). Der Bernet Bau kann für 2009 keine konkrete Koordination nachgewiesen werden.

d. Vorgehensweise bei der Abstimmung der einzureichenden Offerten aufeinander

714. Die vorangegangenen Ausführungen haben ergeben, dass die acht Unternehmen in Bezug auf konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet wiederholt – in unterschiedlichen Konstellationen – vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam das Gewinnerunternehmen sowie die Höhe der Gewinnerofferte und der Stützofferte vereinbart haben. Im nachfolgenden Abschnitt wird exemplarisch aufgezeigt, wie die Abstimmung und Festlegung in der Regel konkret ablief.

715. Wie derartige Koordinierungen im Einzelfall abliefen, ergibt sich zunächst einmal aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen. [Die Implenia führt aus, dass die Eingabesummen und die prozentualen Abweichungen der Schutzofferten kommuniziert worden seien, wenn eine Einigung möglich gewesen sei. Diese Kommunikation sei jeweils per Telefon oder Fax erfolgt].[921]

716. Die Walo führte aus, dass das Unternehmen, welches den Schutz wollte, alle ihm bekannten Unternehmen, die erwogen, eine Offerte einzureichen, zu einer separaten Sitzung einlud. Dabei seien auch Unternehmen, welche nicht an den MA-Sitzungen teilnahmen, eingeladen worden. Die Teilnehmer der MA-Sitzungen hätten entweder durch das Meldesystem des Baumeisterverbands oder durch anderweitige Quellen (z. B. durch den Bauherrn) gewusst, welche weiteren Unternehmen für das betroffene Bauobjekt Offerten einzureichen gedachten.[922] Diese separaten Sitzungen hätten oft in Restaurants stattgefunden.

717. Die Walo behauptet, dass bei den Koordinierungen, an denen sie beteiligt gewesen sei, eine Berechnungsformel angewandt wurde, welche der Methode gleicht, welche schon beim Treffen im Jahr 1977 thematisiert wurde (siehe dazu auch oben Rz 155 ff.). Gemäss Walo mussten die an einem konkreten Bauobjekt interessierten Unternehmen den Preis für ihre Offerte vor den separaten Sitzungen berechnen und diesen während den separaten Sitzungen kommunizieren. Hiervon sei der Mittelwert gebildet worden.[923]

718. An diesem Mittelwert habe sich das schutznehmende Unternehmen orientieren müssen, wobei zwei verschiedene Situationen unterschieden werden müssten: Erstens, wenn der Preis des schutzerhaltenden Unternehmens kleiner als dieser berechnete Mittelwert wäre, dann habe das schutzerhaltende Unternehmen zu seinem zuvor berechneten Preis eingeben müssen und nicht zu dem berechneten Mittelwert (Konstellation 1). Zweitens, wenn der Preis des schutzerhaltenden Unternehmens höher als der berechnete Mittelwert war, so habe das Unternehmen seinen Offertpreis auf den zuvor errechneten Mittelwert absenken müssen (Konstellation 2). Diese Berechnungsmethode sei bei den separaten Verhandlungen, an denen der Vertreter der Walo mitgewirkt hat, angewandt worden. Die Offerten der schutzgebenden Unternehmen, welche preislich zu nah oder unter der Eingabesumme des designierten Gewinners lagen, wurden zudem nach oben angepasst. Allgemein, seien die Gebote so angepasst worden, dass sie mindestens 2–3 % über derjenigen des designierten Gewinners lagen. Die Offerten, deren Preise bereits 2–3 % über der Eingabesumme des Gewinners lagen, seien nicht angepasst worden.[924]

719. Dafür dass diese Methode jedenfalls teilweise angewandt wurde, sprechen mehrere andere Beweismittel. So geht auch aus den Ausführungen der Toller hervor, dass eine derartige Berechnungsmethode teilweise angewandt wurde. Denn er führt aus, dass die anderen Unternehmen «viel zu tief gerechnet» hätten, wenn die Toller «an der Reihe gewesen» sei; dies habe dazu geführt, dass es «nicht…kostendeckend» gewesen sei.[925] Hiermit spricht [Vertreter der Toller] die Konstellation 2 an.

720. Zudem wurde bezüglich des Projekts […] (Nr. […] des DOP; s.a. MAL 2008_23) eine Notiz beschlagnahmt,[926] aus der hervorgeht, dass erstens die Unternehmen ihre Preise ausgetauscht haben, zweitens dass ein Mittelwert aus den Offertpreisen berechnet wurde und drittens dass die schutznehmenden Unternehmen (ARGE [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei]) einen Preis unter dem berechneten Mittelwert eingegeben haben (siehe dazu auch unten Rz 730 ff.). Hier wurde die Konstellation 1 angewandt.

721. Ein Vertreter der Implenia, [Vertreter der Implenia], hat angegeben, dass er diese Berechnungsmethode nicht kenne.[927] Mit Blick auf die genannten Beweismittel ist daraus in beweismässiger Hinsicht jedoch nicht zu folgern, dass die Methode gar nicht angewandt wurde. Denn es ist zu beachten, dass die für die Implenia aussagende Person nur von 2006 bis Mitte 2009 an den Koordinierungen beteiligt gewesen war. Zudem ist es denkbar, dass der Vertreter der Walo, […], auf die Anwendung dieser Methode bestanden hat, wenn er für die Walo an einer Koordination beteiligt war. Es ist in beweismässiger Hinsicht daher «nur» anzunehmen, dass die genannte Berechnungsmethode teilweise zur Anwendung kam.

[920] Act. n° [...].
[921] Act. n° [...].
[922] Act. n° [...].
[923] Siehe dazu und zum Folgenden: […].
[924] Act. n° [...].
[925] Vgl. Act. n° [...].
[926] Siehe Act. n° [...].
[927] Act. n° [...].

722. Auch für die sonstigen Angaben der Selbstanzeigerinnen zum Ablauf der separaten Verhandlungen finden sich in den Akten Belege. So wurden Notizen und Faxe sichergestellt, die zeigen, dass die Unternehmen betreffend einzelne Projekte vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offertpreise per Telefon oder per Fax ausgetauscht haben, um Schutz für ein Unternehmen zu organisieren.

723. So zeigen die folgenden sichergestellten Dokumente, dass die [Verfahrenspartei X] z. B. hinsichtlich des auch oben in der Tabelle aufgeführten Projekts […]«…» vom […] 2005, für das sich die [Verfahrenspartei X] gemeinsam mit ihrer ARGE-Partnerin ([Name]) Schutz organisiert hat, vor Ablauf der Eingabefrist die Eingabepreise der [Verfahrenspartei Y] sowie der [Verfahrenspartei Z] in Erfahrung gebracht hat.[928] Die Notizen zeigen auch, dass die zunächst notierten niedrigeren Eingabepreise der [Verfahrenspartei Y] und der [Verfahrenspartei Z] durchgestrichen wurden und höhere Preise notiert wurden (z. B. für die [Verfahrenspartei Z] CHF […]).

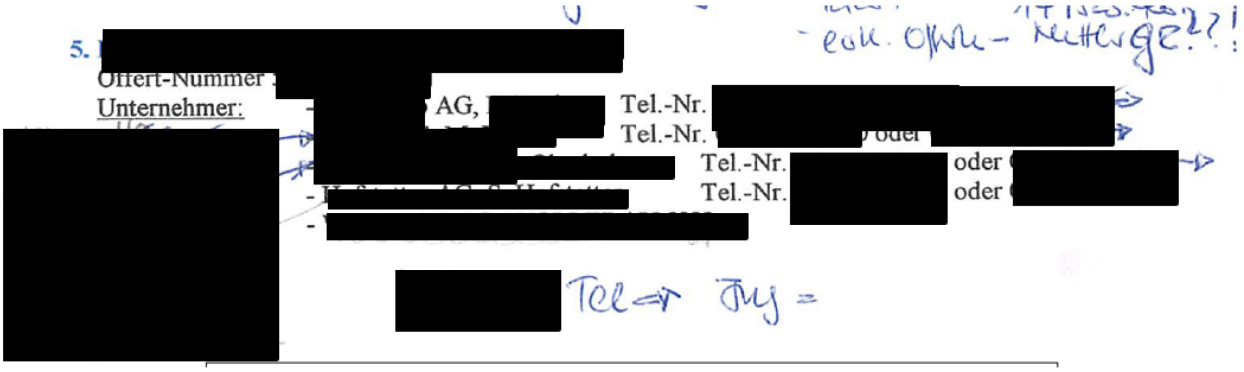


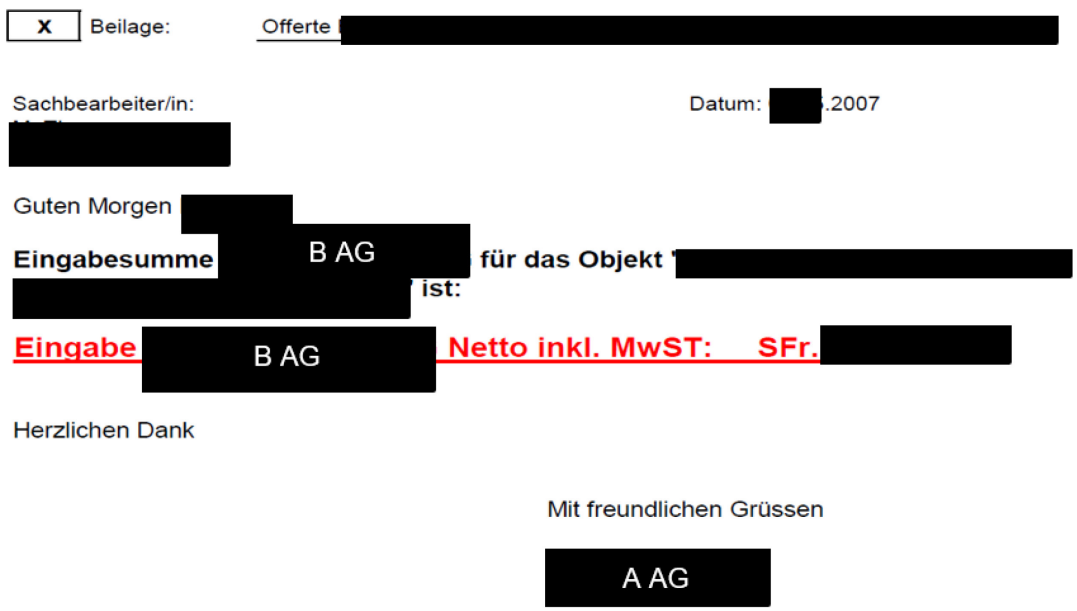
Abbildung 43: Auszug aus Act. n° [...]

724. Bezüglich desselben Projekts hat die [Verfahrenspartei X] ihre Offerte vor Ablauf der Eingabefrist auch an [Vertreter] von der [Verfahrenspartei A] per Fax gesandt.[929] Handschriftlich wurde auf dem Fax notiert: «gemäss telefonischer Besprechung mit […]». Mit Blick auf ein weiteres Dokument ist anzunehmen, dass [Vertreter der Verfahrenspartei X] [Vertreter der Verfahrenspartei A] darum gebeten hat, dass die [Verfahrenspartei A] für das Projekt eine Offerte einreicht, welche mindestens CHF 2'000 über der Offerte der [Verfahrenspartei X] und ihrer ARGE-Partnerin liegen sollte.[930] Die tatsächlich von der [Verfahrenspartei Y] und der [Verfahrenspartei A] eingegebenen Offerten lagen dann auch genau in den Bereichen, wie sie vor Ablauf der Eingabefrist ausgetauscht wurden: Die [Verfahrenspartei Z] hat eine Offerte mit einem Preis in Höhe von CHF […] eingereicht. Die [Verfahrenspartei A] gab eine Offerte mit einem Preis in Höhe von CHF […][931] ab. Dieser Betrag lag CHF […] über dem Offertpreise der [Verfahrenspartei X], deren Preis CHF […][932]. Die ARGE [Verfahrenspartei X]/[Unternehmensname] führte das Projekt dann auch wie geplant durch.

725. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats macht die [Verfahrenspartei Y] geltend, dass die abgebildete Notiz der [Verfahrenspartei X] betreffend dieses Projekt keinen Beweis für einen Koordinationsversuch darstellt. Zudem sei mindestens ein Unternehmen involviert gewesen, das nicht Teil der Vereinigung gewesen sei.[933] Die Vorbringen der [Verfahrenspartei Y] sind nicht nachvollziehbar. Nur weil ein externes Unternehmen beteiligt war, spricht dies nicht gegen den Austausch von Eingabesummen zur gemeinsamen Festlegung der Eingabesummen. Denn es ist bewiesen, dass teilweise auch externe Unternehmen in die Koordination einbezogen wurden oder dass zumindest «Teilschutz» vereinbart wurde, wenn Offerten von externen Unternehmen drohten, welche sich nicht in einer Koordination einbinden liessen (siehe insbesondere oben Rz 662).

726. Auch bezüglich des oben in der Tabelle aufgeführten Projekts […] vom […] 2007 (Nr. 138 des DOP) wurden Faxe sichergestellt, mit denen die [Verfahrenspartei] jeweils der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] deren Eingabesummen vorgegeben hat.[934] Das Fax an die [eine Verfahrenspartei] ist nachfolgend exemplarisch aufgeführt:

[928] Vgl. Act. n° [...].
[929] Siehe das sichergestellte Fax in Act. n° [...].
[930] Vgl. Act. n° [...]; «2'000 höher»; «Fax an […]/E AG»; «ARGE [B AG]/[A AG]».
[931] Act. n° [...]: […] (exkl. MwSt.).
[932] In der Tabelle oben ist der brutto-Preis angegeben.
[933] Act. n° […].
[934] Act. n° […].


X Beilage: Offerte [redacted]

Sachbearbeiter/in: Datum: [redacted].2007

[redacted]

Guten Morgen [redacted]

Eingabesumme B AG **für das Objekt** [redacted] **ist:**

Eingabe B AG **Netto inkl. MwST: SFr.** [redacted]

Herzlichen Dank

Mit freundlichen Grüssen

A AG

Abbildung 44: Auszug aus Act. n° [...]

727. In ihrer Eingabe vom […] 2013 hat die Walo dementsprechend bestätigt, dass bei diesem Projekt ein Unternehmen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt worden war und die preisliche Höhen der Gewinnofferte und der Stützofferten einvernehmlich festgelegt worden waren.[935]

728. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats macht die [eine Verfahrenspartei] geltend, dass die Eingabesummen gemäss Faxschreiben von [eine Verfahrenspartei] nicht mit den tatsächlichen Eingaben übereinstimmen würden. Weder stimmen die Eingabesummen überein noch stimmt die Reihenfolge der Unternehmen in Bezug auf die Höhe der Eingabesummen noch liegen Faxschreiben von [eine Verfahrenspartei] für alle offerierenden Unternehmen vor. Dies beweist, dass die Faxschreiben von [eine Verfahrenspartei] von den Empfängern nicht beachtet wurden.[936]

729. Die drei Faxschreiben wurden zwei Tage vor Eingabefrist an die [eine Verfahrenspartei], [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] versandt. Aus den übermittelten runden Offertsummen geht hervor, dass es sich um überschlagsmässig Offertsummen handelt ([…], […] und […] Franken). Die tatsächlichen Eingabesummen können von den überschlagsmässigen Offertsummen naturgemäss abweichen. Wichtig ist, dass die eingereichten Offerten höher sind als die Summe des geschützten Unternehmens. Dies ist vorliegend der Fall. Die [eine Verfahrenspartei], [eine Verfahrenspartei], [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] haben gemäss Eröffnungsprotokoll höher eingegeben als das geschützte Unternehmen [eine Verfahrenspartei]. Was vorliegend auffällt, ist die Abstufung der eingereichten Offertsummen (siehe auch Abbildung 1, Act. n° […]). Es gibt einen grossen Preisunterschied zwischen der Offerte von [eine Verfahrenspartei] (tiefste Offerte) und der Offerte von [eine Verfahrenspartei] (zweittiefste Offerte). Die nachfolgenden Offerten von [eine Verfahrenspartei], [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] sind dagegen nah beieinander. Diese Abstufung findet sich auch in den per Fax übermittelten überschlagmässig Offertsummen. Dieses Bieterverhalten stellt genauso wie andere Umstände ein Indiz für die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Stützofferten dar (siehe oben Rz 694).

730. Zur abschliessenden Illustration der Koordination bei konkreten Projekten wird im Folgenden die Zusammenarbeit der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] bezüglich des Projekts […] (Nr. 186 des DOP, Nr. 713 der kons. MAL) eingegangen und chronologisch geschildert.

731. […] schrieb das Projekt […] (nachfolgend: […]) mit Eingabetermin vom […] 2008 im offenen Verfahren aus.

732. Das Projekt erscheint das erste Mal auf der MAL 2008_10 mit einer Summe von CHF […] (Nr. […]). Die Liste wurde am 5. März 2008 für die Sitzung am 6. März 2008 versandt. Da hinsichtlich des Projekts direkt Interessen eingetragen sind, müssen die Unternehmen diese an einer vorangehenden MA-Sitzung abgeklärt haben. Nach der MAL 2008_10 bestand folgende Interessenslage: [eine Verfahrenspartei] hat mit zwei Sternen ein grosses Interesse für dieses Projekt gemeldet. [eine Verfahrenspartei], [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] haben jeweils ein einfaches Interesse mittels eines Sterns ausgedrückt. Laut den MAL 2008_12 bis MAL 2008_21 machte anschliessend nur noch die [eine Verfahrenspartei] ein Interesse mittels eines Sterns geltend.

[935] Act. n° […].
[936] Act. n° […].

733. Auf der MA-Liste 2008_23 ist jeweils ein hohes Interesse von [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] (zwei Sterne) vermerkt. Die Interessenserhöhung durch die [eine Verfahrenspartei] und die Interessensgeltendmachung durch die [eine Verfahrenspartei] müssen an der MA-Sitzung am 21. Mai 2008 erklärt worden sein. Die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] hatten also ein gleich grosses und besonders hohes Interesse an dem Projekt.

734. Am […] 2008 brachte die [eine Verfahrenspartei] in Erfahrung, welche Unternehmen als Submittenten in Frage kommen.[937] Laut dieser Liste gab es […] Submittenten. Zudem wurde handschriftlich auf dieser Unternehmerliste von einem Mitarbeiter der Firma [eine Verfahrenspartei] zusätzlich zwei Unternehmen hinzugefügt («[eine Verfahrenspartei] » und «[Unternehmensname]»).

735. Am […] 2008 fand eine Besprechung bei der [eine Verfahrenspartei] zwischen Vertretern der [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] betreffend das Projekt statt.[938] Die Besprechung ist in einem handschriftlichen Protokoll dokumentiert, welches im Folgenden abgebildet ist:

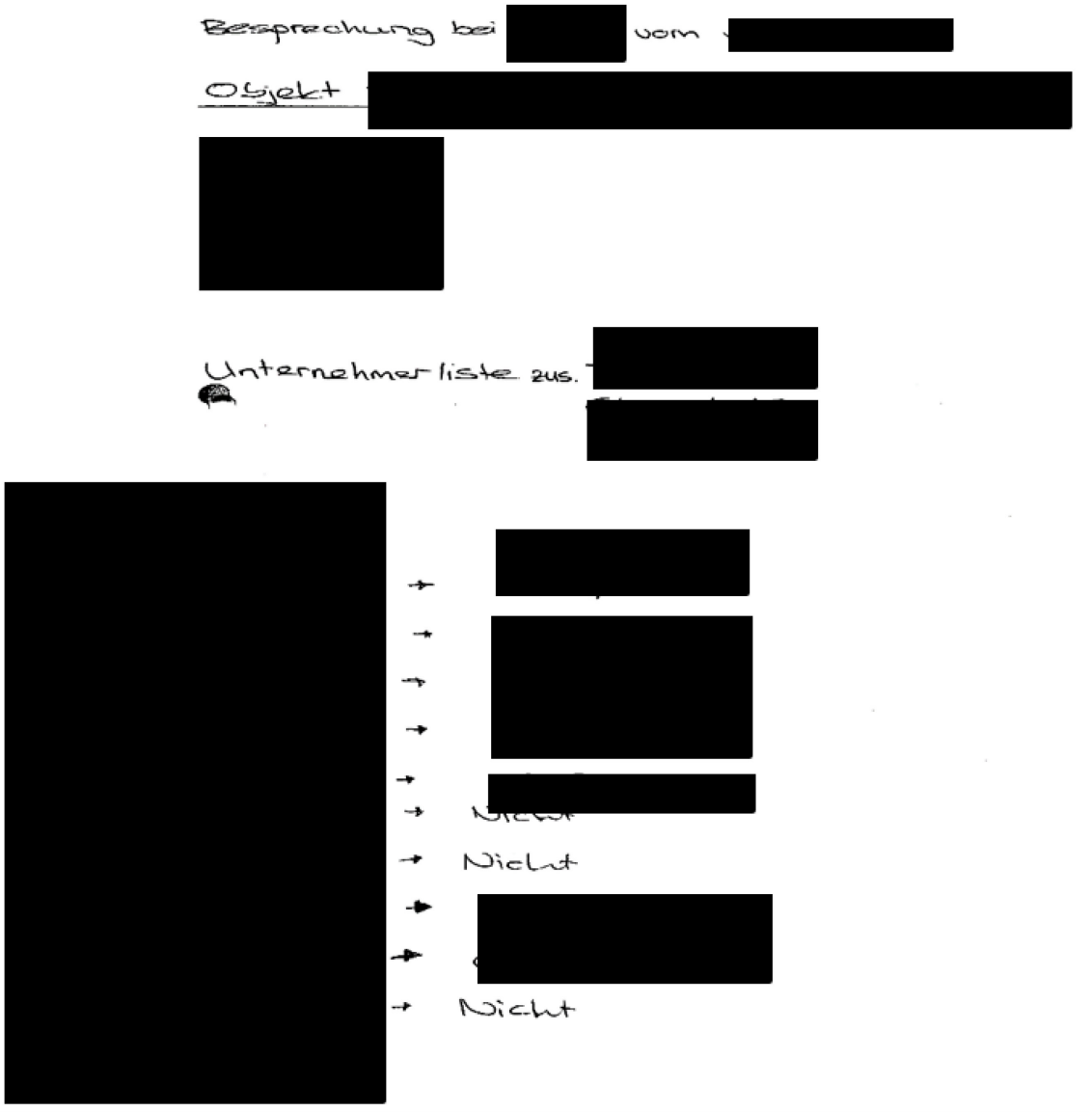


Abbildung 45: Act. n° [...]

736. Aufgrund dieses Besprechungsprotokolls, welches [Mitarbeiter von der [[eine Verfahrenspartei]] geschrieben hat,[939] ist davon auszugehen, dass die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] festgelegt haben, dass sie die laut Submittentenliste interessierten Unternehmen (+[eine Verfahrenspartei] und die [Unternehmensname]) kontaktieren werden. Die beiden Unternehmen haben die aufgeführten Unternehmen sodann

[937] Act. n° […].
[938] Act. n° […].
[939] Act. n° […].

untereinander aufgeteilt: Die [Unternehmensname], die [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] sollten von der [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei], die [Unternehmensname] und die [eine Verfahrenspartei] von der [eine Verfahrenspartei] kontaktiert werden. Dass eine Kontaktaufnahme vor Ablauf der Eingabefrist erfolgen sollte, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass eine nachträgliche Kontaktaufnahme keinerlei Funktion für die Unternehmen gehabt hätte. [Mitarbeiter] der [eine Verfahrenspartei] hat dementsprechend bestätigt, dass es um die Kontaktaufnahme vor Eingabefrist gegangen sei. Allerdings hätten die vier Personen dabei vermutlich abklären wollen, inwiefern weitere Unternehmen bei einer ARGE mitmachen wollten[940]. Mit Blick auf die folgenden Ereignisse sowie die Ausführungen der Selbstanzeigerinnen zum Ablauf der Schutzverhandlungen ist indessen anzunehmen, dass die beiden Unternehmen die anderen Unternehmen Zwecks der Festlegung von Schutz für eine noch zu bildende ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] kontaktieren wollten. Kommt hinzu, dass nicht ersichtlich ist, warum die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] an einer separaten Sitzung vereinbaren sollten, Teilnehmer der MA-Sitzungen ([Namen von vier Verfahrensparteien]) Zwecks ARGE-Bildung zu kontaktieren, wenn nach ihrer eigenen Aussage die MA-Sitzungen der Bildung von ARGE dienten. Zudem ist nicht ersichtlich, worin das Interesse der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] liegen sollte, weitere Unternehmen an dem Projekt zu beteiligen, wenn beide offensichtlich in der Lage gewesen waren, das Projekt auch alleine durchzuführen. Letzteres ist daraus zu schliessen, dass die [eine Verfahrenspartei] bei der Berechnung des Schutzniveaus (siehe unten Rz 739) zunächst mit separaten – preislich niedrigen – Offerten für die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] gerechnet hat. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass nach der Notiz alle 7 (!) Unternehmen zu kontaktieren sind. Wie bei einer gleichzeitigen Kontaktaufnahme bei insgesamt 7 Unternehmen durch drei Personen die Bildung einer ARGE organisiert werden soll, kann nicht nachvollzogen werden. Die Eintragung «Nicht» könnte bedeutet, dass die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] am […] 2008 noch davon ausgingen, dass sie die [Unternehmensname], die [Unternehmensname] und die [Unternehmensname] nicht in die Koordination einbeziehen können oder wollen.

737. Am […] 2008 hat sich ein Mitarbeiter der [eine Verfahrenspartei], vermutlich [Mitarbeiter der [eine Verfahrenspartei]], im Meldesystem des Baumeisterverbands […] darüber informiert, welche Unternehmen eine Offerte einreichen wollten; ein Ausdruck der Internetseite vom […] konnte sichergestellt werden.[941] Nach diesem Ausdruck beabsichtigten zwei Tage vor dem Eingabetermin die folgenden acht Unternehmen eine Offerte einzureichen: Die [[eine Verfahrenspartei] eine Verfahrenspartei], die [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei], die [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei] [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei], die [Unternehmensname]. Ein Mitarbeiter von [einer Verfahrenspartei] hat auf diesen Ausdruck des Baumeisterverbands ein Post-it mit folgendem Inhalt aufgeklebt. «[Name eines Mitabeiters eines Unternehmens], [Betrag] [Unternehmensname]». Da diese Zahl auch auf dem Notizzettel notiert ist, auf dem das Schutzniveau errechnet wurde (siehe Rz 739), ist es als bewiesen anzusehen, dass es sich dabei um die überschlagsmässige Offerthöhe der [Unternehmensname] handelt.

738. Zwischen dem […] 2008 und der Eingabe der Offerte der [eine Verfahrenspartei] am […] müssen die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] auch die überschlagsmässigen Offertpreise zumindest von der [Unternehmensname], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] erfahren haben. Dies ist aus der handschriftlichen Notiz zu folgern, welche bei der [eine Verfahrenspartei] sichergestellt wurde und nachfolgend abgedruckt ist:

[940] Act. n° […].
[941] Act. n° […].

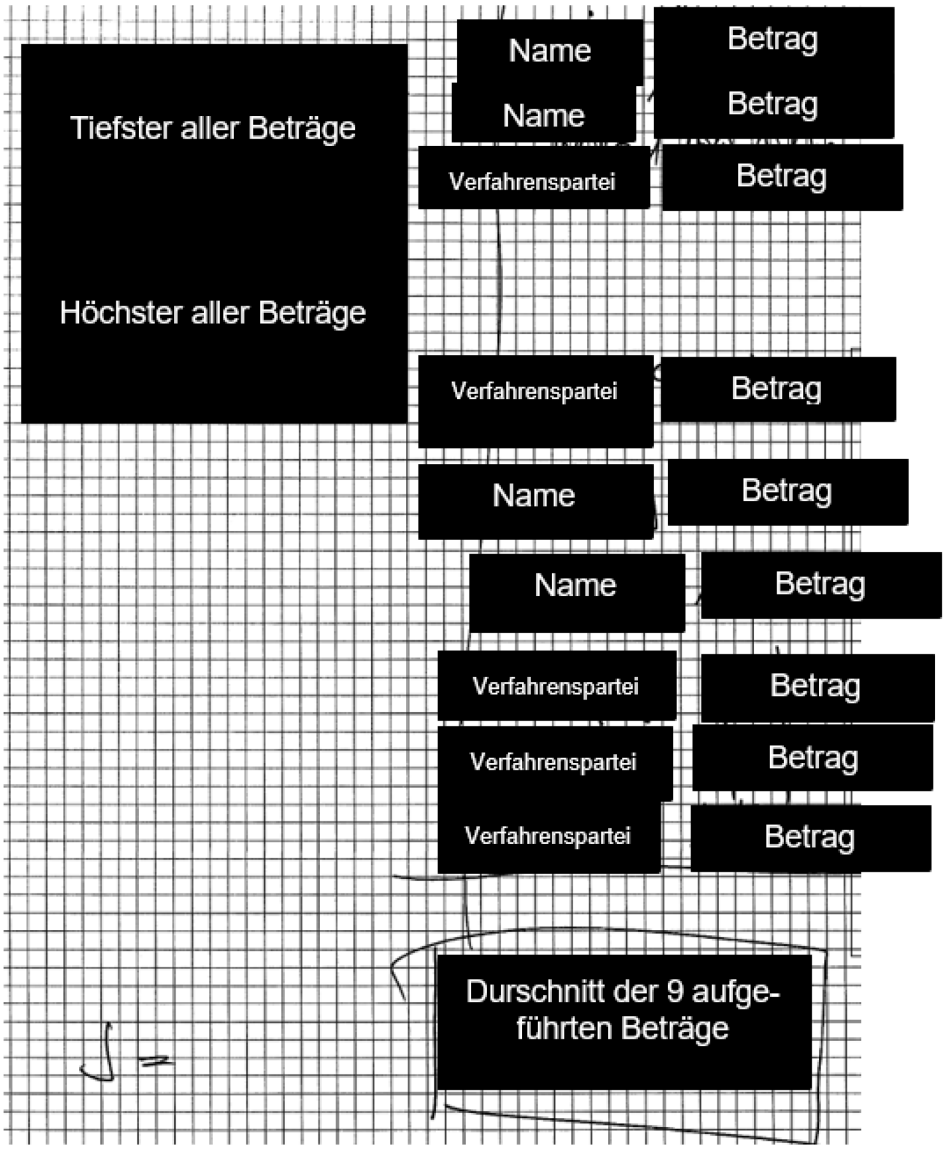


Abbildung 46: Act. n° [...]

739. Der Offertpreis der [Unternehmensname], welchen [Mitarbeiter der Verfahrenspartei] bereits vorher in Erfahrung gebracht hat (siehe oben Rz 737), ist ebenfalls auf der Notiz aufgeführt. Die [eine Verfahrenspartei] hat in der Einvernahme am […] März 2015 behauptet, die Notiz sei möglicherweise nach Ablauf der Eingabefrist erstellt worden.[942] Dies ist indessen nicht überzeugend, da die Notiz die Offertpreise der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] separat aufführt («[eine Verfahrenspartei] [Betrag]»; «[eine Verfahrenspartei] [Betrag]»), obwohl die beiden Unternehmen am […] zusammen als ARGE ein Angebot in Höhe von exakt CHF […] eingereicht haben.[943] Wäre die Notiz nach Einreichung des Angebots erstellt worden, so wäre nicht erklärlich, warum die [eine Verfahrenspartei] bei der Berechnung nicht den tatsächlichen Eingabepreis (CHF […] bzw. CHF […]), sondern eine andere Zahl für die Durchschnittsberechnung zugrundegelegt, und zudem für die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] jeweils einen separaten Offertpreis aufführt. Es ist auch nicht ersichtlich, was der Zweck einer Berechnung des Durchschnitts der Offertpreise nach Ablauf der Offerteingabefrist sein sollte. In beweismässiger Hinsicht ist daher anzunehmen, dass die Notiz das Ergebnis der Abklärung der Offertpreise widerspiegelt und dass nach der von der Walo genannten Berechnungsmethode der Durchschnitt der Offerten errechnet wurde (siehe zu der Methode oben Rz 716 ff.). Dafür spricht auch, dass am Ende notiert ist: «S= [Durchschnitt aller 9 aufgeführten Beträge]».

740. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die [eine Verfahrenspartei] angegeben hat, dass sie weder einen Entwurf noch eine Offerte in ihren Unterlagen für dieses Projekt gefunden habe und dass sie sich nicht an eine Kontaktaufnahme von [eine Verfahrenspartei] oder [eine Verfahrenspartei] erinnern könne.[944] Denn es ist nachvollziehbar, dass man sich bei der [eine Verfahrenspartei] nicht an jedes Detail erinnert und zudem keine Unterlagen vorhält, wenn das Unternehmen – wie bezüglich dieses Projekts – gar keine Offerte für ein Projekt

[942] Act. n° […].
[943] Vgl. den ARGE-Vertrag in Act. n° [...]. sowie das Offertöffnungsprotokoll in Act. n° […].
[944] Act. n° [...].

eingereicht hat (siehe unten Rz 741). Dem Verständnis der oben aufgeführten Notiz, wonach sie zeigt, dass die Preise vor Eingabefrist ausgetauscht wurden und versucht wurde Schutz für die ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] zu organisieren, steht auch nicht entgegen, dass auf der Notiz die Offertpreise der [Unternehmensname] und der [Unternehmensname] aufgeführt sind («[Unternehmensname] [Betrag]; [Unternehmensname] [Betrag]»). Zwar gingen die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] am […] 2008 wohl ursprünglich davon aus, dass sie die genannten Unternehmen ohnehin nicht mit in die Koordination miteinbeziehen können (siehe oben Rz 736). Die Nennung der Offertpreise dieser beiden Unternehmen ist jedoch nur auf die folgenden Arten erklärbar. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, stehen diese Arten alle nicht im Widerspruch dazu, dass sich die [eine Verfahrenspartei] und/oder die [eine Verfahrenspartei] Schutz organisiert haben und vor Ablauf der Eingabefrist (zumindest teilweise) von anderen Unternehmen die überschlagsmässigen Offertpreise abgeklärt haben:

- Die [eine Verfahrenspartei] und/oder die [eine Verfahrenspartei] könnten die [Unternehmensname] entgegen der ursprünglichen Absicht doch kontaktiert, ihr Anliegen erläutert und einen überschlagsmässigen Offertpreis eingeholt haben. In diesem Fall ist anzunehmen, dass die [eine Verfahrenspartei] nur einen überschlagsmässigen «fiktiven» Offertpreis genannt hat, von dem sie wusste, dass er in die Durchschnittsberechnung nach der bekannten Berechnungsmethode eingeht. Denn wenn die [Unternehmensname] wirklich am Zuschlag für dieses Projekt interessiert gewesen wäre, so hätte sie nicht ihren wahren Offertpreis verraten, weil sie dann Gefahr gelaufen wäre, dass sie von der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] unterboten wird. Denkbar ist auch, dass die [Unternehmensname] den «fiktiven» Offertpreis mitgeteilt hat, um zu erfahren, zu welchem Preis die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] eingeben würden.
- Vergleichbares gilt für die Offerte der [Unternehmensname]: Diese könnte ebenfalls einen fiktiven Offertpreis genannt und sich mit der Festlegung von Schutz für die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] zum Schein einverstanden erklärt haben. Dafür spricht, dass die [Unternehmensname] dann am […] 2008 eine Offerte eingereicht hat, welche fast CHF […] unter dem in der Notiz aufgeführten [eine Verfahrenspartei]-Offertpreis liegt (CHF [Betrag]).
- Die [eine Verfahrenspartei] [eine Verfahrenspartei] und/oder die [eine Verfahrenspartei] könnten ausgehend von den ihnen bekannten Offertpreisen die Offerthöhe der [eine Unternehmensname] geschätzt haben. Dies wäre angesichts der Vielzahl der bekannten Offertpreise und der besonderen Rolle der [ein Unternehmensname] als «Niedrigpreisunternehmen», welches die Festlegung von Schutz nach Angaben der Selbstanzeigerinnen ab dem Jahr 2008 häufig unterlaufen hat, ohne weiteres möglich gewesen. In diesem Fall ist aber anzunehmen, dass die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] zumindest mit der [Unternehmensname],[945] der [Unternehmensname], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] Preise ausgetauscht und über Schutz gesprochen haben. Denn es ist nicht plausibel, dass die [[eine Verfahrenspartei] alle Offertpreise von sich aus geschätzt hat. Dies wäre ohnehin wenig sinnvoll, da weder erklärlich wäre, welchen Informationswert eine solche Schätzung haben würde, noch, weshalb man von diesen Schätzwerten einen Durchschnitt berechnen sollte.
- Der Offertpreis der [Unternehmensname] könnte indessen geschätzt sein. Denn der Werkhof der [Unternehmensname], welche […], lag über […] km vom Projektort entfernt. Hieraus liesse sich ohne weiteres folgern, dass der Offertpreis der [Unternehmensname] höher sein müsste als derjenige von solchen Unternehmen, deren Werkhöfe nur wenige Kilometer vom Projektort entfernt lagen. Denn je weiter eine Baustelle vom Werkhof entfernt liegt, desto höher werden im Grundsatz die Transport- und Koordinierungskosten.

741. Nachdem zwischen dem […] und dem […] zwischen den genannten Unternehmen Offertpreise ausgetauscht worden waren haben die ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei], die [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei] und die [Unternehmensname] am […] 2008 (laut Poststempel)[946] folgende Offerten mit folgenden Preisen abgegeben:

[945] [...] arbeitet bei der [Unternehmensname], siehe Rz 737.
[946] Act. n° [...].

Anbieter	Offertsumme in CHF
ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei]	[…]
[Unternehmensname]	[…]
[eine Verfahrenspartei]	[…]
[eine Verfahrenspartei]	[…]
[eine Verfahrenspartei]	[…]
[Unternehmensname]	[…]

Tabelle 10: Offerteingaben der Ausschreibung […]

742. Am Ende wurde der Zuschlag wie geplant der ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] erteilt.[947] Aus dem Offertöffnungsprotokoll geht hervor, dass die [Unternehmensname], die [eine Verfahrenspartei], die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] die ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] nicht unterboten haben und dass die Eingabesummen der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [Unternehmensname] ungefähr den auf der Notiz vorgefunden Beträgen entsprachen (CHF [Beträge gemäss Notiz]).

743. Die Interesse der Marktabklärungsliste […] wurden dementsprechend geschützt: Die Unternehmen [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei], welche am Anfang des Jahres […] (MAL […]) ein kleines Interesses für dieses Projekt bekundeten haben, haben zwar an der Ausschreibung teilgenommen, haben aber höhere Offerte als die ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] eingereicht. Dass neben der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei], der [eine Verfahrenspartei] und der [Unternehmensname] auch die [eine Verfahrenspartei], welche in der in Rz 738 aufgeführten Notiz nicht genannt ist, in die Koordination involviert gewesen sein muss, ergibt sich aus der Zusammenschau der folgenden Umständen: Die [eine Verfahrenspartei] muss als Mitglied der MA-Sitzungen gewusst haben, dass es bei dem Projekt zur Koordination kommen würde. Darauf weist auch die Höhe ihrer Offertsumme, welche […] % grösser war als die Gewinnerofferte und […] % über der […] der ARGE lag, hin. Denn der [eine Verfahrenspartei]-Werkhof lag am zweitnächsten zum Projektort (weniger als […] km),[948] womit eigentlich geringe Transport- und Koordinierungskosten angefallen sein müssen. Kommt hinzu, dass die [eine Verfahrenspartei] in der gesamten Zeit zwischen 2004 und 2009 mit von Kantonen und Gemeinden ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekten einen Umsatz von lediglich CHF […] erzielt hat (siehe unten Rz 779 f., Rz 786). Im Bereich «Strassenbau» und im Bereich «Strassenbau mit Tiefbauelementen» lag der Umsatz für den gesamten Zeitraum gar nur im […] Bereich.[949] Es erscheint daher wenig plausibel, dass die [eine Verfahrenspartei] die Kapazität gehabt hätte, alleine ein Strassenbauprojekt zu stemmen, dessen Wert bei etwa CHF […] lag. Es ist damit nicht plausibel, dass die [eine Verfahrenspartei] das Projekt tatsächlich durchführen wollte. Es ist vielmehr anzunehmen, dass sie als Mitglied der MA-Sitzungen von der ARGE [eine Verfahrenspartei]/[eine Verfahrenspartei] um eine Stützofferte gebeten wurde, und sie eingewilligt hat, weil sie ohnehin nicht die Kapazität gehabt hätte, das Projekt auszuführen.

744. Hinsichtlich ihrer Beteiligung führt die [eine Verfahrenspartei] in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats aus,[950] sie sei sehr wohl in der Lage gewesen, das Projekt […] ohne Arbeitsgemeinschaft durchzuführen. Dass [eine Verfahrenspartei] zudem ein echtes Interesse an der Durchführung des Projekts hatte, soll sich aus der Einreichung eines umfassenden technischen Berichts ergeben.[951] Zudem habe gemäss Sekretariat am […] eine MA-Sitzung bei [eine Verfahrenspartei] in […] stattgefunden. Falls es tatsächlich zu einer Abstimmung gekommen sein sollte, in die neben [eine Verfahrenspartei] und [eine Verfahrenspartei] auch weitere Unternehmen der MA-Sitzungen involviert wären, hätten diese Gespräche entweder am offiziellen Treffen selbst oder unmittelbar vor oder im Anschluss der MA-Sitzung stattgefunden. Die Sitzung vom […] bei [einer Verfahrenspartei] würde bei Annahme einer Koordination belegen, dass die MA-Sitzung vom […] 2008 gar nicht stattgefunden habe oder bei [einer Verfahrenspartei] (und nicht bei [einer Verfahrenspartei]) stattgefunden hat.

745. Diese Einwände überzeugen nicht. Wie bereits erläutert, ist bewiesen, dass die MA-Sitzung vom […] bei der […] ab 17 Uhr stattgefunden hat (siehe oben Rz 335 ff., 479 ff., 514). Vor diesem Hintergrund müssen sich die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] bereits früher am Tag bei der [eine Verfahrenspartei] getroffen haben. Dies ist insbesondere deshalb plausibel, da sich der Werkhof der [Gesellschaften] nur etwa […] Autofahrminuten (ca. […] km) vom Werkhof der […] entfernt befindet. Dass die Festlegung der Eingabesummen an der MA-Sitzung erfolgte, ist nicht anzunehmen; die Höhe der Eingabesummen ist vielmehr in separaten Gesprächen festgelegt worden (siehe oben Rz 662). Auch der Verweis auf den technischen Bericht

[947] Act. n° [...].
[948] Nur der Werkhof der [Verfahrenspartei] lag näher zum Projektort (etwa […]).
[949] Siehe Act. n° [...].
[950] Act. n° [...].
[951] Act. n° [...].

spricht nicht gegen eine Beteiligung der [eine Verfahrenspartei]. Denn die Einreichung eines entsprechenden Berichts war ja gerade Voraussetzung für die Einreichung einer Offerte, damit diese auch als «echte» Offerte angesehen wird. Dass in diesem Bericht Grundstücke Abstell- und Parkplätze genannt werden, ist für sich genommen kein Beleg für die «Ernsthaftigkeit» der Offerte der [eine Verfahrenspartei]. Als Beleg für eine «Ernsthaftigkeit» der Offerte hätte die [eine Verfahrenspartei] vielmehr konkrete Dokumente über die Miete dieser Flächen oder die Verhandlung über die Miete einreichen müssen. Bedeutsam ist des Weiteren, dass die [eine Verfahrenspartei] schlichtweg behauptet, sie habe die Kapazitäten gehabt, um ein Projekt dieser Grösse zu stemmen. Einen Beleg für diese Behauptung (z. B. Angaben über die Auslastung im […] 2008 oder die Durchführung ähnlich grosser Strassenbauprojekte) reichte sie indes nicht ein. Es ist damit weiter anzunehmen, dass die [eine Verfahrenspartei] gar nicht die Kapazität gehabt hätte, dieses Projekt durchzuführen. Vor diesem Hintergrund und mit Blick darauf, dass die MA-Sitzungen zur Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten dienten und die [eine Verfahrenspartei] um diesen Zweck wusste und diesen mittrug, ist daher anzunehmen, dass die [eine Verfahrenspartei] bezüglich der Einreichung einer Stützofferte kontaktiert wurde und in der Folge auch eine Stützofferte eingereicht hat.

746. Die [Unternehmensname] hat im Vergleich zum ursprünglichen Betrag ein bedeutend tieferes Angebot eingereicht (CHF […] anstatt CHF […]). Wie erläutert, könnte die [Unternehmensname] im Wissen der genannten Eingabesummen der [eine Verfahrenspartei] (CHF […]) und der [eine Verfahrenspartei] (CHF […]) versucht haben mit einer tieferen Offerte den Schutz zu unterlaufen. Denkbar ist auch, dass die [eine Verfahrenspartei] und/oder die [eine Verfahrenspartei] bei der Schätzung des Gebots der [Unternehmensname] von falschen Prämissen ausgegangen sind.

e. Zwischenergebnis

747. Zusammenfassend ist es als bewiesen anzusehen, dass alle acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – in den Jahren 2002 bis Mitte 2009 bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet an der gemeinsamen Festlegung des Gewinnunternehmens sowie der Höhe der Gewinnofferte und der Stützofferte beteiligt waren.

748. Diese Koordinierungen liefen so ab, dass das an der MA-Sitzung bestimmte «Lead»-Unternehmen versuchte, sich an separaten Sitzungen, telefonisch, per E-Mail und/oder per Fax «Schutz» (Schutz durch alle an einer Submission beteiligte Unternehmen) oder zumindest «Teilschutz» (Schutz durch einige an einer Submission beteiligte Unternehmen) zu organisieren. Dies bedeutet, dass es versuchte, sich vor Ablauf der Eingabefrist mit anderen Unternehmen darüber zu einigen, dass es den Zuschlag für das gewünschte Projekt erhalten wird. Dazu haben die pro Projekt beteiligten Unternehmen jeweils die Höhe der Gewinnofferte und der Stützofferten gemeinsam festgelegt.

749. Bisweilen wurde bei der Festlegung der Höhe der Gewinnofferte und der Stützofferten eine Berechnungsformel angewandt, welche mindestens seit 1977 existiert. Diese Berechnungsformel wird genauer in den Rz 716 ff. beschrieben.

750. Eine Koordination funktionierte in einer Vielzahl von Fällen (siehe dazu insbesondere Rz 686 und 701 ff. sowie auch unten Rz 815 ff.). Allein aus den HA-Listen ergibt sich, dass in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 bei etwa 240 Projekten im Wert von über CHF 59 Mio. gemeinsam der Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen festgelegt worden sind. Es gab aber auch Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet, bezüglich derer schon keine Einigung über den Gewinner und die Höhe der Offerten gelang oder hinsichtlich derer die Koordination durch nicht an der Koordination beteiligte Strassenbauunternehmen unterlaufen wurde («Freigabe»).

A.5.4.1.5 Statistische Analysen betreffend die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems

751. Wie bereits mehrfach ausgeführt, liegt den Wettbewerbsbehörden eine Vielzahl von Informationen zur Strassen- und Tiefbauwirtschaft im Untersuchungsgebiet sowie zur Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems vor (insbesondere MA-Listen, HA-Listen und DOP). Die Wettbewerbsbehörden haben diese Daten statistisch analysiert, insbesondere um Erkenntnisse zur Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet sowie zum Ausmass der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems zu gewinnen. Diese Erkenntnisse werden in den folgenden Schritten präsentiert. Vorab wird allgemein die Datengrundlage und das methodische Vorgehen erläutert (siehe Rz 752 ff.). Anschliessend werden Ergebnisse der statistischen Analysen präsentiert, welche Bezug zur Konkurrenzsituation im Bereich Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet haben (siehe Rz 775 ff.). Danach werden die Erkenntnisse zum Ausmass der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems dargestellt (siehe Rz 793 ff. und Rz 838 ff.). Der Abschnitt wird mit einem zusammenfassenden Zwischenergebnis abgeschlossen (siehe unten Rz 853).

a. Überblick über die Datengrundlage und deren Verwendung

752. Im Rahmen der Untersuchung See-Gaster hat das Sekretariat systematisch Daten zu öffentlich ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet erhoben. Die grosse Menge und die Qualität dieser Daten haben es dem Sekretariat ermöglicht, eine quantitative Studie betreffend die Submissionsaktivität der acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet durchzuführen.

753. Aus den vorliegenden Beweismitteln erstellte das Sekretariat zwei Datensätze. Der erste Datensatz betrifft die Offertöffnungsprotokolle von öffentlichen Beschaffungsstellen bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten. Darin sind Informationen aus strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March aus der Zeit zwischen 2003 und 2013 enthalten (siehe dazu vertiefend Rz 754 ff.). Der zweite Datensatz «konsolidierte MAL» bzw. «kons. MAL» ent-

hält Daten, welche aus den MA-Listen entnommen wurden (siehe dazu vertiefend Rz 760 ff.). Die «kons. MAL» wurde in zwei Excel-Blätter aufgeteilt (siehe dazu Rz 763 ff.). Diese Datensätze wurden unterschiedlichen statistischen Analysen unterzogen (siehe dazu unten Rz 774).

(i) Erstellung des Datensatzes Offertöffnungsprotokolle (DOP) und dessen Zweck

754. Der «Datensatz Offertöffnungsprotokolle» (nachfolgend: DOP) wurde aus den dem Sekretariat vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March aus den Jahren 2004 bis 2013 erstellt.[952] Zur Erstellung des Datensatzes hat das Sekretariat aus den von den genannten Stellen eingereichten Unterlagen (siehe dazu Rz 60 f. und Act. n° [...] Rz 2 ff.) alle Offertöffnungsprotokolle, welche Projekte im Untersuchungsgebiet betreffen, in einer Excel Tabelle erfasst.

755. Für jedes erfasste Projekt wurde der Projektname, das Datum der Eingabefrist, der Bauherr, der Projektort, die Verfahrensart (offenes, selektives, Einladungs- oder freihändiges Verfahren) sowie der Projekttyp (Tiefbau, Strassensanierung, Aushub, etc.) aus den Offertöffnungsprotokollen eruiert und in der Excel Tabelle notiert. Des Weiteren wurde bezüglich jedes Projekts erfasst, welche Unternehmen zu welchen Eingabesummen für das betreffende Projekt eine Offerte eingereicht haben.

756. Jede Zeile des Datensatzes entspricht einer durch das Bauunternehmen eingereichten Offerte und ist durch die Angaben des dazugehörenden Projekts ergänzt. Da es in der Regel mehrere Offerten pro Submission gibt, wiederholen sich die Informationen über ein bestimmtes Projekt. Neben der Beschreibung der erfassten Projekte hat das Sekretariat zusätzliche kategoriale und Dummy Variablen[953] generiert.

757. Für die Analyse der Projekte des Datensatzes hat das Sekretariat Offerten nicht berücksichtigt, welche als Variante eingegeben wurden, die als ungültig erachtet worden sind, deren Eingabesumme nicht bekannt ist oder deren Offertöffnung im Jahr 2003 stattgefunden hat. Die Gesamtheit der bei den Analysen berücksichtigten Projekte wird nachfolgend als DOP bezeichnet. Der DOP gibt einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet. Der DOP gibt damit einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet.

758. Im DOP befinden sich Informationen zu insgesamt 709 Strassen- und/oder Tiefbauprojekten aus dem Untersuchungsgebiet.[954] Der Gesamtwert dieser Projekte beläuft sich auf etwas weniger als CHF 300 Mio. Für den Zeitraum 2004 bis Mitte 2009 enthält der DOP 362 Projekte mit einem Gesamtwert von fast CHF 140 Mio.[955]

759. Der durch das Sekretariat erstellte DOP wird bei den statistischen Analysen für drei unterschiedliche Zwecke verwendet. Erstens wird der DOP verwendet, um die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet zu kategorisieren und zu quantifizieren (siehe unten Rz 775 ff.). Zweitens wird der DOP genutzt, um eine Verknüpfung zwischen den Projekten auf den MA-Listen und den Projekten auf dem Datensatz Offertöffnungsprotokolle herzustellen (vgl. hierfür den Abschnitt *Identifikationsprozess* in den Rz 763 ff.). Diese Verknüpfung ist ein wichtiger Schritt, mit welchem der Gewinner der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte sowie die Unternehmen, welche ebenfalls Offerten eingereicht haben, pro Projekt eruiert werden können. Wenn der Gewinner identifiziert wurde, kann die Erfolgschance des MA-Systems abgeschätzt werden (siehe dazu unten Rz 793 ff.). Drittens wird der DOP verwendet, um das Bieterverhalten der Bauunternehmen und allfällige Änderungen während und nach der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems zu analysieren (siehe unten Rz A.1.1.1.1(i) ff.).

(ii) Erstellung der konsolidierten MAL

760. Um die auf den MA-Listen aufgeführten Projekte mit den im DOP enthaltenen Projekte verknüpfen zu können, war es zunächst erforderlich einen Datensatz zu erstellen, welcher alle auf den MA-Listen aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus dem Untersuchungsgebiet sowie die diesbezügliche Interessenslage enthält. Dazu hat das Sekretariat in einem ersten Schritt die rund 90 MA-Listen, welche von Mai 2004 bis Mai 2009 und Ende Dezember 2003[956] von der De Zanet an die anderen Unternehmen versandt worden sind,[957] digitalisiert und zu einer einzigen MA-Liste zusammengeführt.

761. Da die MA-Listen «dynamische» Listen waren, welche in etwa alle zwei bis vier Wochen aktualisiert wurden (siehe dazu oben Rz 539 ff.), fanden sich zu diesem Zeitpunkt in dem erstellten Datensatz MAL zahlreiche Projekte mehrfach. Das Sekretariat hat daher in einem zweiten Schritt versucht, den Datensatz so zu bereinigen, dass jedes Projekt nur noch einmal im Datensatz enthalten ist (siehe dazu auch Rz 772). Nachdem alle mehrfach aufgeführten Projekte gelöscht worden waren, befanden sich noch mehr als 750 Projekte in dem Datensatz. Dieser Datensatz wird als «konsolidierte MAL» bzw. «kons. MAL» bezeichnet.

762. Auch die Interessenslage wurde pro Projekt – soweit sie in den MA-Listen aufgeführt war[958] – in die konsolidierte MAL übernommen. Diesbezüglich hat das Sekretariat pro Projekt diejenige Interessenslage in den Datensatz überführt, wie sie in der MA-Liste, welche das Projekt zuletzt enthielt, aufgeführt war.

[952] Eine Submission wurde Ende 2003 ausgeschrieben. Das Datum des Offertöffnungsprotokolls ist auf den 12. Dezember 2003 datiert.
[953] Solche Variablen dienen dazu, die Daten zu kategorisieren. Vertiefte Erläuterungen dazu finden sich im Act. n° [...].
[954] Act. n° [...].
[955] Siehe unten Rz 624.
[956] Eine MA-Liste für Dezember 2003 wurde bei der De Zanet sichergestellt. Siehe Act. n° [...].
[957] […].
[958] Zu den Gründen, warum die Interessenslage teilweise nicht in den MA-Listen aufgeführt war, siehe oben Rz 576 f.

(iii) Erstellung des Excel-Blatts berücksichtigten Projekte – Identifikationsprozess

763. Wie einleitend bereits angedeutet, versuchte das Sekretariat nun für die in der konsolidierten MAL aufgeführten Projekte zu ermitteln, ob diese tatsächlich durchgeführt wurden, und wenn ja, welches Unternehmen den Bauauftrag erhalten hat («Identifikationsprozess»). Diejenigen Projekte, für die die Identifikation gelang, sind in der konsolidierten MAL im Excel-Blatt «Berücksichtigte_Projekte» aufgeführt. Die Projekte, welche nicht identifiziert werden konnten, wurden in das zweite Excel-Blatt der konsolidierten MAL mit dem Titel «Nicht_berücksichtigte_Projekte» verschoben. Inwiefern der Identifikationsprozess erfolgreich war, ergibt sich aus den nachfolgenden Ausführungen.

764. Die Identifikation von in der konsolidierten MAL aufgeführten Projekten erfolgte zunächst mittels der im DOP enthaltenen Projekte (Informationsquelle 1). Dies gelang jedoch nicht bei allen Projekten der konsolidierten MAL. Daher wurden zur Identifikation auch die «Hagedorn-Listen» (Informationsquelle 2), die Antworten der Unternehmen auf die Identifizierungsgesuche des Sekretariats im Mai und im September 2014[959] (Informationsquellen 3) sowie die internen Listen der anderen Unternehmen (Informationsquellen 4) herangezogen.

765. Dieser Vorgang sei vorab anhand eines Beispiels veranschaulicht: Das Projekt […] (MA_WEKO_NR[960]: 5; siehe MA 2005_18), welches sich im Datensatz MAL befindet, kann auch in den eingereichten Unterlagen der Gemeinde […][961] unter der Beschreibung […] gefunden werden (Informationsquelle: DOP, NR_Pr[962]: 903). Das Sekretariat hat also ein Projekt als identifiziert angesehen, wenn der Projektort, die Beschreibung des Projekts, der Bauherr sowie das Datum mit den unten beschriebenen Informationsquellen annähernd übereinstimmen. Mittels des DOP kann dann geklärt werden, dass das Projekt durchgeführt werden sollte, welche Unternehmen eine Offerte eingereicht haben und welches Unternehmen oder welche ARGE den Zuschlag erhalten hat. Wäre die Identifikation nicht mittels des DOP gelungen, so hätte man versuchen müssen, das Projekt auf die gleiche Art und Weise mittels der anderen Informationsquellen zu identifizieren.

766. Wie die konsolidierte MAL zu den vier anderen Informationsquellen steht, ist in der folgenden Abbildung illustriert:

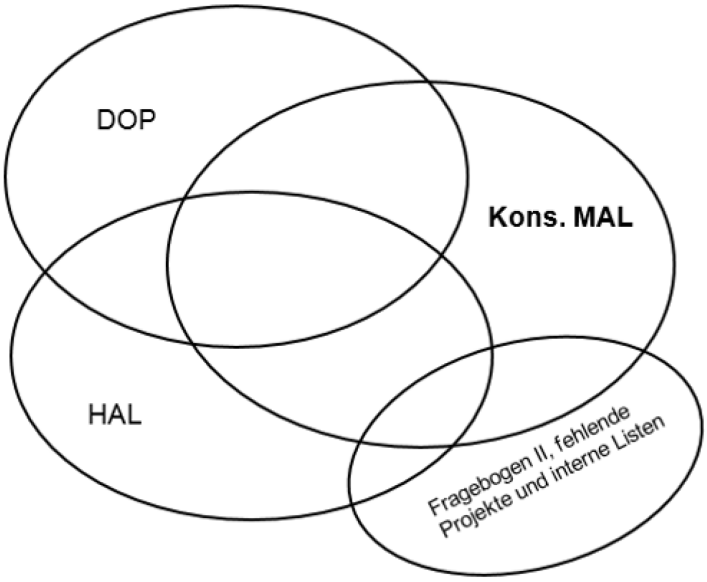


Abbildung 47: Teilmengen und Überschneidungen der konsolidierten MAL, des DOP, der HA-Listen, der sonstigen internen Listen und der Antworten auf Identifizierungsgesuche

767. In dieser Abbildung 47 stehen die Kreise jeweils für die Gesamtmenge der Bauprojekte, welche in dem jeweiligen Datensatz (DOP und konsolidierte MAL) bzw. Beweismittel (HA-Listen, sonstige Listen und Antworten auf Identifizierungsgesuche) enthalten sind. Die Abbildung zeigt, dass Projekte, welche auf der konsolidierten MAL aufgeführt sind, teilweise auch im DOP und in den HA-Listen enthalten sind, und damit mittels dieser Dokumente identifiziert werden können. Dabei gibt es auch Überschneidungen zwischen dem DOP und den HA-Listen, so dass bisweilen Projekte der konsolidierten MAL mit Hilfe der beiden Informationsquellen identifiziert werden könnten. Soweit die Identifizierung nicht mittels des DOP oder der HA-Listen möglich war, wurden Projekte der konsolidierten MAL sodann mit Informationen identifiziert, welche in den Antworten auf den Fragebogen II und auf weitere Identifizierungsgesuchen des Sekretariats sowie in den internen Listen anderer Unternehmen als der Hagedorn und der Bernet Bau enthalten waren.

768. Die Abbildung 47 zeigt auch, dass im DOP, in den HA-Listen und in den internen Listen Projekte enthalten waren, welche nicht in den MA-Listen gefunden werden

[959] Siehe dazu oben Rz 65 f.
[960] Siehe Act. n° [...] für eine Beschreibung der Variablen.
[961] Act. n° [...].
[962] Siehe Fn 965.

konnten. Das bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese Projekte nicht in den MA-Listen enthalten waren. Sie konnten nur nicht identifiziert werden. Unbestritten ist – auch mit Blick auf die Angaben der Selbstanzeigerinnen – aber auch, dass nicht alle im Untersuchungsgebiet nachgefragten Strassen- und/oder Tiefbauleistungen für die MA-Listen gemeldet wurden (siehe oben Rz 554 ff.).

769. Welche Projekte in der konsolidierten MAL im Excel-Blatt «berücksichtigte_Projekte» enthalten sind, illustriert die nachfolgende Abbildung 48:

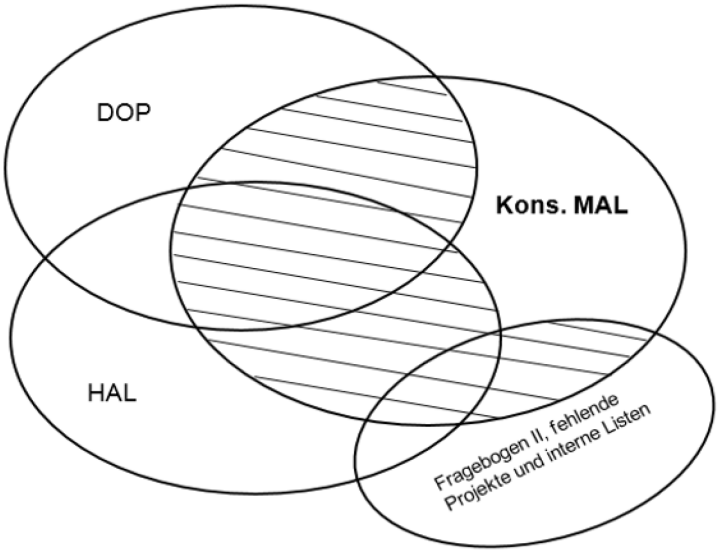


Abbildung 48: Identifizierte Projekte = «berücksichtigte Projekte»

770. Allein mittels des DOP konnten rund 200 Projekte identifiziert werden, wobei einige der Projekte laut Offertöffnungsprotokoll erst nach dem 11. Juni 2009 vergeben wurden. Insgesamt wurden rund 400 der mehr als 700 Projekte der konsolidierten MAL mittels vier genannten Informationsquellen identifiziert. Für diese rund 400 Projekte konnte damit geklärt werden, dass sie durchgeführt wurden und welches Unternehmen den Zuschlag erhalten hat. Wenn ein Projekt mittels des DOP identifiziert werden konnte, so konnte auch die Eingabesumme des Zuschlagsempfängers, die Identität der anderen offerteinreichenden Unternehmen sowie die Eingabesummen der unterlegenen Offerten aufgeklärt werden. Wenn Projekte der konsolidierten MAL nicht mittels des DOP identifiziert werden konnten, konnte häufig nicht geklärt werden, welche anderen Unternehmen eine Offerte eingereicht haben und wie hoch die Offerten dieser Unternehmen waren. Bisweilen konnte in diesem Fall auch die Eingabesumme des Gewinners nicht eindeutig eruiert werden. In einem solchen Fall wurde die Eingabesumme von demjenigen Unternehmen, mit dessen Dokumenten die Identifizierung des Gewinners gelang, für die konsolidierte MAL übernommen (z. B. Eingabesumme von Hagedorn aus den HA-Listen, obwohl z. B. Reichmuth gewonnen hat). Der Anteil der Projekte, bei welchen auf die zuletzt genannte Art und Weise vorgegangen worden ist, ist indes sehr gering. Die deskriptiven Statistiken des Volumens der berücksichtigten Projekte der konsolidierten MAL können daher nur sehr minimal nach oben verzerrt sein.

771. Im Excel-Blatt «berücksichtigte_Projekte» entspricht jede Zeile einem Projekt auf der MAL. Jedem Projekt wurde eine Identifikationsnummer zugewiesen (MA_WEKO_Nr.). Das Sekretariat hat jedes Projekt sodann mit deskriptiven Informationen wie die Nummer der MA-Liste, von welcher das Projekt stammt, dem Bauherrn, dem Projektort, der Projektbeschreibung und dem Datum ergänzt. Wie bereits erläutert, ist zu jedem Projekt auch aufgeführt, wie die Interessenslage vor Ablauf der Eingabefrist zuletzt war, soweit diese Informationen in den MA-Listen aufgeführt waren (siehe auch Rz 762). Weiter ist aufgeführt, welches Unternehmen das Projekt für die MA-Listen gemeldet hat. Zusätzlich wurde zu jedem Projekt geschrieben, wer den Zuschlag für das Projekt erhalten hat (Gewinner) sowie die Eingabesumme der Gewinnerofferte (vgl. dazu auch Rz 770). Darüber hinaus wurden vom Sekretariat zusätzliche Variablen gebildet, die angeben mit welcher Informationsquelle das Projekt identifiziert wurde.

772. Das Excel-Blatt «Nicht_berücksichtigte_Projekte» der konsolidierten MAL enthält dementsprechend alle Projekte, welche nicht auf die oben beschriebene Art und Weise identifiziert werden konnten. Darunter fallen auch Projekte, bei denen sich erst im Rahmen des Identifizierungsprozesses herausgestellt hat, dass es sich um eine Wiederholung handelt. Dies war etwa der Fall, wenn sich beim Vergleich mit dem DOP zeigte, dass bestimmte auf der konsolidierten MAL aufgeführte Projekte letztlich doch nur von einer Gemeinde ausgeschrieben worden waren. In diesem Fall wurde eines der Projekte, auf das Excel-Blatt «nicht_berücksichtigte_ Projekte» verschoben. Eine Verschiebung auf dieses Blatt erfolgte auch bei Projekten, die zwar identifiziert wurden, aber bis heute *gar nicht* vergeben wurden. Einige MAL-Projekte, welche mittels des DOP identifiziert wurden, wurden laut Offertöffnungsprotokoll erst nach dem 11. Juni 2009 vergeben. Diese Projekte hat das Sekretariat auf dem Excel-Blatt «berücksichtig-

te_Projekte» belassen, sie aber «rausgerechnet», wenn dies notwendig war (siehe etwa Rz 799.). Zuletzt wurden auch Projekte auf das Excel-Blatt «nicht_berücksichtigte_Projekte» verschoben, bezüglich derer widersprüchliche Informationen vorlagen; dies war vor allem der Fall, wenn die Identifikation mittels der Informationsquellen 3 und 4 erfolgen sollte. Eine detaillierte Beschreibung der Variablen befindet sich in Act. n° [...].

773. Der Umstand, dass Projekte im Excel-Blatt «Nicht_berücksichtigte_Projekte» aufgeführt sind, bedeutet nicht, dass das Sekretariat diesbezüglich keinerlei statistische Analysen durchgeführt hat. Wenn es für die Beweisführung notwendig erschien, wurde auch auf die Projekte im Excel-Blatt «Nicht_berücksichtigte_Projekte» eingegangen (siehe dazu Rz 813).

(iv) Verwendung der Datensätze

774. Der DOP und die konsolidierte MAL werden für die nachfolgenden Analysen unterschiedlich verwendet: Zunächst wird der DOP dazu verwendet, um einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet zu erhalten und die diesbezügliche Konkurrenzsituation zu beschreiben (siehe dazu Rz 775 ff.). In den darauffolgenden Abschnitten werden die Ergebnisse der Untersuchung des Ausmasses der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems präsentiert. Zum einen werden die Ergebnisse der Analyse der konsolidierten MA-Liste dargestellt; gezeigt wird dabei insbesondere, wie hoch die Erfolgsquote des MA-Systems war (siehe Rz 793 ff.). Zum anderen wird mit Hilfe des DOP und der identifizierten HAL-Projekten das Bieterverhalten der im Strassen- und Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet tätigen Unternehmen – vor und nach Mitte 2009 – analysiert (siehe dazu Rz A.1.1.1.1(i) ff.).

b. Kategorisierung und Quantifizierung der öffentlichen Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und der diesbezügliche Aktivität der acht Unternehmen

775. In diesem Abschnitt wird basierend auf dem DOP die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet kategorisiert und quantifiziert und dargestellt, welche Unternehmen diese Nachfrage in welchem Umfang bedient haben. Dies illustriert auch die Konkurrenzsituation, die im Untersuchungsgebiet herrschte. Dabei wird im Folgenden hauptsächlich auf den Zeitraum zwischen Anfang 2004 und Mitte 2009, welche nachfolgend als MAL-Periode bezeichnet wird, eingegangen.

776. Berechnungen und Ergebnisse, welche die gesamte DOP-Periode (2004–2013) betreffen, finden sich weitgehend in den Akten[963]. Um die Bedeutung der acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet zu veranschaulichen ist an dieser Stelle nur darauf hinzuweisen, dass zwischen 2004 und 2013 im Untersuchungsgebiet kein Unternehmen mehr Offerten als die Hagedorn (insgesamt […] Offerten), die De Zanet ([…] Offerten), die Batigroup/Implenia ([…] Offerten), die Toller ([…] Offerten), die Reichmuth ([…] Offerten), die Walo ([…] Offerten) oder die Oberholzer ([…] Offerten) eingereicht hat. Nur die Bernet Bau ([…] Offerten) wurde von drei externen Bauunternehmungen (je ca. 160 Offerten) bezüglich der Anzahl der eingereichten Offerten «überflügelt». In der Zeit zwischen 2004 und 2013 haben die acht Unternehmen laut der DOP über 57 % der insgesamt eingereichten Offerten (3‘500 Offerten) abgegeben.

777. Wie bereits erläutert, enthält der DOP für die Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 362 Projekte mit einem Gesamtwert[964] von fast CHF 140 Mio. Dies spiegelt die öffentliche Nachfrage durch die Kantone St. Gallen und Schwyz sowie die Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March wieder. Die Tabelle 11 gibt die Anzahl und den Wert der vergebenen DOP-Projekte pro Jahr wieder:

Jahr[965]	Anzahl	Volumen in CHF Mio.
2004	44	16.7
2005	53	15.5
2006	89	30.6
2007	76	43.6
2008	66	18.1
2009[966]	34	14.1
Total	**362**	**138.5**

Tabelle 11: Anzahl Submissionen und Submissionsvolumen pro Jahr (DOP; 2004–Mitte 2009)

[963] Vgl. Act. n° [...].

[964] Für die Berechnung des Werts wurden die Offertsummen der Gewinnerofferten summiert. (siehe […].

[965] Lesebeispiel: Im Jahr 2004 wurden 44 Projekte in einem Gesamtwert von 16.7 Mio. Franken von der öffentlichen Hand vergeben.

[966] Nur die Submissionen, für die bis 11. Juni 2009 eine Vergabeentscheidung vorliegt, wurden für das Jahr 2009 berücksichtigt.

778. Die Tabelle 11 zeigt, dass das Volumen der öffentlichen Nachfrage nach Strassen- und Tiefbauleistungen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 erheblich schwankte. So war die Nachfrage in den Jahren 2004, 2005 und 2008 in etwa nur halb so hoch wie im Jahr 2006. Besonders hoch war das Volumen der Nachfrage dagegen in den Jahren 2007 (ca. drei Mal so hoch wie in den Jahren 2004, 2005 und 2008). Diese Nachfragesteigerung geht laut der Parteien, welche das Parteigutachten eingereicht haben, auf die Überschwemmungen in der Linth-Ebene zurück.[967] Das Jahr 2009 berücksichtigt nur die Projekte, bezüglich derer vor dem 11. Juni 2009, an dem das MA-System beendet wurde, der Zuschlag erteilt wurde. Die im Act. n°[…] enthaltene Tabelle 3[968] zeigt, dass die Nachfrage für das gesamte Jahr 2009 ähnlich hoch war wie im Jahr 2007 (2009: 81 Vergaben mit einem Auftragswert von CHF 46.6 Mio.).

779. Die Tabelle 12 beschreibt die approximativen Umsätze der Unternehmen, welche diese mit der Ausführung der DOP-Projekte in der MAL-Periode erzielt haben.[969] Die Tabelle zeigt pro Unternehmen, wie viele Zuschläge das Unternehmen jeweils erzielt hat, die Höhe des mit den Zuschlägen erzielten Umsatzes sowie den Anteil dieses Umsatzes am Gesamtwert der Projekte. Die Spalte «Anzahl Zuschläge» gibt die Anzahl Ausschreibungen wieder, bei welchen das jeweilige Unternehmen den Zuschlag erhalten hat.[970] Die Spalte «Umsatz» gibt die ungefähre Höhe der mit den Zuschlägen erzielten Einnahmen wieder. Die genauen Einnahmen können nicht bestimmt werden, da teilweise der Zuschlag mehreren Unternehmen erteilt wurde, wenn sich diese Unternehmen als ARGE-Partner zusammen um die Ausführung des Projekts beworben hatten, und dem Sekretariat die ARGE-interne Aufteilung der Einnahmen nicht bekannt ist. Hat eine ARGE den Zuschlag erhalten, so wurde die Höhe der Gewinnerofferte durch die Anzahl ARGE-Partner dividiert und das Ergebnis jeweils den «Umsätzen» der ARGE-Partner zugerechnet. Die Spalte «Umsatzanteile» beschreibt den Anteil des Umsatzes eines Unternehmens am Gesamtwert der DOP-Projekte. Diejenigen Unternehmen, welche einen Umsatzanteil kleiner als CHF 2 Millionen aufweisen, wurden zusammengefasst und am Ende der Tabelle ausgewiesen.

Unternehmen	Anzahl Zuschläge	Umsatz (in CHF Mio.)	Umsatzanteil in %
27 (HA)	[…]	[…]	[20-30]%
14 (DZ)	[…]	[…]	[10-20]%
33 (IM)	[…]	[…]	[0-10]%
31	[...]	[...]	[0-10]%
153	[…]	[…]	[0-10]%
140 (RE)	[…]	[…]	[0-10]%
49 (OB)	[…]	[…]	[0-10]%
34	[…]	[…]	[0-10]%
5 (WB)	[…]	[…]	[0-10]%
161	[…]	[…]	[0-10]%
39	[…]	[…]	[0-10]%
2 (Awestra)	[…]	[…]	<[…]
4 (BB)	[…]	[…]	[0-10]%
70 (TO)	[….]	[….]	[0-10]%
71	[…]	[…]	[0-10]%
102	[…]	[…]	[0-10]%
40 weitere	[…]	[…]	[10-20]%
Total	**394**	**138.5**	**100**
Davon von den acht Unternehmen	**244**	**79.4**	**57**

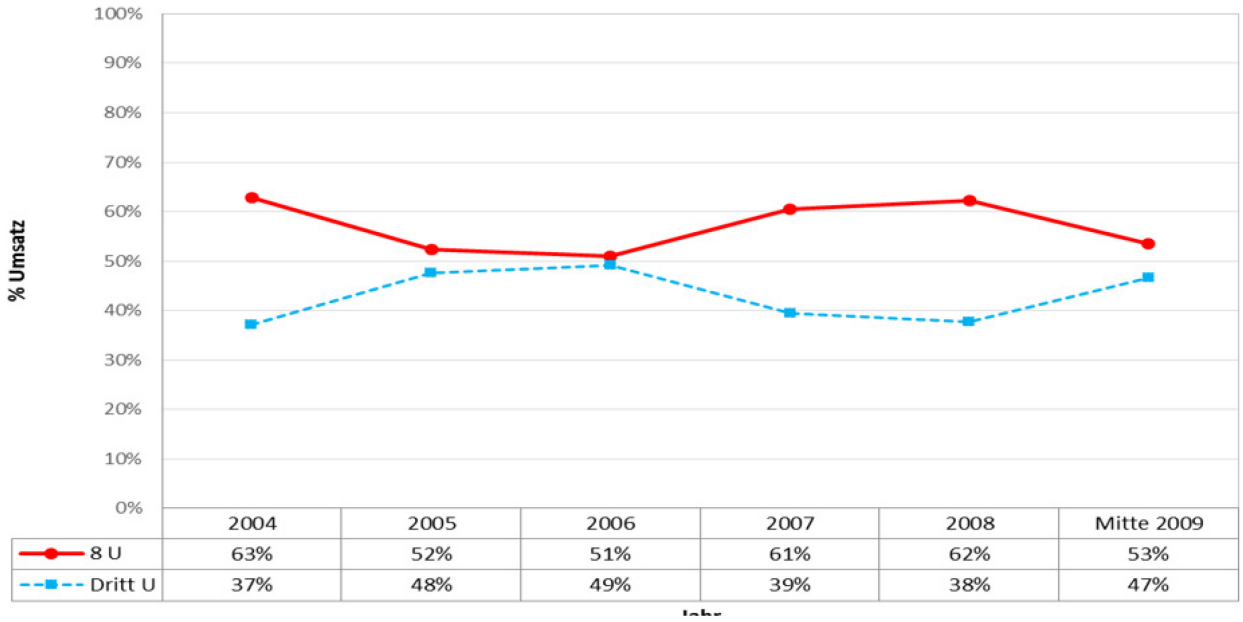
Tabelle 12: Analyse der Zuschläge der Submissionen pro Unternehmen (DOP, 2004–Mitte 2009)[971]

[967] [...].
[968] Act. n° [...].
[969] Mit dem DOP berechnet. (siehe […]).
[970] Es handelt sich hierbei um Beteiligungen an einer Zuschlagsofferte. Bei einzelnen Unternehmen entspricht die Anzahl Beteiligungen der Anzahl Offerten, die den Zuschlag erhalten haben. Bei den aggregierten Werten («40 weitere»; «Total»; «Davon von den 8 Unternehmen») ist das nicht zwingend der Fall, da ARGE-Offerten hierbei mehrfach gezählt werden. Dies trifft nicht auf den Umsatz zu, da dieser jeweils mithilfe der Anzahl ARGE-Partner (Eingabesumme/Anzahl Partner) für jedes Unternehmen approximiert wurde.
[971] Lesebeispiel: Hagedorn hat zwischen 2004 bis Mitte 2009 bei insgesamt […] Submissionen den Zuschlag erhalten, was einem Umsatz von CHF […] Mio. entspricht. Gemessen am Umsatz aller Unternehmen in der MAL-Periode (CHF 138.5 Mio.) bedeutet dies einem Umsatzanteil von rund [20-30] %.

780. Die letzte Zeile der Tabelle 12 zeigt, dass die acht Unternehmen mit DOP-Projekten zusammen einen Umsatzanteil von 57 % erzielt haben. Über die Hälfte der öffentlichen Ausschreibungen wurde also an eines der acht Unternehmen vergeben. Die «grossen» dieser acht Unternehmen sind insbesondere Hagedorn ([20-30] %), De Zanet ([10-20] %) und Implenia ([0-10] %), die zusammen [35-45] % der Umsätze generierten. Ausserhalb der acht Unternehmen weisen vor allem die Unternehmen mit den Nummern 31 ([0-10] %) und 153 ([0-10] %) einen hohen Umsatzanteil auf. Awestra bzw. Westrag, welche von den Parteien als aggressive Bauunternehmung bezeichnet wurde, hat lediglich einen Umsatzanteil von […] %.[972] Zu betonen ist, dass der anhand des DOP berechnete Umsatz nicht den Umsatz der Unternehmen erfasst, welche diese durch private Aufträge im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau erzielt haben.

781. Wie aus der Tabelle 12 weiter entnommen werden kann, haben die acht Unternehmen jeweils eine zweistellige Anzahl an Zuschlägen erhalten, so dass 244 der 394 zwischen 2004 und Mitte 2009 erteilten Zuschläge an eines der acht Unternehmen ging[973]. Dies entspricht einer Zuschlagsquote von 62 %. Auch wenn die kleineren der acht Unternehmen einen relativ kleinen Umsatz mit DOP-Projekten erzielten (z. B. die Toller oder die Bernet Bau), bedeutet dies nicht, dass sie in dem Untersuchungsgebiet weniger aktiv waren. Denn oft haben diese kleineren Unternehmen gleichwohl relativ viele Zuschläge erhalten. Dies hat sich nur deshalb nicht im Umsatz niedergeschlagen, da sie nur den Zuschlag für solche Projekte bekommen haben, welche sie entsprechend ihren Kapazitäten auch alleine durchführen konnten. Selbst wenn ein kleineres Unternehmen ein grösseres Projekt im Rahmen einer ARGE durchgeführt hat, wurde ihm entsprechend der obigen Ausführungen (siehe Rz 779) nur ein Anteil der hohen Offertsumme als Umsatz angerechnet. So hat beispielsweise die Toller […] Mal den Zuschlag erhalten, dabei aber lediglich einen Umsatzanteil von [0-10] %. Dies ist damit zu erklären, dass die Toller – anders als etwa die Unternehmen Nr. 39, 161, 153, welche bei geringerer Zuschlagszahl jeweils höhere Umsätze als die Toller erzielten – vor allem bei kleineren Ausschreibungen den Zuschlag erhalten hat. Grössere Firmen wie Hagedorn, De Zanet und Implenia haben dagegen nicht nur viele Zuschläge erhalten, sondern auch Zuschläge für Projekte mit einem hohen Auftragsvolumen.

782. Aus dem DOP ergibt sich auch die zeitliche Entwicklung der Umsätze der acht Unternehmen und externen Unternehmen mit DOP-Projekten in der MAL-Periode. Diese Entwicklung ergibt sich aus der folgenden Grafik:



	2004	2005	2006	2007	2008	Mitte 2009
8 U	63%	52%	51%	61%	62%	53%
Dritt U	37%	48%	49%	39%	38%	47%

783. Danach schwankte der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen mit DOP-Projekten zwischen 2004 und Mitte 2009 stets zwischen 51 % (2006) und 63 % (2004). In den Jahren 2004, 2007 und 2008 lag der Anteil über 60 %, in den Jahren 2005, 2006 und 2009 über 50 %.

784. Eine genauere Betrachtung der Umsätze, welche mit den Ausschreibungen der öffentlichen Hand erzielt wurden, wird im Folgenden vorgenommen. In den Akten befinden sich drei Tabellen[974], welche die Umsätze und Umsatzanteile in Bezug auf drei Bereiche («Strassenbau», «Strassenbau mit Tiefbauaufgaben» sowie «Tiefbau ohne Belagsarbeit», siehe dazu auch Rz 567) beschreiben. Die dort angegebenen Werte beziehen sich dabei immer auf die Umsätze, welche während der MAL-Periode mit den von der im DOP ausgewiesenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten erzielt wurden. Nachfolgend werden die Ergebnisse der drei Tabellen zusammengefasst.

[972] Act. n° [...].
[973] Da die Projekte bisweilen an ARGE vergeben wurden, ist die Gesamtzahl der Zuschläge höher als die Gesamtzahl der Ausschreibungen.
[974] Siehe Act. n° [...].

785. Die in Act. n° [...] aufgeführten Tabellen[975] zeigen, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen umso höher sind, je mehr es bei den Projekten um Strassenbau (Belags- und Pflästerungsarbeiten) geht. So haben die acht Unternehmen bei DOP-Projekten, bei denen laut Ausschreibung hauptsächlich Strassenbauarbeiten nachgefragt wurden, einen gemeinsamen Umsatzanteil von 76 %. Bei DOP-Projekten, bei denen es um die Erbringung von reinen Tiefbauleistungen ging, liegt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen dagegen bei 41 %. Dies korrespondiert mit der Erkenntnis, dass in der MAL-Periode neben den acht Unternehmen im Bereich Strassenbau nur 11 andere Unternehmen Projekte gewonnen haben, während bei DOP-Projekten, bei denen (auch) Tiefbauleistungen nachgefragt wurden, die Anzahl der sonstigen Gewinnerunternehmen höher waren (39 externe Unternehmen im Bereich «reiner Tiefbau», 17 externe Unternehmen im Bereich «Strassenbau mit Tiefbauaufgaben»).

786. Im Bereich Strassenbau haben zudem vier der acht Unternehmen die grössten Umsätze erzielt: So erzielte die De Zanet CHF […] Mio., die Hagedorn CHF […] Mio., die Implenia CHF […] Mio. und die Oberholzer CHF […] Mio.[976] In diesem Tätigkeitsbereich haben ausserdem die Reichmuth und die Bernet Bau den sechstgrössten bzw. den achtgrössten Umsatz erreicht (CHF […] Mio. bzw. CHF […] Mio.). Wurden bei DOP-Projekten laut den Ausschreibungsunterlagen dagegen ausschliesslich Tiefbauleistungen nachgefragt, so folgen auf die Hagedorn mit dem grössten Umsatz (CHF […] Mio.) zwei Unternehmen, welche nicht an den MA-Sitzungen teilnahmen (Umsätze in CHF: […] Mio. bzw. […] Mio.). Auch an sechster und achter Stelle stehen solche externen Unternehmen (Umsätze in CHF: […] Mio. bzw. […] Mio.). Zudem ist auffällig, dass die Umsätze aller Unternehmen im Bereich Strassenbau viel weiter auseinanderliegen als im Bereich «Tiefbau». So ist im Bereich Strassenbau der höchste Umsatz (De Zanet mit CHF […] Mio.) fast 19 Mal so gross wie der 15.-grösste Umsatz (Toller mit CHF […] Mio.). Im Bereich «Tiefbau» ist die höchste Umsatzzahl (Hagedorn mit CHF […] Mio.) dagegen weniger als 3 Mal so gross wie der 15.-grösste Umsatz (in Höhe von CHF […] Mio.).

787. Die Ergebnisse der Analyse zeigen des Weiteren, dass diejenigen Unternehmen, welche im Strassenbau tätig sind, gleichzeitig auch Tiefbauleistungen erbracht haben. Dies gilt jedoch nicht in gleichem Masse umgekehrt. So haben von den 19 Unternehmen, die im Strassenbau Zuschläge erhalten haben, nur 4 Unternehmen keine Umsätze mit der Erbringung von Tiefbauleistungen erzielt. Hingegen haben von den 48 Firmen, die Zuschläge für Tiefbauprojekte erhalten haben, 33 keine Zuschläge erhalten, wenn es um Strassenbau ging. Diese Beobachtungen zeigen, dass ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen nicht einfach Strassenbauleistungen anbieten kann. Hingegen sind Strassenbauunternehmen eher in der Lage, Tiefbauleistungen anzubieten und entsprechende Arbeiten auszuführen. Diese Zusammenhänge wurden auch von einigen der acht Unternehmen beschrieben.[977]

788. Da die Unternehmen teilweise behaupteten, dass bezüglich grösserer Projekte die Festlegung des Schutzes und der Höhe der Offerten wegen der Konkurrenzsituation kaum mehr möglich gewesen sei, wurde der DOP auch im Hinblick darauf analysiert, ob und inwiefern sich Umsatzanteile je nach Projektwert veränderten. Dazu wurde der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen abhängig von der Projektgrösse errechnet. Das Ergebnis wird in der nachfolgenden Tabelle dargestellt.

789. In der nachfolgenden Tabelle 13 geht aus der 1. Spalte die jeweilige Projektgrösse hervor; in den entsprechenden Zeilen finden sich sodann je Projektgruppe weitere Informationen. So geben die Spalten «Anzahl Zuschläge»[978] und «Umsatz» an, wie viele Zuschläge bzw. wie viel Umsatz (in CHF und Mio.) die acht Unternehmen bei den jeweiligen Projektgruppen erhalten bzw. erzielt haben. Die Spalte «% des Umsatzes pro Projektgr.» gibt den gemeinsamen Umsatzanteil der acht Unternehmen pro Projektgruppe an. Aus der Spalte «% des Umsatzes der DOP» ist ersichtlich, wie viel Prozent aller DOP-Projekte in die jeweilige Projektgruppe fallen.

[975] Siehe Act. n° [...].
[976] Siehe Act. n° [...].
[977] […].
[978] Es handelt sich hierbei um Beteiligungen an einer Zuschlagsofferte. Bei ARGE werden die Zuschlagsofferten deshalb mehrfach gezählt. Dies trifft nicht auf den Umsatz zu, da dieser jeweils mithilfe der Anzahl ARGE-Partner (Eingabesumme/Anzahl Partner) für jedes Unternehmen approximiert wurde.

Projektgruppe	Die acht Unternehmen			DOP
Summe der Gewinnerofferte in CHF und Mio.	Anzahl Zuschläge	Umsatz	% des Umsatzes pro Projektgr.	% des Umsatzes des DOP
< 0.25	146	14.1	65	16
0.25 bis 0.5	55	19.5	76	18
> 0.5 bis 1	24	14.4	53	20
> 1 bis 2	10	7	31	16
> 2	9	24.5	59	30

Tabelle 13: Addierte Umsätze der acht Unternehmen für verschiedene Projektgrössen (DOP, 2004-Mitte 2009)[979]

790. Die Ergebnisse aus der Tabelle zeigen, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen in drei Projektgruppen höher ist als der gesamte gemeinsame Umsatzanteil am gesamten Umsatz, der mit DOP-Projekten erzielt wurde (dieser liegt bei 57 %, siehe dazu oben Tabelle 12). Nur bei den zwei mittleren Projektgruppen, in denen Projekte mit einem Wert grösser als CHF 0.5 Mio. und bis CHF 2 Mio. zusammengefasst sind, liegt der gemeinsame Umsatzanteil darunter. Am höchsten ist der gemeinsame Umsatzanteil bei der Projektgruppe, welche Projekte mit einem Wert zwischen CHF 0.25 Mio. und CHF 0.5 Mio. enthält. Dieser liegt bei 76 %. Der niedrigste gemeinsame Umsatzanteil (31 %) liegt bei der Projektgruppe vor, in der Projekte mit einem Wert grösser als CHF 1 Mio. und bis CHF 2 Mio. zusammengefasst sind.

791. Mit Blick auf die ersten vier Projektgruppen erscheinen die Angaben einiger Unternehmen, wonach die Konkurrenzsituation bei grösseren Projekten eine andere gewesen sei und deshalb Schutzfestlegungen schwieriger gewesen seien, plausibel. Allerdings ist zu betonen, dass die acht Unternehmen im Bereich der besonders grossen Projekte (Projektwert > CHF 2 Mio.) wiederum einen Umsatzanteil von 59 % haben, und diese Projektgruppe dem Wert nach fast ein Drittel der gesamten öffentlichen Nachfrage in der MAL-Periode widerspiegelt.

792. Zusammenfassend ist für den Betrachtungszeitraum 2004 bis Mitte 2009 Folgendes festzuhalten: In dieser Zeit betrug der Umsatzanteil der acht Unternehmen bei DOP-Projekten 57 % (CHF 79.4 Mio. von CHF 138.5 Mio.). Betrachtet man nur DOP-Projekte, bei denen nur Strassenbauleistungen nachgefragt wurden, so beträgt der gemeinsame Umsatzanteil sogar 76 %. Festzuhalten ist auch, dass der gemeinsame Umsatz der acht Unternehmen grundsätzlich mit zunehmendem Wert der Projekte abnimmt. Allerdings haben die acht Unternehmen im massgeblichen Zeitraum bei Projekten mit einem Wert von über CHF 2 Mio. einen gemeinsamen Umsatzanteil von 59 % erzielt. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Umsatzanteile nur von der öffentlichen Hand nachgefragte Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet betreffen.

c. Vom MA-System betroffene Projekte und Erfolgsquote

793. Um das Ausmass der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems zu beschreiben, werden im folgenden Abschnitt zunächst die Ergebnisse der Analyse der konsolidierten MAL sowie der HA-Listen dargestellt. Dabei wird auf die Art, die Anzahl und der Wert der aufgelisteten MAL-Projekte eingegangen (siehe Rz 794 ff.). Anschliessend finden sich Angaben zu Anzahl, Wert und Art der identifizierten MAL-Projekte, welche von Koordinationen betroffen waren, sowie zu Anzahl und Wert der Interessensbekundungen (siehe Rz 809 ff.). Danach werden Anzahl und Wert der identifizierten MAL-Projekte dargestellt, für welche die acht Unternehmen den Zuschlag erhalten haben (siehe Rz 823 ff.). Des Weiteren haben die Wettbewerbsbehörden auch die Erfolgsquote des MA-Systems berechnet, aus welcher hervorgeht, in wieviel Prozent der Fälle das designierte Gewinnerunternehmen und/oder ein Unternehmen mit dem laut MA-Liste höchsten Interesse, das Projekt auch tatsächlich erhalten hat (siehe Rz 827 ff.).

(i) Anzahl, Wert und Art der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte

794. Die Beweiswürdigung hat ergeben, dass das MA-System beinhaltete, dass die acht Unternehmen aus ihrem Verantwortungsbereich Projekte für die MA-Listen melden sollten, wobei die Unternehmen dieser Meldepflicht im Wesentlichen auch nachkamen (siehe dazu Rz 539 ff.). Die von der De Zanet geführten und aktualisierten Listen waren wie erläutert «dynamische» Listen. Mit Blick hierauf und die grosse Anzahl der den Wettbewerbsbehörden vorliegenden MA-Listen, den teilweise unterschiedlichen Projektbezeichnungen für ein und

[979] Lesebeispiel: In der Projektgruppe, in der alle DOP-Projekte mit einem Auftragswert von weniger als CHF 0.25 Mio. eingeordnet sind, hat die Gesamtheit der acht Unternehmen 146 Zuschläge erhalten. Die acht Unternehmen haben mit den Projekten dieser Projektgruppe zusammen Umsätze in Höhe von mehr als CHF 14 Mio. erzielt. Mit Blick auf den insgesamt in dieser Projektgruppe erzielten Umsatz entspricht dies einem Umsatzanteil von ca. 65 %. Der summierte Auftragswert aller in dieser Projektgruppe vereinigten Projekte entspricht 16 % des Auftragswerts aller DOP-Projekte.

dasselbe Projekt, den häufigen Wiederholungen und dem Umstand, dass nicht für alle MAL-Projekte der Gewinner ermittelt werden konnte, ist es den Wettbewerbsbehörden nicht möglich, die genaue Gesamtzahl aller auf den MA-Listen aufgeführten Projekte sowie den exakten Gesamtwert aller aufgeführten Projekte zu beziffern.

795. Eine erste Annäherung ist aber dadurch möglich, dass die Anzahl und der Gesamtwert der aufgeführten Projekte zu Beginn eines Jahres verglichen wird, da die Unternehmen vornehmlich zu Beginn eines Jahres Projekte für die MA-Listen zu melden hatten (siehe oben Rz 560 ff.). In der nachfolgenden Tabelle sind dementsprechend für jedes Jahr die Anzahl sowie der Gesamtauftragswert der auf den Anfang eines Jahres aktualisierten MA-Listen aufgeführt. Zu beachten ist, dass für die Berechnung des Gesamtauftragswertes die (von den Unternehmen teilweise geschätzten) Summen aus den MA-Listen übernommen wurden:

MA-Liste	2004_22	2005_12	2006_4	2007_7	2008_10	2009_9
Anzahl Projekte	167	171	171	134	112	100
Volumen in CHF Mio.	55	110.6	91.5	83.8	76.9	61.8

Tabelle 14: Anzahl Projekte und Volumen auf der MAL Anfang der jeweiligen untersuchten Jahre

796. Diese Tabelle 14 zeigt, dass zu Beginn eines Jahres jeweils über 100 Projekte auf den MA-Listen aufgeführt waren und die Gesamtauftragswerte zwischen CHF 55 Mio. (2004) und ca. CHF 110 Mio. (2005) schwankten. Hinsichtlich der Werte für das Jahr 2004 ist zu beachten, dass für das Jahr 2004 nur MA-Listen ab Mai 2004 sichergestellt werden konnten. Da davon auszugehen ist, dass die MA-Listen auch vor Mai 2004 geführt wurden, kann nicht geklärt werden, wie gross die Gesamtzahl und der Gesamtauftragswert der zu Beginn des Jahres 2004 auf der MA-Liste aufgeführten Projekte tatsächlich war. Die in der Tabelle aufgeführten Zahlen zeigen, dass die Unternehmen ab 2007 zu Beginn des Jahres immer weniger Projekte für die MA-Listen gemeldet haben. Dies kann auf reduziertes Meldeverhalten zu Beginn des Jahres oder aber auf die Abnahme der Nachfrage zurückzuführen sein. Denkbar ist aber auch, dass die MA-Listen ab 2007 eher sukzessive ergänzt wurden.

797. Wie erläutert, hat das Sekretariat die konsolidierte MAL erstellt, um die von dem MA-System betroffenen Projekte zu systematisieren und zu beschreiben (siehe oben Rz 760 ff.). Auch aus ihr lassen sich Aussagen über Anzahl, Wert und Art der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte ableiten. In der nachfolgend abgebildeten Tabelle 15 finden sich die «Eckdaten» der konsolidierten MAL:

	Anzahl Submissionen	Volumen in CHF Mio.
Projekte insgesamt	750	--
Identifizierte Projekte	392	198.0
Nicht identifizierte Projekte	358	--
Identifizierte MAL-Projekte mit einem oder zwei Sternen	189	86.1
MAL-Projekte mit «Schutz» auf HAL	114	34.1
MAL-Projekte mit «Freigabe» auf HAL	87	97.5
Identifizierte MAL-Projekte mit «Schutz» und/oder Stern(en)[980]	202	67.5
Mit DOP identifizierte MAL-Projekte	197	129.1

Tabelle 15: Übersicht auf Projekte der konsolidierten MAL

[980] Von den 202 Projekten auf der MAL wurden für die Analyse der Erfolgschance 193 Projekte berücksichtigt. Bei den weiteren Submissionen war die Eingabefrist nach Ende der MAL-Periode.

798. Anhand dieser Daten ist eine Aussage über die Anzahl und den Wert der auf den MA-Listen geführten Projekte möglich. Auf der konsolidierten MAL befinden sich danach 750 Projekte, wovon im Identifikationsprozess für über 390 Projekte der tatsächliche Zuschlagsempfänger ermittelt werden konnte.[981] Der Gesamtauftragswert der identifizierten Projekte beläuft sich auf knapp CHF 200 Mio. Da mehr als 350 Projekte nicht identifiziert worden sind, ist anzunehmen, dass der Gesamtauftragswert aller zwischen 2004 und Mitte 2009 auf den MA-Listen insgesamt aufgelisteten Projekte erheblich über CHF 200 Mio. liegen muss. Aber selbst unter Berücksichtigung nur des Auftragswerts der identifizierten Projekte wurden im Durchschnitt pro Jahr Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 40 Mio. (= 200 Mio./5) in das MA-System «eingespeist».

799. Mit Blick auf den Gesamtauftragswert der zwischen 2004 und Mitte 2009 vergebenen DOP-Projekte (CHF 138.5 Mio.; s. Tabelle 12) kann mit den Angaben aus Tabelle 15 auch annäherungsweise quantifiziert werden, in welchem Umfang sich der Wert der öffentlichen Nachfrage nach Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet auf den MA-Listen wiederfindet: Wie die Tabelle 15 zeigt, wurden 197 MAL-Projekte mit einem Gesamtauftragswert von etwa CHF 129.1 Mio.[982] mittels des DOP identifiziert. Allerdings wurden davon nur Projekte im Wert von CHF 108.3 Mio. auch tatsächlich vor dem 11. Juni 2009 vergeben. Projekte mit einem Auftragswert von ungefähr CHF 20 Mio. wurden erst nach dem 11. Juni 2009 ausgeschrieben und/oder vergeben (siehe oben Rz 772). Damit wurden zwischen Mitte 2004 und Mitte 2009 mindestens 78 % (CHF 108.3 Mio. von CHF 138.5 Mio.) der im DOP dokumentierten öffentlichen Nachfrage zwischen 2004 und dem 11. Juni 2009 auf den MA-Listen geführt.

800. Das übrige Auftragsvolumen der identifizierten Projekte (etwa CHF 70 Mio.) entfällt u. a. auf Projekte, welche von natürlichen Personen, privaten Unternehmen und teilweise auch Unternehmen, welche sich in der öffentlichen Hand befinden, vergeben wurden (mindestens CHF 30 Mio.). Daneben konnten Projekte, welche zwar von den Kantonen St. Gallen und Schwyz oder den Gemeinden im Untersuchungsgebiet vergeben worden waren, nur mittels der HA-Listen identifiziert werden (mindestens CHF 31.5 Mio.).

801. Die nachfolgende Tabelle 16 zeigt für die Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 jeweils die Anzahl und den Wert der identifizierten Projekte und der mittels des DOP identifizierten MAL-Projekte pro Jahr. Bei den identifizierten MAL-Projekten erfolgte die zeitliche Einordnung entsprechend dem Datum der Zuschlagsentscheidung oder gemäss dem Vergabedatum, wie es in der MAL oder den Identifizierungsquellen vermerkt ist.

Jahr	Identifizierte Projekte der kons. MAL		Mittels des DOP identifizierte MAL-Projekte	
	Anzahl Submissionen	Auftragswert in CHF Mio.	Anzahl Submissionen	Auftragswert in CHF Mio.
2004	75	22.3	25	12.8
2005	68	28.9	28	11.4
2006	90	37.8	39	20.2
2007	60	56.5	39	38.6
2008	51	22.3	32	13.6
2009	48	30.3	17	11.8

Tabelle 16: Anzahl und Wert der Submissionen der MAL und DOP

802. Die vorangehende Tabelle 16 zeigt, dass auch pro Jahr stets ein erheblicher Teil der (identifizierten) MAL-Projekte Submissionen der öffentlichen Hand waren. Aus ihr geht zugleich hervor, dass sich der Wert der identifizierten Projekte in zeitlicher Hinsicht genauso entwickelt wie der Wert der öffentlichen Nachfrage laut dem DOP. Die öffentliche Nachfrage war laut DOP in den Jahren 2007 und 2009 besonders hoch, wobei auch im Jahr 2006 eine fast doppelt so hohe Nachfrage bestand wie in den Jahren 2004, 2005 und 2008 (siehe oben Rz 777). Ähnlich verhält es sich laut Tabelle 16 mit den jährlichen Gesamtauftragswerten der identifizierten MAL-Projekte sowie der mittels des DOP identifizierten MAL-Projekte. Damit ist nicht nur als bewiesen anzusehen, dass zwischen 2004 und Mitte 2009 insgesamt ein sehr grosser Anteil des Werts der öffentliche Nachfrage im Untersuchungsgebiet auf den MA-Listen geführt wurde (siehe dazu Rz 799), sondern auch, dass sich der Wert der auf den MA-Listen geführten Projekte in zeitlicher Hinsicht entsprechend den Schwankungen der öffentlichen Nachfrage bewegte. Dies zeigt die folgende Illustration:

[981] Wie erläutert, sind alle identifizierten Projekte im Datenblatt «berücksichtigte_Projekte» in der konsolidierten MAL aufgeführt.

[982] Zu beachten ist, dass 13 der 205 mittels des DOP identifizierten Projekte mit einem Gesamtauftragswert von CHF 9.2 Mio. erst nach Mitte 2009 vergeben wurden.

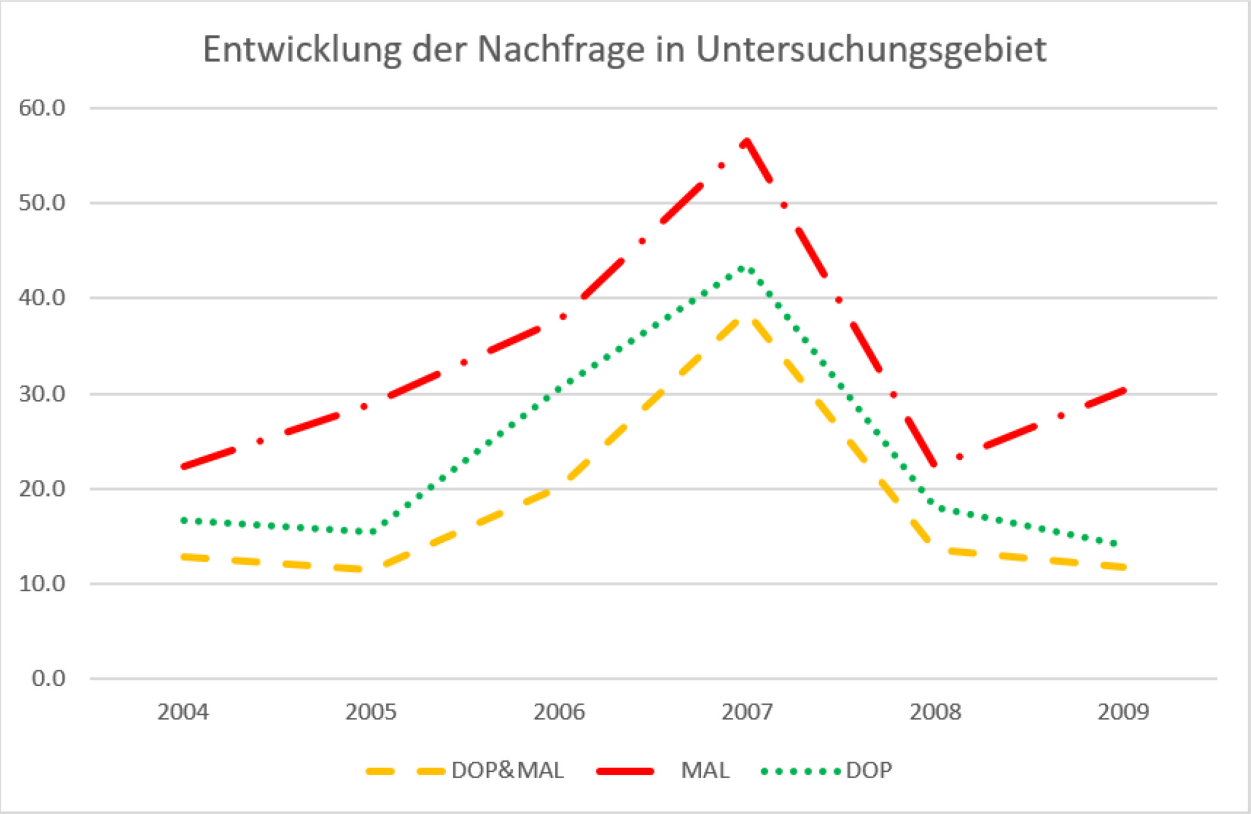


Abbildung 50: Vergleich öffentliche Nachfrage laut DOP und Entwicklung des Wertes der (mittels des DOP) identifizierten MAL-Projekte pro Jahr

803. Daraus folgt in beweismässiger Hinsicht, dass in das MA-System umso mehr Projekte «eingespeist» wurden, je höher der Gesamtauftragswert der öffentlichen Nachfrage war. Auch dies zeigt, dass die acht Unternehmen versuchten, möglichst die gesamte öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet für das MA-System zu erfassen (siehe dazu bereits Rz 554 ff.).

804. Die Identifizierung mittels des DOP ermöglicht für einen Teil der MAL-Projekte, darauf einzugehen, welcher Art die Leistungen waren, die bei diesen 197 MAL-Projekten konkret nachgefragt wurden («Strassenbau», «Strassen- und Tiefbau» oder «Tiefbau»).[983] Zu beachten ist, dass diese Qualifizierung von der jeweiligen Einordnung in den eingereichten Offertöffnungsprotokollen abhängt. Die nachfolgende Tabelle zeigt das Ergebnis der entsprechenden Prüfung:

	Anzahl Submissionen	Prozent	Volumen	Prozent
Strassenbau	83	40 %	33.5	26 %
Strassen- und Tiefbau	52	25 %	60.6	47 %
Tiefbau	70	34 %	33.9	26 %
Total	205[984]		128[985]	

Tabelle 17: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Arbeitstyp

[983] Für diese Analyse mussten nicht die Projekte unberücksichtigt gelassen werden, welche erst nach dem 11.6.2009 ausgeschrieben bzw. vergeben worden sind (siehe dazu Rz 772).

[984] Einige identifizierte Projekte der MAL beziehen sich auf mehrere im DOP enthaltenen Ausschreibungen. Deshalb ist die Anzahl von DOP Ausschreibungen (205) leicht höher als die Anzahl der identifizierten Projekte der MAL (197).

[985] Das gesamt Volumen der identifizierten Ausschreibungen mit DOP (128.1) ist etwa 1 Mio. kleiner als das gesamt Volumen der identifizierten Projekte aus der MAL (129.1). Dieser Unterschied ist minimal (0.8 %) und lässt sich dadurch erklären, dass für gewisse identifizierte Projekte aus der MAL nicht immer die gleiche Eingabesumme als diejenige von dem DOP berücksichtigt wurden.

805. Die Tabelle 17 zeigt, dass ausgehend von der Gesamtzahl der identifizierten MAL-Projekte 40 % Strassenbau-, 25 % Strassen- und Tiefbau- sowie 34 % Tiefbauprojekte waren. Betrachtet man den Gesamtauftragswert, so sind davon jeweils etwa 26 % dem Strassenbau und dem Tiefbau zuzuordnen. Daneben wurden bei etwa 47 % des Gesamtauftragswerts als Aufträge vergeben, bei welchen jeweils sowohl Strassen- als auch Tiefbauleistungen nachgefragt wurden. Diese Resultate zeigen, dass die auf den Projekten aufgeführten Listen nicht nur Projekte waren, welche Belagsarbeiten beinhalteten. Sie stehen im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen, wonach etwa 60–80 % der auf den MA-Listen aufgeführten Schreiben nur von «Belags- und Strassenbaufirmen» ausgeführt werden konnten.[986] Denn die Untersuchung hat ergeben, dass jedes Bauprojekt, bei dem Strassenbauarbeiten anfallen, entweder die Mitarbeit von Unternehmen erfordert, welche Belags- und/oder Pflästerungsarbeiten durchführen können,[987] oder die Anmietung von Strassenbaumaschinen und Personal bedarf. Unternehmen, welche nur Tiefbauleistungen anbieten, können derartige Arbeiten dementsprechend nicht ohne weiteres ausführen. Damit sind die in den Zeilen 1 («Strassenbau») und 2 («Strassen- und Tiefbau») der in der Tabelle aufgeführten Anteile zu summieren. Bei 65 % der mittels des DOP identifizierten MAL-Projekte mit einem Gesamtauftragswert von CHF 94 Mio. – dies entspricht einem Anteil von 73 % – war nach der Tabelle 17 also die Mitarbeit eines Strassenbauunternehmens erforderlich. Diese Anteile entsprechen den Schätzungen der Selbstanzeigerinnen.

806. Die mit Hilfe des DOP identifizierten 197 MAL-Projekte wurden zudem dahingehend kategorisiert, welche Verfahrensart bei der Vergabe angewandt wurde. Die nachfolgend abgebildete Tabelle 18 zeigt die Ergebnisse dieser Kategorisierung:

	Anzahl Submissionen	Prozent	Volumen	Prozent
Offene Verfahren	82	40 %	103.2	81
Einladungsverfahren	84	41 %	20.8	16
Freihändiges Verfahren	39	19 %	4.1	3
Total	205[988]		128.1[989]	

Tabelle 18: Anzahl und Volumen der Submissionen pro Verfahren

807. Die Tabelle 18 zeigt, dass die öffentliche Hand Projekte vor allem im offenen Verfahren oder Einladungsverfahren ausgeschrieben hat. Der Rest (19 %) wurde im freihändigen Verfahren vergeben. Mit Blick auf den Gesamtauftragswert der 205 mittels des DOP identifizierten MAL-Projekte (CHF 128.1 Mio.) kann festgehalten werden, dass über 4/5 dieses Gesamtauftragswertes in offenen Verfahren ausgeschrieben wurden.

808. Zusammenfassend ist bezüglich Anzahl, Wert und Art der auf den MA-Listen aufgeführten Projekten Folgendes festzuhalten: Zwischen 2004 und Mitte 2009 führten die acht Unternehmen auf den MA-Listen insgesamt 750 Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet mit einem Gesamtwert von mindestens CHF 198 Mio. Der Vergleich mit den DOP-Projekten hat dabei gezeigt, dass 78 % der im DOP dokumentierten öffentlichen Nachfrage der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Bezirke im Untersuchungsgebiet nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen in den MA-Listen aufgeführt war und die Unternehmen Nachfragesteigerungen durch die öffentliche Hand für die MA-Listen meldeten. 60–80 % der in den MA-Listen aufgeführten Projekte waren Projekte, bei welchen Belags- und/oder Pflästerungsarbeiten anfielen. Zahlenmässig wurden die mittels des DOP identifizierten MAL-Projekte etwa gleich häufig im offenen Verfahren und im Einladungsverfahren aufgeführt, wobei der Gesamtauftragswert der im offenen Verfahren ausgeschriebenen Projekte etwa fünf Mal so hoch war wie der summierte Auftragswert der im Einladungsverfahren ausgeschriebenen und mittels des DOP identifizierten Projekte. Die Untersuchungsadressatinnen haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats keine Angaben gemacht, welche dieser Zusammenfassung widersprechen.

(ii) Anzahl, Wert und Art der identifizierten MAL-Projekte, welche von Koordinationen betroffen waren, sowie Anzahl und Wert der Interessensbekundungen

809. Gemäss den bisherigen Beweisergebnissen ist davon auszugehen, dass sich die Unternehmen an den MA-Sitzungen trafen, um dort eine Interessensabklärung hinsichtlich der auf den MA-Listen aufgeführten Projekten durchzuführen. Die Interessensabklärung diente dem Zweck, die aufgelisteten Projekte – wenn möglich – untereinander aufzuteilen (siehe Rz 602 ff.) und dementsprechend gemeinsam das Gewinnerunternehmen sowie die Höhe der Eingabesummen der einzureichenden

[986] […].
[987] Siehe Fn 982.
[988] Siehe Fn 989.
[989] Siehe Fn 990.

Offerten abzustimmen (siehe oben Rz 674 ff.). Die Geltendmachung von Interessen, welche hinsichtlich nahezu jedes aufgelisteten Projekts (siehe oben Rz 347 ff.) erfolgte, implizierte den Wunsch nach Stützofferten (siehe Rz 609, 626) und war der erste Schritt in einem «Verfahren», welches letztlich entweder zur gemeinsamen Festlegung von Schutz und der Höhe der Eingabesummen führte oder in einer «Freigabe» mündete (siehe oben Rz 649 ff. und Rz 674 ff.). Die folgenden Ausführungen enthalten Angaben über die Anzahl, den Wert und die Art der identifizierten MAL-Projekte, welche von einer derartigen Koordination betroffen waren, sowie eine Quantifizierung der geltend gemachten Interessen.

810. Die Geltendmachung von Interessen, welche den Wunsch nach Stützofferten implizierte, erfolgte zwischen 2004 und Mitte 2009 mit Blick auf die bisherigen Beweisergebnisse nahezu hinsichtlich aller identifizierten MA-Projekte (Anzahl: 392; Gesamtauftragswert: CHF 198 Mio., siehe die Tabelle 15 und Rz 797). Denn bezüglich dieser Projekte sind Interessen in den MA-Listen aufgeführt und/oder die Projekte kamen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 tatsächlich zur Ausführung. Letzteres bedeutet, dass auch eine Interessensabklärung erfolgte (siehe oben Rz 347 ff., 350 ff.). Wie aus der Tabelle 15 hervorgeht, wurde die Interessensbekundung, mithin der Wunsch nach Stützofferten, bei 189 identifizierten Projekten auch in den MA-Listen dokumentiert. Die identifizierten Projekte, bei denen die Interessensbekundung dokumentiert ist, haben einen Gesamtauftragswert von CHF 86.1 Mio.

811. Die nachfolgende Tabelle 19 zeigt die Anzahl und den Wert der von den Unternehmen gemeldeten (identifizierten) MAL-Projekte pro Unternehmen sowie die in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen pro Unternehmen. Als Wert einer Interessensbekundung wurde der Auftragswert des Projekts übernommen:

	DZ	HA	OB	IM	WB	RE	TO	BB	Total
Ein Stern	55	58	12	40	27	23	31	4	**250**
Wert in Mio.	21.4	31.4	8.8	25.3	12.5	18.9	16.3	1.2	**135.8**
Zwei Sterne	34	18	12	19	12	11	6	7	**119**
Wert in Mio.	9.6	10.9	4.1	11.6	9.7	5.1	1.4	1.3	**53.7**
Total Projekte mit Stern(en)	89	76	24	59	39	34	37	11	**369**
Total Wert in Mio.	31	42.3	12.9	36.9	22.2	24	17.7	2.5	**189.5**
Gemeldete Projekte	211	38	12	52	33	11	0	13	**370**[990]
Wert in Mio.	96.1	39.4	9.5	21.5	15.8	4.2	0	1.8	**188.3**

Tabelle 19: Anzahl und Wert der in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (identifizierte Projekte)

812. Entsprechend dem Beweisergebnis (siehe dazu oben Rz 574 ff.) dokumentiert Tabelle 19, dass alle acht Unternehmen Interessen hinsichtlich der MA-Projekte geltend gemacht haben. Auch ist aus ihr ersichtlich, dass alle Unternehmen – ausser die Toller – zwischen 2004 und Mitte 2009 (identifizierte) Projekte für die MA-Listen gemeldet haben. Wie bereits ausgeführt, geht damit aus Tabelle 19 hervor, dass alle acht Unternehmen an den MA-Sitzungen – in unterschiedlichem Umfang – den Wunsch nach Stützofferten geäussert haben. Die Tabelle illustriert daneben das Ausmass, in dem die Unternehmen jeweils Interessen geltend gemacht und Projekte gemeldet haben.

813. Die nachfolgende Tabelle 20 zeigt, dass auch hinsichtlich der nicht identifizierten Projekte im erheblichen Umfang Interessen bekundet wurden, mithin eine Zuteilung der Projekte versucht wurde:

[990] Da in der Zeile «gemeldete Projekte» nicht immer ein Unternehmen eingetragen ist, gibt es eine gewisse Diskrepanz zwischen der Summe der identifizierten Projekte und der Summe der gemeldeten Projekte der identifizierten Projekte. Für die identifizierten Projekte gibt es 18 Projekte für ein Volumen von CHF 5.1 Mio. für welche kein Unternehmen in der Spalte «gemeldet» eingetragen wurde. Für 4 Projekte (CHF 4.5 Mio.) wurden zwei Unternehmen gleichzeitig in der Spalte «gemeldet» eingetragen.

	DZ	HA	OB	IM	WB	RE	TO	BB	Total
Ein Stern	41	49	9	29	14	16	20	11	**189**
Zwei Sterne	5	9	8	20	6	4	11	4	**67**
Gemeldet	127	38	21	93	37	4	3	16	**339**[991]

Tabelle 20: Anzahl in den MA-Listen dokumentierten Interessensbekundungen sowie gemeldete Projekte (nicht identifizierte Projekte)

814. Die Analysen in der Tabelle 19 und in der Tabelle 20 zeigen, dass die Unternehmen De Zanet, Hagedorn und Implenia gefolgt von Walo und Reichmuth, die «Aktivsten» waren, d. h. sie haben am meisten Projekte für die MAL gemeldet und am meisten Interesse geltend gemacht. Mit Blick auf die bisherigen Beweisergebnisse ist daraus nicht zu folgern, dass Unternehmen, welche weniger Interessen geltend gemacht haben, das MA-System weniger unterstützten. In der unterschiedlichen Anzahl der Interessensbekundungen spiegeln sich vielmehr «nur» die jeweiligen Kapazitäten der acht Unternehmen wider. Unternehmen mit kleineren Umsätzen wie etwa die Toller oder die Bernet Bau (zu deren Umsätze vgl. oben Tabelle 12) mussten angesichts ihrer Grösse schlichtweg seltener als die grossen Unternehmen Interessen bekunden und Projekte ausführen, um ihre Kapazitäten im Bereich Strassen- und Tiefbau zu nutzen.

815. Aus der Tabelle 21 betreffend die «Eckdaten» der konsolidierten MAL gehen auch der Wert und die Anzahl der identifizierten MA-Projekte hervor, bezüglich derer die acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen vorab gemeinsam festlegten und hinsichtlich derer auf «Freigabe» entschieden wurde. Zur besseren Übersicht sei hier noch einmal ein Auszug aus der Tabelle 15 aufgeführt:

	Anzahl Submissionen	Volumen in CHF Mio.
Identifizierte Projekte	392	198.0
…mit «Schutz» auf HAL	114	34.1
…mit «Freigabe» auf HAL	87	97.5
…mit einem oder zwei Sternen	189	86.1
…mit «Schutz» und/oder Stern(en)	202	67.5

Tabelle 21: Auszug aus Tabelle 15 Übersicht über identifizierte MAL-Projekte

816. Geht man davon aus, dass die acht Unternehmen auf «Freigabe» entschieden, wenn die Zuteilung wegen eines Interessenskonflikts zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen fehlschlug oder aber den acht Unternehmen eine Zuteilung wegen möglicher Eingaben externer Unternehmen nicht erfolgsversprechend erschien (siehe oben Rz 662), so folgt aus den Angaben in den Zeilen 2 und 3 («Schutz», «Freigabe»), dass die acht Unternehmen in fünf Jahren bezüglich 201 MAL-Projekten im Gesamtwert von über CHF 131 Mio. über die Zuteilung entschieden haben. Denn auch die «Freigabe»-Entscheidung ist ein gemeinsamer Beschluss, dass der Zuschlagsempfänger nicht vorab bestimmt werden soll.

817. Der Auszug aus der Tabelle 21 zeigt ausserdem, dass jedenfalls bei 114 MAL-Projekten im Gesamtwert von etwa CHF 34.1 Mio. gemeinsam der Zuschlagsempfänger und dementsprechend die Höhe der Eingabesummen beschlossen wurde.[992] Zu betonen ist, dass diese 114 Fälle nur die Projekte erfassen, bei denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau involviert waren. Nicht ausser Acht gelassen werden kann ausserdem, dass die HA-Listen insgesamt Schutzfestlegungen für etwa 240 Projekte im Wert von ca. CHF 59 Mio. enthalten (siehe oben Rz 686).[993]

818. Die folgende Tabelle 22 zeigt die Verteilung dieser 114 Schutzvereinbarungen in den Jahren ab 2004 bis zum 11. Juni 2009. Sie gibt auch an, wie häufig auf «Freigabe» entschieden wurde und welche Projektwerte dies betraf:

[991] Da in der Zeile «gemeldet» nicht immer ein Unternehmen eingetragen ist, gibt es eine gewisse Diskrepanz zwischen der Summe der nichtidentifizierten Projekte und der Summe der gemeldeten Projekte der nichtidentifizierten Projekte.

[992] Bei ungefähr 23 der 114 Projekte auf der HAL ist die Bemerkung «TS» für «Teilschutz» eingetragen. Zur Bedeutung des «Teilschutzes» siehe Rz 681.

[993] In den 240 «Schutz»-Projekten sind auch Schutze bei EO-Projekten enthalten.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009[994]	Total
Anzahl Schutz	25	29	23	13	16	8	**114**
Volumen Schutz (in CHF Mio.)	5.5	8.7	6.5	6	4.1	3.4	**34.2**
Anzahl Freigabe	19	9	17	18	17	7	**87**
Volumen Freigabe (in CHF Mio.)	10.4	7.8	13.5	42.6	13.4	9.7	**97.4**

Tabelle 22: Analyse der Projekte mit «Schutz» und «Freigabe» aus der MAL

819. Hinzuweisen ist darauf, dass die beiden zuletzt genannten Tabellen die Angaben der Selbstanzeigerinnen bestätigen, wonach die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Eingabesummen umso eher gelang, je tiefer der Auftragswert des Projekts war. Denn die Anzahl der Projekte, bezüglich derer es zur gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers kam («Schutz»), ist höher als die Anzahl der Projekte, hinsichtlich derer eine Festlegung nicht gelang («Freigabe»), wobei der Gesamtauftragswert der «Schutz»-Projekte fast vier Mal kleiner ist als derjenige der (wenigen) «Freigabe»-Projekte. Eine Zuteilung der Projekte wurde also umso schwieriger, je grösser der Projektwert war. Dies lässt sich intuitiv damit erklären, dass grössere Projekte für viele Unternehmen attraktiver sind, da sie einen grösseren Teil der Gesamtkapazität eines Unternehmens abdecken und so zur Verringerung der Transport- und Koordinierungskosten beitragen können. Es ist daher zu erwarten, dass sich mehr Unternehmen für grosse Projekte interessieren als für kleine Projekte. Zudem wurden grössere Projekte eher im offenen Verfahren ausgeschrieben, was – im Vergleich zu Projekten, welche freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben wurden – ebenfalls die Anzahl der Interessenten erhöht.

820. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass hinsichtlich nahezu aller 392 identifizierten MAL-Projekte im Wert von CHF 198 Mio. zumindest Interessen geltend gemacht worden sein müssen. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte Interessen geltend gemacht, dies ist jedenfalls für die Projekte anzunehmen, bezüglich derer in den MA-Listen Interessen der Unternehmen eingetragen sind. Die Untersuchungsadressatinnen haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats keine Angaben gemacht, welche dieser Zusammenfassung widersprechen.

821. Da davon auszugehen ist, dass die Interessensgeltendmachung den Wunsch nach Stützofferten implizierte, ist anzunehmen, dass in all den genannten Fällen zumindest der Versuch einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen unternommen worden ist. Soweit die Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht haben, dass die Interessensabklärung nicht dem Zweck diente, eine einvernehmliche Zuteilung des betroffenen Projekts zu erreichen, ist dies nicht überzeugend (siehe oben Rz 620 ff., 649 ff., 664 ff.).

822. Die konsolidierte MAL zeigt weiter, dass allein unter Beteiligung der Hagedorn bezüglich 114 MAL-Projekten mit einem Gesamtauftragswert von über CHF 34 Mio. der Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen – von mindestens zwei der acht Unternehmen gemeinsam und vor Ablauf der Eingabefrist – festgelegt wurden. Soweit die Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht haben, dass die Eintragungen auf den HA-Listen kein Beleg für Schutzverhandlungen und die Schutzfestlegung gewesen sei, ist dies nicht überzeugend (siehe oben Rz 234 ff., 683 ff.).Mit Blick auf die bisherigen Beweisergebnisse gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass es darüber hinaus noch Fälle gegeben hat, bei denen – etwa ohne Beteiligung der Hagedorn – einige der acht Unternehmen in Umsetzung des MA-Systems gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen vor Ablauf der Eingabefrist festgelegt haben (siehe insbesondere Rz 679 ff., 747 ff.).[995]

(iii) Anzahl und Wert der von den acht Unternehmen gewonnenen identifizierten MAL-Projekte

823. Wie erläutert, hatte das MA-System den Zweck, die auf den MA-Listen aufgeführten Projekte – wenn möglich und je nach Interessenslage – untereinander aufzuteilen (siehe oben Rz 602 ff.). Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, inwieweit die Anstrengungen der acht Unternehmen, sich die MAL-Projekte gegenseitig zuzuweisen, erfolgreich waren, d. h. inwiefern eines oder mehrere der acht Unternehmen den Zuschlag tatsächlich erhalten haben.

824. Zu wiederholen ist zunächst, dass hinsichtlich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte der Gewinner nicht ermittelt werden konnte. Angaben zum Gewinner der MAL-Projekte können dementsprechend nur hinsichtlich 392 identifizierten Projekte mit einem Gesamtauftragswert von CHF 198 Mio. gemacht werden. Die Ergebnisse der Berechnungen sind in der nachfolgenden Tabelle 23 abgebildet:

[994] Bis 11.6.2009.
[995] Siehe z.B der Fall […], Rz 730 ff.

	Anzahl	Auftragswert in CHF Mio.
Identifizierte Projekte der MAL	392	198
Von 8 U gewonnen	248	137
Prozent	63	69

Tabelle 23: Übersicht Anzahl und Wert der identifizierten Projekte der konsolidierten MAL und gemeinsame Anteile der acht Unternehmen daran

825. Wie bereits erläutert, erfolgte hinsichtlich nahezu aller identifizierten MAL-Projekte eine Interessensgeltendmachung, was den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe oben Rz 609, 626, 809 ff.). Hinsichtlich all dieser Projekte muss es also zum Versuch einer Koordinierung gekommen sein.

826. Die in der Tabelle 23 aufgeführten Zahlen zeigen lediglich den Erfolg der Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Verhältnis zu dritten Unternehmen. Denn die Zahlen zeigen «nur», dass eines der acht Unternehmen das Projekt erhalten hat. Aus der Analyse ergibt sich, dass die acht Unternehmen 63 % aller identifizierten MAL-Projekte gewonnen haben. Sie haben damit 69 % des Gesamtauftragswertes aller identifizierten MAL-Projekte für sich verbucht. Hinzuweisen ist aber darauf, dass zu den durch die acht Unternehmen gewonnen Projekten auch MAL-Projekte gezählt werden, welche nach einer «Freigabe» an mindestens eins der acht Unternehmen vergeben wurden oder bei denen eine Schutzfestlegung zugunsten eines der acht Unternehmen durch ein anderes der acht Unternehmen unterlaufen wurde[996]. Die Untersuchungsadressatinnen haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats keine Angaben gemacht, welche dieser Zusammenfassung widersprechen.

(iv) Quantifizierung der Erfolgschancen des MA-Systems

827. In diesem Abschnitt werden mit Hilfe der konsolidierten MAL die Erfolgschancen des MA-Systems quantifiziert. Es wird dargestellt, in wie viel Prozent der Fälle ein Unternehmen, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an einem identifizierten MAL-Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut der HA-Listen bei einem identifizierten MAL-Projekt «Schutz» oder «Teilschutz» erhalten hat, das Projekt letztlich auch erhalten hat.

828. Grundlage für diese Untersuchung sind die 193 identifizierten Projekte im Wert von CHF 62.3 Mio., für welche in den MA-Listen Interessensbekundungen eingetragen sind und/oder bezüglich derer in den HA-Listen «Schutz» oder «Teilschutz» vermerkt wurde (siehe dazu oben die Übersicht in Rz 797). Auch bei diesen Projekten kam es mithin zumindest zum Versuch der Koordinierung. Als «Erfolg» wird in der folgenden Analyse gewertet, wenn ein Unternehmen, welches an den MA-Sitzungen laut MA-Listen (mit)[997] das höchste Interesse geltend gemacht hat und/oder zugunsten dessen laut HA-Listen eine Schutzfestlegung erfolgte, für das betreffende Projekt den Zuschlag erhielt.

829. Dass auch die identifizierten MAL-Projekte einbezogen wurden, bezüglich derer ausschliesslich Eintragungen in den HA-Listen vorliegen, ist damit zu begründen, dass [Vertreter der Hagedorn] selbst ausgesagt hat, dass er die in den MA-Sitzungen gemachten Festlegungen in seine internen HA-Listen übertragen habe und dass «S», «TS», «I» und «TI» für Priorität stünden.[998] Zudem ist zu beachten, dass bezüglich eines erheblichen Anteils der 193 Projekte sowohl Interessensbekundungen als auch ein «S»- bzw. «TS» in den HA-Listen eingetragen ist (69 Projekte mit einem Volumen von CHF 22.5 Mio. was anzahlmässig 36 % und volumenmässig 36 % der 193 Projekte darstellt). Diese Eintragungen bestätigen die Angaben von [Vertreter der Hagedorn], da in 86 % der Fälle dieser Doppeleintragungen dasjenige Unternehmen als Empfänger von (Teil-)Schutz bestimmt ist, welches laut den MA-Listen (mit) das höchste Interesse geltend gemacht hat. In den übrigen Fällen von Doppeleintragungen wird das betreffende Projekt im Übrigen nur dann als «Erfolg» gewertet, wenn das laut HA-Liste geschützte Unternehmen den Zuschlag für das Projekt erhält.

830. Die Ergebnisse der Berechnung der Erfolgsquote ergeben sich aus der folgenden Tabelle 24. In dieser Tabelle sind die Anzahl und der Wert der Projekte aufgeführt, bei denen die sich aus den MA-Listen und/oder den HA-Listen ergebenden Festlegungen erfolgreich umgesetzt worden sind (*Erfolg*). Die zwei darauf folgenden Zeilen enthalten die Zahl und den Wert der Misserfolge, bei denen entweder ein anderes Unternehmen der acht Unternehmen (*Misserfolg1*) oder ein externes Unternehmen (*Misserfolg2*) den Zuschlag erhalten hat: Angegeben sind jeweils auch die Prozentsätze, welche die prozentualen Anteile in Bezug auf die Gesamtmenge (193 Projekte) und den Gesamtauftragswert (CHF 62.3 Mio.) zeigen (Spalten *Prozent*).[999]

[996] Letzteres kam – wenn auch selten – durchaus vor; vgl. Rz 827ff.

[997] Erfasst sind also auch Fälle, in denen mehrere Unternehmen das höchste Interesse geltend gemacht haben. Z. B. Unternehmen A und B machen jeweils Interesse mittels zwei Sternchen («**») geltend. Oder: Unternehmen A und B machen jeweils Interesse mittels eines Sternchens («*») geltend, sonst macht kein Unternehmen Interessen geltend.

[998] Act. n° [...].

[999] Diese Statistik der Tabelle 24 sind aus der konsolidierte MAL berechnet.

	Anzahl Submissionen	Prozent	Volumen in CHF Mio.	Prozent
Erfolg	149	77 %	47.7	77 %
Misserfolg1 – Erfolg eines anderen U der 8U	20	10 %	6.1	10 %
Misserfolg2 – Erfolg eines DrittU	24	12 %	8.5	14 %
Total	193[1000]	100 %	62.3	100 %

Tabelle 24: Umsetzung des MA-Systems und dessen Misserfolge (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL; 2004 Mitte 2009)[1001]

831. Wie die Tabelle 24 zeigt, wurden von den 193 Projekten, bei denen nachweislich versucht wurde, das MA-System umzusetzen, 149 Projekte erfolgreich umgesetzt. Das heisst bei 149 Projekten mit einem Gesamtvolumen von CHF 47.7 Mio. hat dasjenige Unternehmen mit dem höchsten Interesse und/oder laut HA-Listen schutznehmende Unternehmen den Zuschlag für das Projekt erhalten. Dies entspricht anzahlmässig 77 % und volumenmässig 77 % aller identifizierten MAL-Projekte, bei denen nachweislich gemeinsame Festlegungen der acht Unternehmen in die MA-Listen oder die HA-Listen eingetragen wurden. Diese Quote bewegt sich in einem ähnlichen Bereich wie der Anteil der von den acht Unternehmen gewonnenen identifizierten MAL-Projekten an der Gesamtzahl der identifizierten MAL-Projekte (siehe oben Rz 823 ff.). Anders als der zuletzt genannte Anteil berücksichtigt die in diesem Abschnitt berechnete Erfolgsquote aber auch, ob die im Rahmen des MA-Systems gemachten Festlegungen (höchstes Interesse, «Schutz») erfolgreich umgesetzt worden sind.

832. Die folgende Tabelle 25 präsentiert die zeitliche Entwicklung der Erfolgsquote des MA-Systems für die Zeit zwischen Mitte 2004 bis Mitte 2009. Für jedes Jahr ist jeweils angegeben, wie oft der Versuch, das MA-System umzusetzen, erfolgreich war (*Erfolg*) und wie oft der Zuschlag nicht an das designierte Gewinnunternehmen ging (*Misserfolge*). Diesbezüglich enthält die Tabelle auch die jeweiligen Gesamtauftragswerte. Beim Misserfolg wurde zudem unterschieden, ob der Zuschlag an ein anderes der acht Unternehmen (*Davon 8U*) bzw. an ein Drittunternehmen (*Davon DrittU*) und nicht an das schutzbestimmte bzw. an das Unternehmen mit dem höchsten Interesse ging. In der letzten Zeile findet sich die Erfolgsquote, welche die prozentualen Erfolgsanteile in Bezug auf die jährliche Gesamtmenge und den jährlichen Gesamtauftragswert angibt.

	2004		2005		2006		2007		2008		Mitte 2009[1002]	
	Anz.	Vol.	Anz.	Vol.	Anz.	Vol.	Anz.	Vol.	Anz.	Vol.	Anz.	Vol.
Total	40	10.5	45	15.1	54	19.6	25	7.7	21	6.2	8	3.4
Erfolg	34	8.9	34	12.9	43	13.3	18	5.8	14	4.3	6	2.6
Misserfolg	6	1.6	11	2.2	11	6.3	7	1.9	7	1.8	2	0.8
Davon 8U	2	0.6	8	1.7	5	2.9	2	0.4	3	0.5	0	0
Davon DrittU	4	1	3	0.5	6	3.4	5	1.5	4	1.3	2	0.8
Erfolgsquote	**85 %**	**85 %**	**76 %**	**85 %**	**80 %**	**68 %**	**72 %**	**75 %**	**67 %**	**69 %**	**75 %**	**76 %**

Tabelle 25: Anzahl und Volumen (in Mio. CHF) der Versuche, Umsetzung und Misserfolge des MA-Systems pro Jahr (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL)

833. Aus der Tabelle 25 geht hervor, dass die Anzahl der in den Listen dokumentierten Versuche (Total) nach 2006 abnimmt. Dies ist aber auch darauf zurückzuführen, dass die acht Unternehmen in den MA-Listen ab Ende 2007 immer weniger Interessensbekundungen in

[1000] Siehe Fn 985.
[1001] Lesebeispiel: Bei insgesamt 149 Submissionen, was einem Gesamtwert von CHF 47.7 Mio. entspricht, hat dasjenige Unternehmen mit dem höchsten Interesse und/oder «Schutz» gemäss HAL den Zuschlag erhalten. Dies entspricht anzahlmässig 77 % und volumenmässig 77 % der Gesamtanzahl bzw. -volumen der 193 Versuche (identifizierte Projekte mit mind. einem Stern und/oder «Schutz»).
[1002] Bis 11. Juni 2009.

den MA-Listen eingetragen haben. Da feststeht, dass in den Jahren 2008 und 2009 gleichwohl Interessensbekundungen hinsichtlich aktueller Projekte erfolgt sind, welche dann nur nicht in die MA-Listen eingetragen wurden (siehe oben Rz 810), ist das Abfallen nicht darauf zurückzuführen, dass weniger Versuche stattgefunden haben. Die Erfolgsquote in der letzten Zeile der Tabelle wurde auf Grundlage der in den Listen dokumentierten Versuche errechnet. Diese lag volumenmässig in den Jahren 2004 und 2005 bei 85 %. Danach pendelte sie zwischen 68 % und 76 %.

834. In dem von der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller eingereichte Parteigutachten wird geltend gemacht, die oben genannten Ergebnisse seien für die Gutachter nicht reproduzierbar gewesen.[1003] Dieser Einwand ist nicht nachvollziehbar. Die oben genannte Erfolgsquote basiert schlichtweg auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen (siehe insbesondere oben Rz 831), welche mit Blick in den DOP und die konsolidierte MAL ohne weiteres nachvollzogen werden können. Soweit die Unternehmen beantragen, ihnen sei die Berechnung der Erfolgsquote weiter zu erläutern, ist dieser Antrag abzuweisen.

835. Weiter wird in dem Parteigutachten geltend gemacht, die Erfolgsquote sei «falsch» berechnet worden. Man müsse auch berücksichtigen, dass gemäss den HA-Listen Projekte freigegeben worden seien bzw. die «Erfolgsfälle» ins Verhältnis zum Gesamtvolumen setzen.[1004] So berechnet ergeben sich aus dem Parteigutachten Erfolgsquoten (je nach Ausführungsart und Verfahrensart) von 7.52 % (im Bereich Tiefbau: Anteil Erfolg am Gesamtvolumen) bis zu 56.27 % (im Bereich Strassenbau: Anteil Erfolg am Gesamtvolumen). Diese Einwände überzeugen nicht. Es ist schlichtweg so, dass im Parteigutachten andere Berechnungen durchgeführt werden als sie das Sekretariat durchgeführt hat. So stellt das Parteigutachten lediglich andere Zahlen in ein Verhältnis zueinander als es das Sekretariat in seiner Analyse tut. Die Quote des Sekretariats untersucht «nur», ob die Festlegungen «S» bzw. «Schutz» und/oder die Interessensbekundung laut MA-Listen umgesetzt wurde. (siehe Rz 827 ff.). Die Berechnungen des Sekretariats sind mithin nicht «falsch», sondern basieren auf einer anderen Definition der Quote. Die Erfolgsquoten nach dem Parteigutachten haben indessen keine besondere Aussagekraft, weil sie von der Prämisse ausgehen, dass es hinsichtlich von «unmarkierten» Projekten (keine Eintragung von Interessen, «S» oder «Freigabe») keine gemeinsame Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen gegeben habe. Dies widerspricht jedoch dem Beweisergebnis, wonach auch bei MAL-Projekten, bezüglich derer keine Interessensbekundungen in den MA-Listen vorhanden waren, welche aber unmittelbar nach einer MA-Sitzung durchgeführt wurden, eine Interessensabklärung zum Zweck der Zuteilung und teilweise auch eine Zuteilung stattfand (siehe oben Rz 350 ff.), und wonach es über die den HA-Listen genannten Fälle noch weitere Projekte gegeben hat, bei denen es zur Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen gekommen ist (siehe insbesondere oben Rz 699, 747 ff.).

836. Als Reaktion auf das von der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller eingereichte Parteigutachten hat die Wettbewerbskommission zusätzlich die Einhaltungsquote berechnet. Diese Berechnung basiert nicht auf neuen Daten, sondern lediglich auf den Daten, welche den Parteien bereits zugestellt wurden.[1005] Die Einhaltungsquote unterscheidet sich von der oben genannten Erfolgsquote. Aus der Einhaltungsquote geht zusätzlich hervor, ob sich die an der gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen beteiligten Unternehmen an die Festlegung gehalten haben, unabhängig davon, ob ein anderes Unternehmen mittels einer noch tieferen Offerte den Zuschlag erhalten hat. Wenn also nur deshalb die gemeinsame Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen nicht erfolgreich war, weil ein an der gemeinsamen Festlegung nicht beteiligtes Unternehmen die Zusammenarbeit mittels eines tieferen Offertpreises unterlaufen hat, so haben sich die Unternehmen gleichwohl an das Ergebnis der gemeinsamen Festlegung gehalten. Von den oben in der dritten Spalte der Tabelle 24 genannten 24 Fällen, in denen ein drittes Unternehmen gewonnen hat, konnten 15 Projekte mit dem DOP identifiziert werden. Für diese Projekte ist es mithin möglich, zu untersuchen, ob sich die acht Unternehmen an die Festlegungen der MA- und HA-Listen gehalten haben, mithin, ob sie dasjenige Unternehmen mittels entsprechend hohen Offertpreisen unterstützt haben, welches den Schutz erhalten sollte. Dies trifft auf 12 der 15 Projekte zu.[1006] Damit haben sich die acht Unternehmen bei 161 der 193 Projekte an die gemeinsame Festlegung des Schutzempfängers und der Höhe der Offertpreise gehalten. Dies ergibt eine Einhaltungsquote von 83%. Diese ist ein minimaler Wert, da nicht alle Projekte anhand des DOP identifiziert werden könnten.

837. Zusammenfassend kann in beweismässiger Hinsicht festgehalten werden, dass hinsichtlich der Teilmenge der identifizierten MAL-Projekte bezüglich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), über den gesamten Zeitraum von 2004 bis Mitte 2009 eine Erfolgsquote von 77 % (im Verhältnis zur Gesamtanzahl) bzw. 77 % (im Verhältnis zum Gesamtauftragswert) bestand. Das heisst, dass dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. Es ist daneben aber auch beweismässig erstellt, dass die Erfolgsquote nach 2007 tendenziell abnahm. Weil diese Erfolgsquoten lediglich Teilmengen betreffen und nicht alle (Interessens-)Festlegungen der acht Unternehmen in den MA-Listen sowie den HA-Listen eingetragen wurden, sind die Quoten mit einiger Unsicherheit

[1003] […].
[1004] […].
[1005] Act. n° [...].
[1006] Nr_Pr 638 (MA_WEKO=482); Nr_Pr 763 (MA_WEKO=378); Nr_Pr 568 (MA_WEKO=135); Nr_Pr 961 (MA_WEKO=805); Nr_Pr 805 (MA_WEKO=755); Nr_Pr 569 (MA_WEKO=168); Nr_Pr 538 (MA_WEKO=139); Nr_Pr 963 (MA_WEKO=807); Nr_Pr 536 (MA_WEKO=131); Nr_Pr 1019 (MA_WEKO=39); Nr_Pr 461 (MA_WEKO=727); Nr_Pr 153 (MA_WEKO=238).

behaftet. Davon unabhängig ist mit Blick auf die bisherigen Beweisergebnisse erneut zu betonen, dass die acht Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen hinsichtlich zahlreicher im Untersuchungsgebiet vergebener Strassen- und Tiefbauprojekte gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen festgelegt haben. Die Anzahl der Versuche einer entsprechenden Koordination war um ein Vielfaches höher. Betrachtet man die Einhaltungsquote, so lag diese bei mindestens 83%, wobei die juristischen Konsequenzen die gleichen sind (siehe insbesondere Rz 1292).

d. Das Bieterverhalten während und nach der MAL-Periode

(i) Die Analyse des Sekretariats

838. Der Umfang der den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Daten, welche im DOP zusammengefasst sind, erlaubt eine statistische Analyse des konkreten Bieterverhaltens der (acht) Unternehmen während und nach der MAL-Periode bezüglich der im DOP enthaltenen Projekte. Für diese Analyse hat das Sekretariat zwei Kennzahlen (Variationskoeffizient und relatives Distanzmass, nachfolgend auch: Marker) verwendet, welche darauf hinweisen können, dass die Eingabesummen vor der Einreichung der Offerten zum Zwecke der Schutzgewährung aufeinander abgestimmt wurden. Wie die Marker berechnet werden und welche Bedeutung sie für die Untersuchung der Wettbewerbssituation haben, ist einem gesonderten Aktenstück zu entnehmen.[1007]

839. Auch die Resultate dieser statistischen Analysen gehen aus entsprechenden Aktenstücken hervor[1008] und sollen hier nicht vertieft dargelegt werden. An dieser Stelle sei nur festgehalten, dass die statistischen Analysen unter Verwendung der Marker das Beweisergebnis bestätigen, wonach die acht Unternehmen das MA-System bis Mitte 2009 betrieben (siehe dazu oben insbesondere Rz 664 ff., 671 ff.). Denn diese statistischen Analysen haben gezeigt, dass sich das Bieterverhalten der Unternehmen während der MAL-Periode betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet von ihrem Bieterverhalten nach Mitte 2009 bezüglich solcher Strassen- und/oder Tiefbauprojekten signifikant unterscheidet.[1009] Es ist dabei kein anderer Grund als der oben beschriebene Konsens über die Zuteilung von MAL-Projekten ersichtlich, welcher eine derartige Veränderung des Bieterverhaltens nach Mitte 2009 erklären könnte.

840. Die Veränderung des Bieterverhaltens bei im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten illustriert die nachfolgende Abbildung. Diese zeigt anhand des Variationskoeffizienten die Volatilität der Eingabesummen bei Projekten, bei denen jeweils mindestens 65 % der eingereichten Offerten von Teilnehmern der MA-Sitzungen stammten. Sie berücksichtigt DOP-Projekte, welche zwischen 2004 und 2013 vergeben wurden.[1010]

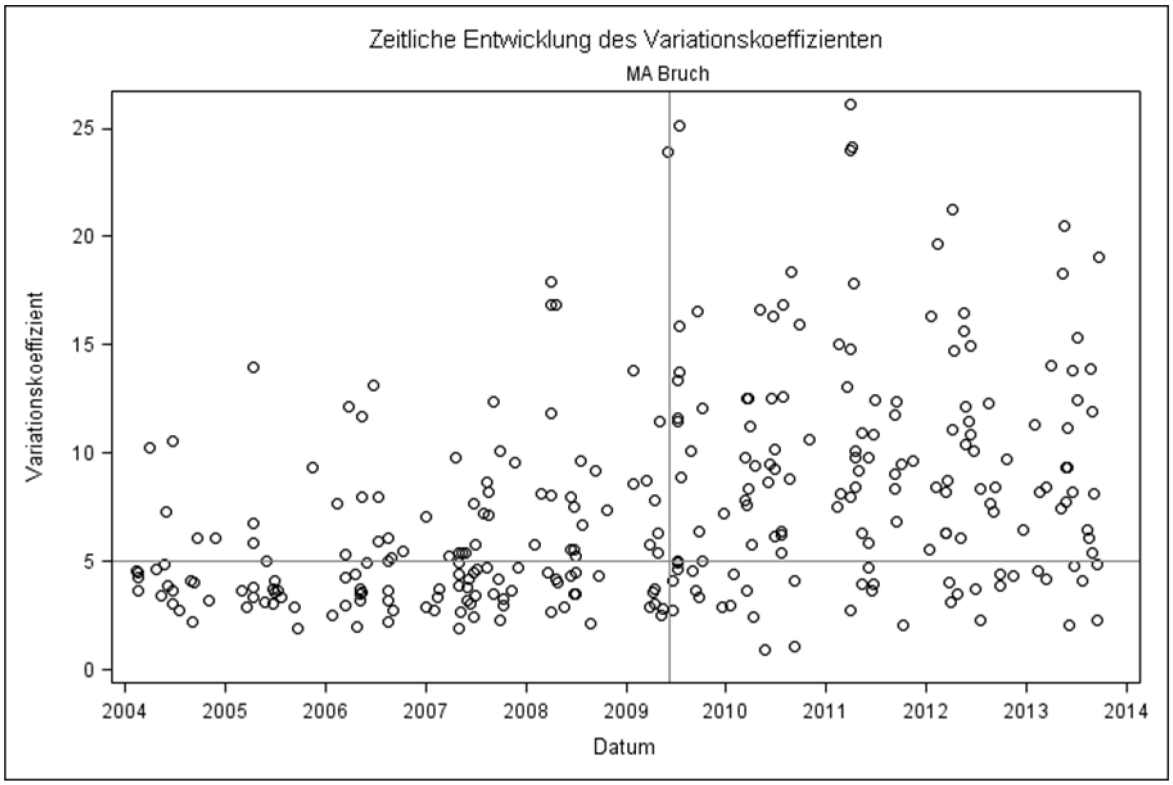


Abbildung 51: Zeitliche Entwicklung des VK für DOP-Projekte, bezüglich derer die Offerten jeweils mindestens zu 65 % von Teilnehmern der MA-Sitzungen eingereicht wurden

[1007] Siehe Act. n° […].
[1008] Siehe Act. n° […].
[1009] Siehe insbesondere Act. n° […].
[1010] Siehe dazu vertieft Act. n° […].

841. In dieser Abbildung steht jeder Punkt für den jeweiligen Wert des VK bei einer konkreten Submission. Aus der vertikalen Achse geht die Höhe des Werts des VK hervor. Die horizontale Achse bestimmt den Zeitpunkt der untersuchten Submission. Die horizontale Linie steht für einen VK von 5 %. Dieser Wert ergibt sich aus den Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Fall Tessin, weil in diesem Fall die VK von Submissionen, bei denen es zu Koordinationen gekommen war, systematisch kleiner als 5 % waren.[1011] Die vertikale Linie markiert das zeitliche Ende der Zusammenarbeit Mitte 2009. Aus der Grafik geht damit hervor, dass die VK bei Submissionen, bei denen mindestens 65 % der Offerten von den acht Unternehmen stammten, während der Zeit des Bestehens des MA-Systems bedeutend geringer waren als nach Mitte 2009.[1012] So konzentriert sich die Punktewolke der VK in der MAL-Periode unter der 5 %-Grenze und der Median der VK liegt in dieser Periode bei 4.47. In der Post-MAL-Periode verschiebt sich die Punktewolke nach oben über die 5 %-Grenze hinaus, wobei der Median in der Post-MAL-Periode bei 8.56 liegt.[1013]

(ii) Zum Parteigutachten von Swiss Economics

842. In dem von der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Toller eingereichte Parteigutachten von Swiss Economics werden in Bezug auf die oben gemachten Ausführungen im Wesentlichen die folgenden Einwände geltend gemacht:[1014]

- Das Sekretariat leite aus der statistischen Analyse zu Unrecht das Ende der Zusammenarbeit der acht Unternehmen ab. Die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der verwendeten Marker könne Derartiges aber gar nicht leisten. Wenn überhaupt könne man aus der Analyse des Bieterverhaltens ableiten, dass der Endzeitpunkt der Zusammenarbeit bereits im April 2008 liege.
- Soweit statistisch signifikante Unterschiede zwischen dem Bieterverhalten während der MAL-Periode und dem Bieterverhalten in der post-MAL-Periode vorlägen, so seien diese nicht auf das MA-System, sondern auf andere externe Gründe zurückzuführen. Denn wenn man ausschliesslich das Bieterverhalten bei in den MA- und HA-Listen «unmarkierten» Projekte teste, so liege auch ein statistisch signifikanter Unterschied zwischen der MAL-Periode und der post-MAL-Periode vor.
- Auch die statistisch signifikanten Unterschiede zwischen dem Bieterverhalten bei «Schutz»-Projekten und dem Bieterverhalten bei «Freigabe»-Projekten seien nicht auf die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen zurückzuführen, sondern darauf, dass sich die Anzahl der Offerten bei diesen Kategorien unterscheidet.
- Zudem seien die verwendeten Marker sowie die darauf basierenden statistischen Analysen inkohärent und würden keine belastbaren Ergebnisse liefern.

843. Diese Einwände überzeugen nicht. Anders als die Parteien behaupten oder suggerieren, hat das Sekretariat mit der statistischen Analyse nicht den Endzeitpunkt der Zusammenarbeit statistisch belegt oder belegen wollen (siehe insbesondere oben Rz 839). Der Endzeitpunkt der Zusammenarbeit der acht Unternehmen und die Beteiligung der einzelnen Unternehmen daran wird mit Hilfe der Angaben der Selbstanzeigerinnen und teilweise von weiteren Untersuchungsadressaten sowie der vorliegenden objektiven Beweise (z. B. E-Mails, MA-Listen, EO-Listen, Terminprogramme etc.) nachgewiesen (siehe insbesondere oben Rz 335 ff., 378 ff., 598 ff.). Diese Beweise reichen für sich alleine aus, um nachzuweisen, dass die Zusammenarbeit bis Mitte 2009 andauerte. Die Resultate der statistischen Analyse widersprechen diesem Ergebnis nicht.

844. Die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker hat ergeben, dass zwischen dem Bieterverhalten der (acht) Unternehmen in der MAL-Periode und dem Bieterverhalten der (acht) Unternehmen in der post-MAL-Periode statistisch signifikante Unterschiede bestehen. Dies zeigt die Auswirkungen des MA-Systems (siehe auch unten Rz 845 ff.). Dieses Bestehen von statistisch signifikanten Unterschieden zwischen den beiden Zeiträumen wird vom Parteigutachten weder bestritten noch widerlegt. Die Ergebnisse der statistischen Analyse des Sekretariats stehen aus Sicht der Wettbewerbskommission den Beweisergebnissen zur Dauer der Zusammenarbeit (siehe insbesondere oben Rz 335 ff., 378 ff., 598 ff.) aus folgenden Gründen nicht entgegen.

845. Soweit das Parteigutachten ausführt, die Entwicklung des Bieterverhaltens weise eher darauf hin, dass die Zusammenarbeit bereits im April 2008 beendet worden ist, ist dies nicht überzeugend. Denn das Parteigutachten widerlegt sich insoweit selbst. So führt das Parteigutachten selbst aus, die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand der Marker vermöge «eine Veränderung im Bieterverhalten im April 2008 genauso zu bestätigen wie im Juni 2009».[1015] Hieraus folgt, dass die statistische Analyse der Entwicklung des Bieterverhaltens keinen Beweis für den genauen Endzeitpunkt darstellen kann. Dementsprechend wird in casu der Endzeitpunkt der Zusammenarbeit der acht Unternehmen und die Beteiligung der einzelnen Unternehmen daran mit Hilfe der Angaben der Selbstanzeigerinnen und teilweise von weiteren Untersuchungsadressaten sowie der vorliegenden objektiven Beweise (z. B. E-Mails, MA-Listen, EO-Listen, Terminprogramme etc.) nachgewiesen (siehe insbesondere oben Rz 335 ff., 378 ff., 598 ff.).

846. Der Einwand, beim Vergleich des Bieterverhaltens bei «unmarkierten» MAL-Projekten mit dem Bieterverhalten bei post-MAL-Projekten würden sich ebenfalls statistisch signifikante Unterscheide zwischen dem Bieterverhalten in der MAL-Periode und der post-MAL-Periode ergeben, spricht nicht dafür, dass die Veränderung des Bieterverhaltens auf andere Gründe als das MA-System zurückzuführen ist. Zwar ist dieses Testergebnis korrekt. Es geht aber von einer falschen Prämis-

[1011] Vgl. RPW 2008/1, 102 f. Rz 109 ff., Strassenbeläge Tessin.
[1012] Siehe auch Act. n° [...].
[1013] […].
[1014] […].
[1015] […].

se aus. So liegt der Interpretation des besagten Testergebnisses im Parteigutachten die Prämisse zugrunde, dass es bei tatsächlich vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten, für die sich in den MA-Listen keine Eintragungen betreffend Interessen finden, zu keiner gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfängers und der Höhe der Eingabesummen gekommen sein könne.[1016] Diese Prämisse ist indes falsch. Denn aus den vorliegenden Beweisen geht hervor, dass auch bei MAL-Projekten, bezüglich derer keine Interessensbekundungen in den MA-Listen eingetragen sind, welche aber unmittelbar nach einer MA-Sitzung durchgeführt wurden, eine Interessensabklärung zum Zwecke der Zuteilung und bisweilen auch eine Zuteilung stattfand (siehe insbesondere Rz 350 ff.). Berücksichtigt man – anders als das Parteigutachten – dieses zuletzt genannte Beweisergebnis, so ist es folgerichtig, dass sich selbst beim Vergleich des Bieterverhaltens betreffend tatsächlich ausgeführter, aber in den MA-Listen «unmarkierter», Projekte mit dem Bieterverhalten bei Strassen- und/oder Tiefbauprojekten in der post-MAL-Periode solche statistisch signifikanten Unterschiede ergeben. Das genannte Testergebnis bestätigt mithin das besagte Beweisergebnis.

847. Als Reaktion auf den Einwand, es gebe für die statistisch signifikanten Veränderungen des Bieterverhaltens andere Gründe als das MA-System (z. B. Veränderung des Vergabewesens, Einführung von SIMAP, Nachfragesteigerungen infolge Überschwemmungen in der Linth-Ebene),[1017] hat die WEKO eine Analyse des Bieterverhaltens der Drittunternehmen durchgeführt. Dabei ist zu betonen, dass diese Analyse einzig auf Daten und Überlegungen beruht, welche den Parteien bereits mit dem Antrag des Sekretariats zugestellt worden sind.[1018] Die Analyse betreffend das Verhalten von Drittunternehmen wurde mit Blick auf Folgendes durchgeführt: Wenn es andere externe Ursachen für die – unbestrittene – Veränderung des Bieterverhaltens der acht Unternehmen als das MA-System gegeben hätte, so müssten sich diese Ursachen auch auf das Bieterverhalten von anderen als den acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet ausgewirkt haben. Mit anderen Worten: Hätten z. B. Veränderungen des Vergabewesens, die Einführung von SIMAP und/oder Nachfragesteigerungen infolge der Überschwemmungen in der Linth-Ebene die Veränderungen des Bieterverhaltens verursacht, so müssten auch statistisch signifikante Veränderungen des Bieterverhaltens bezüglich solcher Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet zu beobachten sein, bei welchen ausschliesslich oder mehrheitlich Drittunternehmen Offerten eingereicht haben. Die Ergebnisse dieser Analyse sind im Folgenden dargestellt.

848. Bezüglich der folgenden Teilmengen des DOP wurden entsprechend der Ausführungen in Rz 847 die gleichen statistischen Tests durchgeführt wie schon in der statistischen Analyse des Sekretariats:[1019] Hinsichtlich aller DOP-Projekte, bei denen mehr als 50 % der eingereichten Offerten von anderen als den acht Unternehmen (=Drittunternehmen) stammten, wurde getestet, ob sich das Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen in der MAL-Periode vom Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen in der post-MAL-Periode in statistisch signifikanter Weise unterscheidet (Test 1). Zusätzlich wurde verglichen, ob sich das Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen bei DOP-Projekten aus der MAL-Periode, bei denen mehr als 50 % der eingereichten Offerten von Drittunternehmen stammten, in statistisch signifikanter Weise vom Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen bei allen DOP-Projekten aus post-MAL-Periode unterscheidet (Test 2). Beide Tests können mit den den Parteien zur Verfügung gestellten Daten und Akten nachvollzogen werden.[1020]

849. Sowohl bei Test 1 als auch bei Test 2 zeigen sich im Hinblick auf das Bieterverhalten der offerteinreichenden Unternehmen *keine* statistisch signifikanten Unterschiede zwischen den beiden Perioden.[1021] [1022] [1023] [1024] Demgegenüber hat die Analyse des Sekretariats gezeigt, dass insbesondere dann statistisch signifikante Unterschiede des Bieterverhaltens zwischen den beiden Perioden vorliegen, wenn Projekte getestet wurden, bei denen jeweils mindestens 65 % bzw. 80 % der Offerten von Mitgliedern der 8er-Gruppe eingereicht wurden.[1025] Wäre die Veränderung des Bieterverhaltens – wie es das Parteigutachten behauptet – auf andere Einflüsse als auf das MA-System zurückzuführen, so müssten diese Veränderungen entsprechend der Ausführungen in Rz 847 unabhängig davon auftreten, welche Unternehmen für ein Strassen- und Tiefbauprojekt eine Offerte einreichen. Mit anderen Worten: Hätten z. B. Veränderungen des Vergabewesens, die Einführung von SIMAP und/oder Nachfragesteigerungen infolge der Überschwemmungen in der Linth-Ebene den Markt beeinflusst, so hätten alle Marktteilnehmer in ihrem Bieterverhalten hiervorn gleichermassen beeinflusst sein müssen. Dies war offensichtlich nicht der Fall. Wie vom Sekretariat ausgeführt, zeigt die statistische Analyse anhand der Marker also die Auswirkungen des MA-Systems.

[1016] […].
[1017] […].
[1018] […].
[1019] Für weitere Details betreffend die statistischen Tests sei auf Act. n° […] verwiesen.
[1020] […].
[1021] Test 1: Die statistischen Tests angewandt auf den VK weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von 0.8104 und einen p-Wert von 0.4177 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.2089 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 1.0333 und einen p-Wert von 0.2360 auf. Somit ist die Nullhypothese nicht abgelehnt für diese beiden Tests (siehe auch Act. n° 593, Rz 99 ff.).
[1022] Test 1: Die statistischen Tests angewandt auf das RDM weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von - 0.9807 und einen p-Wert von 0.3267 für Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.1634 für Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 1.0000 und einen p-Wert von 0.2700 auf. Somit ist die Nullhypothese nicht abgelehnt für diese beiden Tests (siehe auch Act. n° 593, Rz 99 ff.).
[1023] Test 2: Die statistischen Tests angewandt auf den VK weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von - 0.0834 und einen p-Wert von 0.9335 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.4668 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 0.7217 und einen p-Wert von 0.6749 auf. Somit ist die Nullhypothese nicht abgelehnt für diese beiden Tests (siehe auch Act. n° 593, Rz 99 ff.).
[1024] Test 2: Die statistischen Tests angewandt auf das RDM weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von - 0.0744 und einen p-Wert von 0.9407 für Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.9407 für Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 0.6095 und einen p-Wert von 0.8514 auf. Somit ist die Nullhypothese nicht abgelehnt für diese beiden Tests (siehe auch Act. n° 593, Rz 99 ff.).
[1025] Act. n° […]. (insbesondere die Tabellen 15 bis 19 für *Tiefste Offerte von 8 U, 80 % von 8 U und 65 % von 8 U*).

850. Auch der Einwand, die statistisch signifikanten Unterschiede zwischen dem Bieterverhalten bei «Schutz»-Projekten und dem Bieterverhalten bei «Freigabe»-Projekten seien nicht auf die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen zurückzuführen, sondern darauf, dass sich die Anzahl der Offerten bei diesen Kategorien unterscheidet[1026], überzeugt nicht. Dieser Einwand beruht auf der Überlegung, dass es bei «Schutz»-Projekten häufiger eher wenige Offerten, bei «Freigabe»-Projekten hingegen häufiger eher viele Offerten gibt.[1027] Wären die statistisch signifikanten Unterschiede des Bieterverhaltens nur auf die Anzahl der Offerten zurückzuführen, so dürften bei einer Analyse der zeitlichen Entwicklung des Bieterverhaltens hinsichtlich Projekten mit nur wenigen offerteinreichenden Unternehmen – unabhängig davon, ob es sich um ein «Schutz»- oder ein «Freigabe»-Projekt handelt – keine statistisch signifikanten Veränderungen beobachtbar sein. Vor diesem Hintergrund hat die WEKO geprüft, ob hinsichtlich DOP-Projekten, bezüglich derer höchstens drei bzw. vier bzw. fünf Offerten eingereicht wurden, statistisch signifikante Veränderungen des Bieterverhaltens zwischen der MAL-Periode und der post-MAL-Periode beobachtbar sind. Für all diese Teilmengen wurden statistisch signifikante Veränderungen zwischen den Zeiträumen bejaht.[1028] [1029] [1030] Für die Veränderung des Bieterverhaltens kann mithin nicht die Anzahl der Offerten eine Rolle gespielt haben. Grund war vielmehr das MA-System (siehe auch oben Rz 849). Darüber hinaus bestätigen diese Ergebnisse die durch das Sekretariat dargestellte Theorie der statistischen Marker (siehe Act. n° [...], Rz 72 ff.).

851. Es sei an dieser Stelle ausserdem zu präzisieren, dass die Hypothesen des Sekretariats sowohl auf der ökonomischen Literatur als auch auf Beweisergebnissen aus dem Akten der Untersuchung beruhen (siehe Act. n° [...], Rz 72 ff., insbesondere Rz 86, Rz 90 und Rz 92 f.).

852. Soweit die Parteien beantragen, die statistische Analyse des Sekretariats sei entsprechend dem Vorbringen im Parteigutachten anzupassen, ist diesem Begehren folglich nicht nachzukommen. Es ist damit insbesondere anzunehmen, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen in der MAL-Periode bezüglich im Untersuchungsgebiet vergebener Strassen- und/oder Tiefbauprojekte vom Bieterverhalten der acht Unternehmen in der post-MAL-Periode hinsichtlich solcher Projekte in statistisch signifikanter Weise unterscheidet. Die Analyse zeigt damit Auswirkungen des MA-Systems.

e. Zwischenergebnis

853. Aus den (statistischen) Analysen der konsolidierten MAL, des DOP und auch der HA-Listen haben sich insbesondere folgende Ergebnisse ergeben:

- In der Zeit von Mitte 2004 bis Mitte 2009 erhielten die acht Unternehmen von den Kantonen St. Gallen und Schwyz sowie den Bezirken See-Gaster, March und Höfe Zuschläge für Strassen- und/oder Strassenbauprojekte im Wert von CHF 79.4 Mio. Damit erhielten die acht Unternehmen in dem genannten Zeitraum 57 % des gesamten Auftragsvolumens der von den genannten Stellen vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (CHF 79.4 Mio. von CHF 138.5 Mio.). Pro Jahr betrachtet schwankte der jährliche gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen zwischen 51 % und 63 %.
- Betrachtet man nur DOP-Projekte, mit denen ausschliesslich Strassenbauleistungen nachgefragt wurden, so beträgt der gemeinsame Umsatzanteil sogar 76 %. Festzuhalten ist auch, dass der gemeinsame Umsatz der acht Unternehmen grundsätzlich mit zunehmendem Wert der Projekte abnimmt. Immerhin haben die acht Unternehmen im massgeblichen Zeitraum bei Projekten mit einem Wert von über CHF 2 Mio. einen gemeinsamen Umsatzanteil von 59 % erzielt.
- Zwischen Mitte 2004 und Mitte 2009 führten die acht Unternehmen auf den MA-Listen insgesamt 750 Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet auf. Da nicht für alle diese Projekte der Gewinner ermittelt werden konnte, ist eine genaue Bezifferung des Gesamtauftragswerts nicht möglich. Der Gesamtauftragswert aller 750 Projekte muss aber über dem Gesamtauftragswert aller identifizierten Projekte (CHF 198 Mio.) gelegen haben.
- 78 % der im DOP dokumentierten öffentlichen Nachfrage der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Bezirke See-Gaster, March und Höfe nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen war zwischen 2004 und Mitte 2009 in den MA-Listen aufgeführt (CHF 108.3 Mio. von CHF 138.5 Mio.); Nachfragesteigerungen oder senkungen der öffentlichen Hand spiegelten sich in den MA-Listen wider.

[1026] […].
[1027] […].
[1028] Für die Submissionen mit maximal 3 Offerten: Die statistischen Tests angewandt auf den VK weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von 2.9005 und einen p-Wert von 0.0037 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.0019 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 1.8093 und einen p-Wert von 0.0029 auf. Somit ist die Nullhypothese für den VK abgelehnt. Die statistischen Tests angewandt auf das RDM weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von - 3.2360 und einen p-Wert von 0.0012 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von 0.0006 für die Hypothese 2. Der KS-Test weist einen Wert von 1.8795 und einen p-Wert von 0.0017. Somit ist die Nullhypothese für das RDM abgelehnt (siehe auch Act. n° [...], Rz 99 ff.).
[1029] Für die Submissionen mit maximal 4 Offerten: Die statistischen Tests angewandt auf den VK weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von -5.7548 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 1 auf und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 3.1621 und einen p-Wert von <0.0001 auf. Somit ist die Nullhypothese für den VK abgelehnt. Die statistischen Tests angewandt auf das RDM weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von - 5.2460 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 3.0583 und einen p-Wert von <0.0001 auf. Somit ist die Nullhypothese für das RDM abgelehnt (siehe auch Act. n° [...], Rz 99 ff.).
[1030] Für die Submissionen mit maximal 5 Offerten: Die statistischen Tests angewandt auf den VK weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von 6.3870 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 1 auf und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 3.4881 und einen p-Wert von <0.0001 auf. Somit ist die Nullhypothese für den VK abgelehnt. Die statistischen Tests angewandt auf das RDM weisen für den Mann-Whitney-Test einen z-Wert von – 5.3662 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 1 und einen p-Wert von <0.0001 für die Hypothese 2 auf. Der KS-Test weist einen Wert von 2.8851 und einen p-Wert von <0.0001 auf. Somit ist die Nullhypothese für das RDM abgelehnt (siehe auch Act. n° [...], Rz 99 ff.).

- 60–80 % der in den MA-Listen aufgeührten Projekte waren Projekte, bei welchen Belags- und/oder Pflästerungsarbeiten anfielen, welchen nur von Strassenbaufirmen durchgeführt werden konnten.
- Hinsichtlich nahezu aller 392 *identifizierten* Projekte (Gesamtauftragswert: CHF 198 Mio.), welche auf den MA-Listen aufgeführt waren, haben die Unternehmen Interessen geltend gemacht. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte Interessen geltend gemacht, dies ist jedenfalls für die Projekte anzunehmen, bezüglich derer in den MA-Listen Interessen der Unternehmen eingetragen sind. Damit wurde in über 392 Fällen zumindest der Versuch einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen unternommen.
- Die konsolidierte MAL zeigt weiter, dass allein unter Beteiligung der Hagedorn bezüglich 114 MAL-Projekten mit einem Gesamtauftragswert von über CHF 34 Mio. der Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen – von mindestens zwei der acht Unternehmen gemeinsam und vor Ablauf der Eingabefrist – festgelegt wurden.
- Aus der Analyse ergibt sich weiter, dass die acht Unternehmen 63 % aller identifizierten MAL-Projekte gewonnen haben. Sie haben damit 69 % des Gesamtauftragswertes aller identifizierten MAL-Projekte für sich verbucht.
- Bezüglich der identifizierten MAL-Projekte, hinsichtlich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), bestand eine Erfolgsquote von 77 %. Das heisst, dass in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. Die Einhaltungsquote lag bei 83 %.
- Das Bieterverhalten der Gesamtheit der acht Unternehmen betreffend öffentlich ausgeschriebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet unterscheidet sich für die MAL-Periode signifikant vom Bieterverhalten nach Mitte 2009 bezüglich vergleichbarer Projekte.

A.5.4.1.6 Zwischenergebnis betreffend das MA-System

854. Aus den vorliegenden Beweismitteln und den Angaben der Unternehmen ergibt sich hinsichtlich der Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems Folgendes: Die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Implenia bzw. deren Rechtsvorgängerin, die Batigroup, die Walo, die Reichmuth, die Toller sowie die Bernet Bau trafen sich – wie schon vor 2002 – von Anfang 2002 bis Mitte 2009 regelmässig, d.h. alle zwei bis vier Wochen, zu Marktabklärungssitzungen (MA-Sitzungen). Allein zwischen 2004 und Mitte 2009 fanden etwa 80 MA-Sitzungen statt.

855. Bis Ende 2007 nahmen alle Unternehmen regelmässig an den MA-Sitzungen teil. Im Ausnahmefall kam es vor, dass einzelne Unternehmensvertreter Sitzungen nicht besuchten. Grund hierfür war z. B. Ferienabwesenheiten oder ein mangelndes Interesse an aktuellen ausgeschriebenen Projekten. Zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 waren dann jedenfalls noch die De Zanet, die Hagedorn, die Implenia sowie die Walo regelmässig an stattfindenden MA-Sitzungen regelmässig anwesend. Es ist nicht beweisbar, dass die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller und die Bernet Bau zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 an jeder stattfindenden MA-Sitzungen anwesend waren. Auch die zuletzt genannten Unternehmen haben ihre Teilnahme indessen nicht vor Mitte 2009 vollständig eingestellt (betreffend die Anwesenheit der zuletzt genannten Unternehmen an MA-Sitzungen siehe Rz 423 ff., 457 ff., 479 ff., 515 ff.).

856. An den MA-Sitzungen wurde die jeweils aktuelle Marktabklärungsliste bzw. vor 2004 das aktuelle Submissionsprogramm besprochen. Diese Listen waren tabellarisch aufgebaute und ständig aktualisierte («dynamische») Listen, auf denen hauptsächlich Strassen- und Tiefbauprojekte aus den Gebieten See-Gaster, March und Höfe aufgeführt waren, welche in dem Gebiet aktuell ausgeschrieben waren oder von denen die Unternehmen wussten, dass sie künftig vergeben werden sollten. Mehrheitlich waren auf den MA-Listen öffentliche Bauprojekte aufgeführt. Es kam aber auch vor, dass (grössere) Projekte genannt waren, welche von privaten Stellen ausgeschrieben wurden.

857. Jedes der acht Unternehmen hatte aus seinem ihm zugewiesenen «Aufklärungsgebiet» wenn möglich alle Strassen- und/oder Tiefbauprojekte – zu Anfang des jeweiligen Jahres, daneben aber auch laufend – für die MA-Listen bei der De Zanet zu melden. Hinsichtlich der auf den MA-Listen aufgeführten Projekte konnten die acht Unternehmen an einer MA-Sitzung – vor Ablauf der Eingabefrist – Interessen geltend machen (dazu sogleich in Rz 859 f.). Hat ein Unternehmen in einer MA-Sitzung bezüglich eines Projekts ein Interesse geltend gemacht, so war dies auf der vor dem nächsten Treffen versendeten aktualisierten MA-Liste in der jeweiligen Unternehmensspalte vermerkt. Nicht vermerkt war eine solche Interessenbekundung auf einer versendeten MA-Listen dann, wenn die Eingabefrist des betreffenden Projekts an der MA-Sitzung, an der die nachfolgende MA-Liste besprochen werden sollte, bereits abgelaufen sein würde. Die MA-Listen wurden von der De Zanet jeweils aktualisiert und in der Regel ein bis zwei Tage vor der nächsten MA-Sitzung von ihr an Vertreter aller acht Unternehmen versendet.

858. Die Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen der MA-Listen und -Sitzungen zwischen Anfang 2002 und Mitte 2009 diente der einvernehmlichen Zuteilung der aufgelisteten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet. Mit ihr sollte ermöglicht werden, hinsichtlich der genannten Projekte einvernehmlich den Zuschlaggewinner und die Höhe der Gewinneroffertsumme sowie der Stützoffertsummen festzulegen.

859. Zu diesem Zweck klärten die acht Unternehmen an den MA-Sitzungen bezüglich der Strassen- und Tiefbauprojekte der MA-Listen vor Ablauf der Eingabefrist die

Interessenslage ab. Je nach Ergebnis der Interessensabklärung machten die acht Unternehmen an der MA-Sitzung bestimmte Festlegungen: Bisweilen legten sie an der MA-Sitzung bereits den Gewinner eines bestimmten Projekts fest oder entschieden auf «Freigabe». In den meisten Fällen bestimmten sie jedoch das «Lead»-Unternehmen, welches an separaten Verhandlungen die endgültige Festlegung des Gewinners sowie der Eingabesummen koordinieren sollte. In der Regel wurde ein solches Unternehmen als «Lead»-Unternehmen bestimmt, welches das betreffende Projekt auch gewinnen wollte.

860. Aus den äusseren Umständen der Zusammenarbeit und dem «systemkonformen» Verhalten aller acht Unternehmen kann gefolgert werden, dass diese acht Unternehmen auf die beschriebene Art und Weise zusammenarbeiten wollten.

861. Es ist bewiesen, dass alle acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – in den Jahren 2002 bis Mitte 2009 bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet an der gemeinsamen Festlegung des Gewinnunternehmens sowie der Höhe der Gewinneroffertsumme und der Stützoffertsummen beteiligt waren. Diese gemeinsamen Festlegungen liefen so ab, dass das an der MA-Sitzung bestimmte «Lead»-Unternehmen versuchte, sich an separaten Sitzungen, telefonisch, per E-Mail und/oder per Fax «Schutz» (Schutz durch alle an einer Submission beteiligte Unternehmen) oder zumindest «Teilschutz» (Schutz durch einige an einer Submission beteiligte Unternehmen) zu organisieren. Dies bedeutet, dass es versuchte, sich vor Ablauf der Eingabefrist mit anderen Unternehmen darüber zu einigen, dass es den Zuschlag für das gewünschte Projekt erhalten wird. Dazu haben die pro Projekt beteiligten Unternehmen jeweils die Höhe der Gewinnofferte und der Stützofferten gemeinsam festgelegt.

862. Eine derartige gemeinsame Festlegung funktionierte in einer Vielzahl von Fällen. Es gab aber auch Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet, bezüglich derer schon keine Einigung über den Gewinner und die Höhe der Offerten gelang oder hinsichtlich derer die Festlegung durch nicht an der Koordination beteiligte Strassenbauunternehmen (mittels tieferer Eingabesummen) unterlaufen wurde.

863. Bezüglich der Ergebnisse der statistischen Analysen sei auf das in Rz 853 dargestellte Beweisergebnis verwiesen.

A.5.4.2 «Das Eigenoffertsystem» (EO-System)

864. Wie bereits erläutert, haben die acht Unternehmen auch Eigenoffertlisten (EO-Listen) geführt, welche ebenfalls jeweils aktualisiert vor den MA-Sitzungen von der Implenia bzw. der Batigroup an die übrigen sieben Unternehmen versandt worden waren (siehe oben Rz 369 ff.). Nachfolgend werden Inhalt der EO-Listen und deren Verwaltung (Erstellung, Aktualisierung und Versand, siehe dazu Rz 911 ff.) sowie deren Zwecksetzung (siehe dazu Rz 924 ff.) erläutert. Anschliessend werden Beispiele für die Umsetzung des EO-Systems dargelegt (siehe dazu Rz 999 ff.). Der Abschnitt zum EO-System wird mit einem Zwischenergebnis abgeschlossen (siehe dazu Rz 1031 ff).

A.5.4.2.1 Inhalt der Eigenoffertlisten (EOL) und deren Verwaltung (Erstellung, Aktualisierung und Versand)

a. Begriff der Eigenofferte und deren Bedeutung

865. Zum besseren Verständnis des Inhalts der EO-Listen und des Aktualisierungsprozesses werden zunächst der Begriff der Eigenofferte und deren Bedeutung im Strassen- und Tiefbaugewerbe erläutert.

866. Unter einer Eigenofferte (nachfolgend EO) wird eine Offerte verstanden, bei der der Offerent im Vorfeld der Auftragsvergabe die Masse und Flächen aufnimmt, das Leistungsverzeichnis erstellt und einen Preisvorschlag für die Ausführung des Projekts einreicht.[1031] Man nennt diese Offerte eine «Eigenofferte», weil das Leistungsverzeichnis von dem Bauunternehmen selbst erstellt wird und nicht vom Bauherrn zur Verfügung gestellt wird. Eine Eigenofferte wird im Strassen- und/oder Tiefbaubereich – im Gegensatz z. B. zum Gartenbau – unentgeltlich erbracht, obwohl dies einen gewissen Aufwand für das betreffende Unternehmen darstellt.[1032]

867. EO werden vor allem durch private Bauherren verlangt, wenn diese einen bestimmten Bauauftrag vergeben wollen (z. B. Zufahrtsstrasse auf Privatgrundstück, Garagenvorplatz, etc.). Bei diesen Bauaufträgen handelt es sich in der Regel um Projekte mit kleinerem Auftragsvolumen (CHF 1‘000–200‘000). Wenn private Bauherren grössere Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ausführen möchten, wird meistens ein Ingenieurbüro für die Ausschreibung beauftragt. In diesem Fall verlangt das Ingenieursbüro keine EO mit Leistungsverzeichnis des Bauunternehmens, sondern erstellt selbst ein Leistungsverzeichnis, damit die Vergleichbarkeit der eingehenden Offerten gewährleistet ist.[1033]

868. Die öffentliche Hand verlangt in der Regel keine EO. Einzig bei kleinen Projekten, welche im freihändigen Verfahren oder im Einladungsverfahren vergeben werden, verlangt die öffentliche Hand bisweilen eine Eigenofferte.[1034] Bei Vergaben, welche im offenen Verfahren ausgeschrieben wurden, wird hingegen das Leistungsverzeichnis vom öffentlichen Bauherrn zur Verfügung gestellt wird, da ansonsten die Vergleichbarkeit der Offerten nicht gewährleistet ist.

869. Der öffentliche Bauherr verlangt für die Budgetierung von grossen Projekten oft auch einen Kostenvoranschlag von einem Bauunternehmen. Ein solcher Kostenvoranschlag ist eine grobe Schätzung ähnlich wie eine Eigenofferte, jedoch im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung weniger präzise.[1035] Bei Projekten, deren Auftragswerte über einem bestimmten Betrag liegt, werden daher keine Eigenofferten, sondern eher Kostenvoranschläge verlangt.

[1031] […].
[1032] […].
[1033] […].
[1034] […].
[1035] […].

870. Die Vergabe von Projekten nach dem Erhalt einer oder mehrerer Eigenofferten unterscheidet sich grundlegend von Vergaben, welche im freihändigen, Einladungs- oder offenen Verfahren durchgeführt werden. In den drei zuletzt genannten Fällen werden (in der Regel) mehrere Bauunternehmen gebeten, eine Offerte für die vom (öffentlichen) Auftraggeber beschriebene Leistung innerhalb einer bestimmten Eingabefrist einzureichen. Das Projekt wird dann in der Regel an eines der eingebenden Unternehmen vergeben. Eigenofferten werden hingegen auch verlangt, um überhaupt den Auftragswert abschätzen zu können. Dementsprechend holen Bauherren gestützt auf eine Eigenofferte häufig weitere Eigenofferten von anderen Unternehmen ein (auch Konkurrenzofferten genannt) ein. Gemäss der Walo gibt es aber auch viele Bauherren, die Bauarbeiten ohne die Einholung von Konkurrenzofferten vergeben.[1036] Das Projekt, für welches eine Eigenofferte erstellt wurde, wird zudem oft viel später oder auch gar nie ausgeführt. Der Zeithorizont und Bindung der Vergabe ist damit bei einer Eigenofferte viel lockerer als bei einer Vergabe nach den gesetzlichen Vergabeverfahren.

b. Beschreibung der EO-Listen

871. Nachfolgend werden die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden EO-Listen beschrieben. Für das Verständnis der Gesamtheit aller EO-Listen ist vorab darauf hinzuweisen, dass die EO-Listen wie die MA-Listen «dynamische» Listen waren (siehe dazu oben Rz 541). Das bedeutet, dass sie ständig um neue Eigenofferten der acht Unternehmen ergänzt wurden und dass Eigenofferten, bezüglich derer z. B. ein Unternehmen den Auftrag zur Durchführung des Projekts erhalten hat, von den EO-Listen gelöscht wurden.

872. Zur Erleichterung des Verständnisses der EO-Listen ist vorab ein Auszug aus einer EO-Liste, welche am 9. Juni 2009, d.h. zwei Tage vor der MA-Sitzung am 11. Juni 2009, von der Implenia an die anderen sieben Unternehmen versandt worden war:

	Offert datum	Standort	Projekt	Bauherr	KV	EO	KZ
						x	1
						x	1
						x	6
						x	1
						x	1
						x	1
						x	3
					x		3
						x	4
						x	1
						x	8
						x	8
						x	3
						x	6
						x	7
						x	4
						x	5
					x		7
						x	1
						x	3
						x	3
						x	7

Abbildung 52: Auszug aus Act. n° [...], S. 376

873. Den Wettbewerbsbehörden liegen über 80 EO-Listen aus dem Zeitraum zwischen 2002 und Mitte 2009 sowie alle jeweiligen Versand-E-Mails vor.[1037] Mit Blick auf diese Versand-E-Mails ist davon auszugehen, dass die Implenia den anderen sieben Unternehmen alle zwei bis vier Wochen – jeweils ein bis drei Tage vor den jeweiligen MA-Sitzungen – eine aktualisierte EO-Liste zustellte. Ab Anfang 2004 wurde von der Implenia für die jeweils versendete EO-Liste eine Nummer verwendet, welche – wie bei den MA-Listen (siehe dazu Rz 547) – mit der Kalenderwoche übereinstimmt, in der die jeweilige EO-Liste versendet worden ist. Die Wettbewerbsbehörden verwenden zur zeitlichen Identifizierung ebenfalls diese Bezeichnung (z. B. EOL 2009_24 für die EO-Liste aus der 24. Kalenderwoche des Jahres 2009).

874. Die Wettbewerbsbehörden nehmen an, dass ihnen für die Zeit zwischen Anfang 2009 und Mitte 2009 nicht alle von der Implenia versandten EO-Listen vorliegen, sondern die EO-Listen EO 2009_4 und 2009_9 sowie EO 2009_19 fehlen. Denn zum einen enthalten die EO-Listen 2009_11, 2009_14, 2009_16, 2009_22, 2009_24 Eigenofferten aus dem Jahr 2009, welche nicht erst für die zuletzt genannten Listen gemeldet worden sind, sondern laut Offertdatum bereits im Januar und Februar 2009 für die EO-Listen gemeldet worden sein müssen (z. B. Projekte mit den EO Nr. 1543, 1547, 1548, 1555, 1557, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569, 1570, 1571, 1572, 1574, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582, 1583, 1584, 1585, 1586, 1587, 1589, 1591, 1592, 1593, 1594, 1595, 1596 der EOL 2009_11). Zum anderen ist anzunehmen, dass auch die EO 2009_19 vor dem Treffen am 7. Mai 2009 zwar versendet wurde, aber nicht sichergestellt werden konnte. Denn auf der späteren EO 2009_22 vom 26. Mai 2009 sind Projekte aufgeführt, welche auf dieser Liste *nicht* als neu gekennzeichnet werden, obwohl sie auf der EO 2009_16 von Mitte April 2009 noch gar nicht aufgeführt waren (z. B. Projekt mit

[1036] […].
[1037] […].

der Nr. 1662 mit dem Offertdatum vom 28. April 2009). Zwischen diesen beiden Listen muss also eine EO-Liste versendet worden sein, auf der z. B. das Projekt mit der Nr. 1662 als neu gekennzeichnet worden war. Es ist anzunehmen, dass diese EO-Liste vor der MA-Sitzung am 7. Mai 2009 versendet wurde.

875. Die in den EO-Listen dokumentierten Inhalte haben sich über die Jahre kaum verändert. Die erste Spalte «NR.» gilt der Nummerierung der EO (nachfolgend: EO Nr.). Vor dem 27. Februar 2007 ist die Nummerierung der EO-Listen jeweils fortlaufend, d. h. die Eigenofferten wurden pro EO-Liste je nach Projektort («Standort», z. B. «[Gemeinde B im Bezirk March]», «[Gemeinde L im Bezirk See-Gaster]», etc.) eingeordnet, wobei alle pro Projektort abgegebenen Eigenofferten ausgehend vom Offertdatum chronologisch geordnet wurden. Die so geordneten Eigenofferten wurden dann pro EO-Liste durchnummeriert. Wurden Eigenofferten neu auf eine Liste aufgenommen oder gestrichen, so bekamen die bereits zuvor auf einer EO-Liste stehenden Eigenofferten eine neue Nummer zugeteilt, weil es zu Verschiebungen kam. Dies führte dazu, dass keiner Eigenofferte eine feste Nummer zugeordnet war, sondern dass ein und dieselbe Eigenofferte, welche auf mehreren Listen aufgeführt ist, dort unterschiedliche Nummern trug. Die vorliegenden EO-Listen zeigen, dass sich dies ab dem 27. Februar 2007 geändert hat. Zwar wurden die Eigenofferten weiter je nach Projektort (z. B. «[Gemeinde B im Bezirk March]», «[Gemeinde L im Bezirk See-Gaster]» etc.) und aufsteigend je nach Offertdatum eingeordnet, jedoch vergab die zuständige Angestellte der Implenia für jedes Projekt eine feste Nummer. Alle seit dem 27. Februar 2007 versandten EO-Listen enthalten somit pro Projekt eine unveränderliche «Kennzahl» (vgl. 1. Spalte des in Rz 872 abgebildeten EO-Listen-Ausschnitts).

876. Das Datum in der Spalte «Offert datum» bezieht sich entweder auf den Tag, an welchem das angefragte Unternehmen um eine Eigenofferte angefragt wurde, oder auf den Tag, an welchem die Eigenofferte eingereicht wurde.

877. Die Spalten drei bis fünf dienen der Identifikation des Projekts, für welches eine Eigenofferte erstellt wurde. Die Spalte «Standort» nennt die Gemeinde, in welcher das Projekt ausgeführt wird. Aus dieser Spalte ist erkennbar, dass es sich um (fast) die gleichen Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe wie bei der MAL handelt.[1038] In der Spalte «Projekt» wird die auszuführende Arbeit beschrieben und aus der Spalte «Bauherr» sind der Name des privaten Bauherrn oder des öffentlichen Auftragsgebers sowie (teilweise) dessen Adresse eingegeben. Die Mehrheit der Eigenofferten, die sich auf den EOL befinden, wurde von einem privaten Bauherrn nachgefragt. Wenn ein öffentlicher Bauherr aufgeführt ist, dann handelt es sich ausschliesslich um Gemeinden.

878. Die Spalten sechs und sieben sind mit «KV» und «EO» überschrieben. Gemäss Implenia steht ersteres für «Kostenvoranschlag» und «EO» für Eigenofferte.[1039] Da keine gegenteiligen Stellungnahmen der Verfahrensparteien vorliegen und für ein anderes Verständnis auch keine anderen objektiven Beweismittel sprechen, ist anzunehmen, dass diese Angaben zutreffen. Mittels der Eintragung eines «x» in den beiden Spalten konnte also pro Offerte vermerkt werden, ob lediglich einen groben Überblick über die zu erbringenden Leistungen und den entsprechenden Preis (=Kostenvoranschlag) und/oder ob (später) das offerteinreichende Unternehmen ein eigenes detailliertes Leistungsverzeichnis (= Eigenofferte) erstellt hat (siehe zur Unterscheidung Eigenofferte und Kostenvoranschlag Rz 869).[1040] Bei einem summarischen Überblick über alle EO-Listen ist ersichtlich, dass mehrheitlich Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet wurden.

879. Die letzte Spalte ist mit «KZ» überschrieben und steht nach der Überzeugung der Wettbewerbsbehörden für «Kurzzeichen». In diese Spalte wurde eingetragen, welches Unternehmen die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat. Derartige Angaben machte die Implenia sowie die Toller.[1041] Laut der Implenia waren in der Spalte mehrere Unternehmen bzw. deren Kennzahlen (siehe zur «Aufschlüsselung» der Kennzahlen oben Rz 285 ff.) bzw. – bis zum 30. März 2004 – deren Kürzel (siehe dazu sogleich) eingetragen, wenn zwei Unternehmen gleichzeitig bzw. nacheinander eine EO eingereicht haben.[1042] Da keine gegenteiligen Stellungnahmen der Verfahrensparteien vorliegen und für ein anderes Verständnis auch keine anderen objektiven Beweismittel sprechen, ist anzunehmen, dass die Angaben der Implenia und der Toller zutreffen. Hinzuweisen ist darauf, dass die acht Unternehmen in der Spalte «KZ» bis zum 30. März 2004 durch ihre Kürzel (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) identifiziert worden waren (siehe zur «Aufschlüsselung» dieser Kürzel auch Rz 178, 268).[1043] In der E-Mail vom 27. April 2004, in deren Anhang die Implenia zum ersten Mal eine EO-Liste mit Ziffern anstatt Unternehmenskürzeln versandt hat, trug das angehängte Excel-Dokument den Titel «neue Struktur.xls.».[1044]

c. Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen bei der Implenia

880. In den nachfolgenden Ausführungen wird beschrieben, wie und (teilweise) in welchem Umfang die acht Unternehmen ihre Eigenofferten bei der Implenia meldeten.

881. Soweit sich die acht Unternehmen dazu geäussert haben, haben sie angegeben, dass sie Eigenofferten, welche sie in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe erstellt haben, an die Implenia gemeldet hätten.[1045] Dass nicht alle Unternehmen Eigenofferten gemeldet haben, wird von keiner Verfahrenspartei behauptet. Auch aus den über 80 sichergestellten EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 geht hervor, dass alle acht Unternehmen in dem genannten Zeitraum Eigenofferten, welche sie für Projekte im Untersuchungsgebiet erstellt haben, für die EO-Listen gemeldet haben. Letzteres ist damit als bewiesen anzusehen.

[1038] In den EOL gibt es noch ein paar wenige Gemeinden wie etwa [zwei Teilgemeinden im Bezirk See-Gaster] oder [Gemeinde im Bezirk Hinwil], die nicht auf der MAL enthalten sind.
[1039] […].
[1040] […].
[1041] […].
[1042] […].
[1043] […].
[1044] […].
[1045] […].

882. Aus den vorliegenden Angaben der acht Unternehmen sowie den objektiven Beweismitteln geht hervor, dass die acht Unternehmen ihre Eigenofferten jedenfalls per Fax oder E-Mail an [Mitarbeiter der Implenia], […] von Implenia, gemeldet haben.[1046] Gemäss [Mitarbeiter der Implenia] wurden die Eigenofferten zu Beginn ihrer Tätigkeit hauptsächlich per Fax gemeldet und in den späteren Jahren der EO-Listen vermehrt per E-Mail.[1047] Mit Blick auf die Angaben der Walo ist anzunehmen, dass es auch vorkam, dass Eigenofferten an der MA-Sitzung gemeldet wurden.[1048]

883. Die Meldung der Eigenofferten an [Mitarbeiter der Implenia] per Fax oder per E-Mail konnte gemäss den Beweismitteln jederzeit erfolgen. Sollte eine Eigenofferte allerdings noch in diejenige EO-Liste aufgenommen werden, welche vor der nächsten MA-Sitzung versendet wurde, so musste die Meldung bis zum dem «Abgabetag» geschehen, welcher in den MA-Programmen festgelegt war (siehe dazu auch oben Rz 297 f.). Letzteres ist zum einen aus den Angaben der Implenia zu folgern, welche derartiges ausgesagt hat.[1049] Zum anderen liegen objektive Beweismittel vor, welche diese Behauptung stützen. So erinnerte [Mitarbeiter der Implenia] in einer E-Mail vom 15. Januar 2007 die anderen Unternehmen an die Bedeutung der Einhaltung der Abgabetage. In dieser E-Mail heisst es:

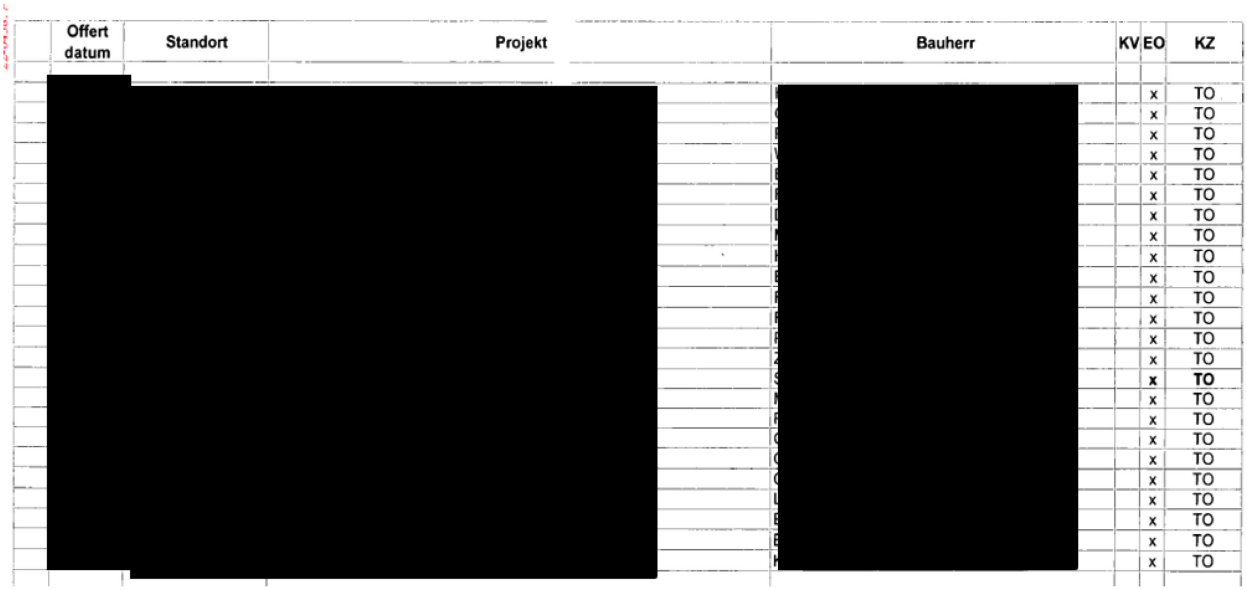
> *«Ich bitte Sie auch die Meldetermine Freitag-Nachmittag, oder spätestens Montag-Morgen unbedingt einzuhalten.»*[1050]

884. Kommt hinzu, dass die EO-Listen von [Mitarbeiter der Implenia] tatsächlich stets erst nach den in den MA-Programmen festgelegten «Abgabetagen» versandt worden waren.

885. Mit Blick auf die objektiven Beweismittel und die Angaben der Walo ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen eine Eigenofferte nicht jeweils im Zeitpunkt der Einreichung der Eigenofferten beim Bauherrn für die EO-Listen meldeten, sondern aktuelle Eigenofferten en bloc (und rechtzeitig) an die Implenia übersandten. Dies wurde auch durch die Walo bestätigt, welche in ihrer Ergänzung der Selbstanzeige angab, [dass sie nur Eigenofferten gemeldet habe, welche noch einzugeben gewesen seien oder bei denen der Zuschlag noch nicht erfolgt gewesen sei. Eigenofferten, für die die Selbstanzeigerin bereits den Zuschlag erhalten habe, habe sie gar nicht mehr für die Eigenoffertlisten gemeldet].[1051]

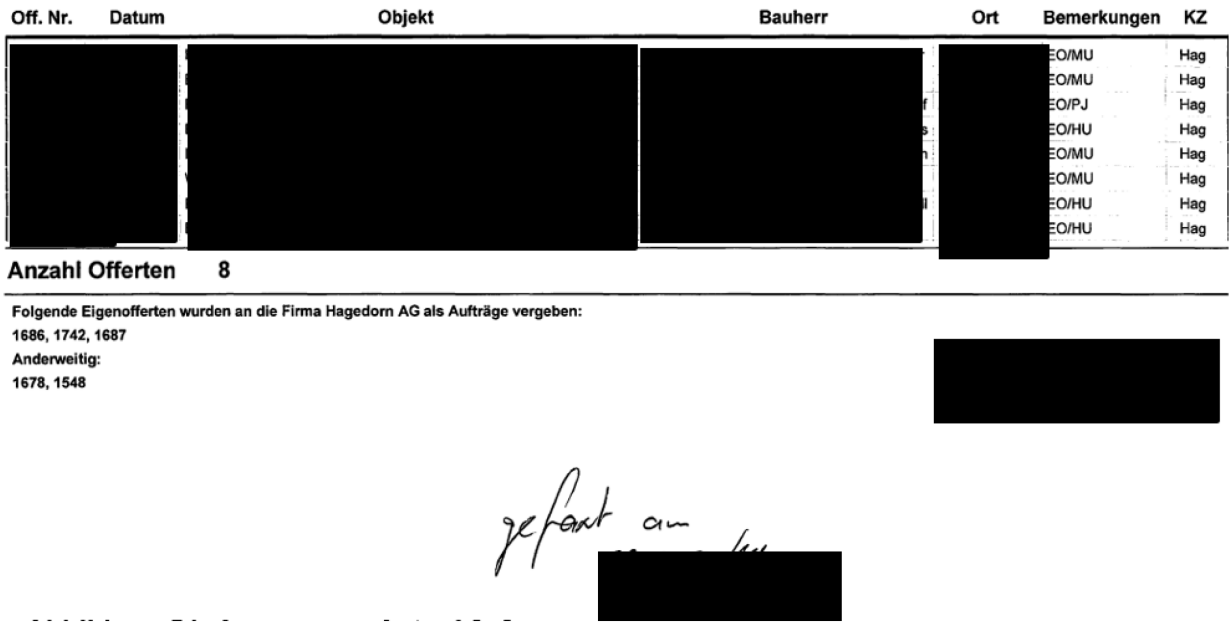
886. Dies ist in beweismässiger Hinsicht überzeugend, weil die objektiven Beweismittel en bloc-Meldungen von Eigenofferten verschiedener Daten enthalten und weil nur eine Meldung von Eigenofferten bezüglich noch nicht vergebener Projekte mit Blick auf den Zweck der EO-Listen, gemeldete Projekte gegenüber dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu schützen (siehe dazu unten Rz 927 ff.), sinnvoll erscheint. Denn wenn das Projekt bereits vergeben war oder der Bauherr ohnehin keine Konkurrenzofferte einholen wollte, so wäre eine Meldung für die EO-Listen funktionslos. Es liegen zudem mehrere Meldungen von Eigenofferten an [Mitarbeiter der Implenia] vor, aus denen hervorgeht, dass eine Meldung en bloc erfolgte und die Meldung Eigenofferten unterschiedlicher Daten beinhaltete.[1052] Zur Illustration zeigen die nachfolgenden Abbildungen exemplarisch eine Eigenoffertmeldung von Toller an [Mitarbeiter der Implenia] vom 24. Januar 2005[1053] und eine Offertmeldung von Hagedorn an [Mitarbeiter der Implenia] vom 22. Juni 2009[1054]. Diese Meldungen enthalten eine Liste von Bauobjekten mit den folgenden Angaben: Datum, Bezeichnung des Bauobjekts, den Namen des Bauherrn, Eigenofferte (EO) oder Kostenvoranschlag (KV) und Buchstaben (z. B. TO) bzw. einer Ziffer (1 bis 8) für das Unternehmen, welches die EO meldete. Eine (geschätzte) Summe für das Bauobjekt ist weder in den Eigenoffertmeldungen noch in den EO-Listen angegeben. Die Anzahl von gemeldeten Bauobjekten variiert stark. Teilweise wurde nur eine Eigenofferte gemeldet, teilweise aber auch grossen Mengen.

[1046] […].
[1047] […].
[1048] […].
[1049] […].
[1050] […].
[1051] […].
[1052] Act. n° [...], (2 Meldungen von HA im Jahr 2009); Act. n° [...], (eine Meldung von DZ im Jahr 2009), Act. n° [...] (18 Meldungen von Toller der Jahre 2004 und 2005); Act. n° […] (51 Meldungen von DZ, OB, WB, RE und TO der Jahre 2002, 2003, 2004 und 2008).
[1053] Die Offertmeldung von Toller vom 24. Januar 2005 ist besonders lang, weil es sich um die erste Meldung des Jahres 2005 handelt, wo alle noch aktuellen EO (aus dem vorherigen Jahr in die neue EOL zu übernehmen) aufgeführt sind.
[1054] […].



Offert datum	Standort	Projekt	Bauherr	KV	EO	KZ
[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]		x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO
					x	TO

Abbildung 53: Auszug aus Act. n° [...]



Off. Nr.	Datum	Objekt	Bauherr	Ort	Bemerkungen	KZ
[redacted]		[redacted]	[redacted]	[redacted]	EO/MU	Hag
					EO/MU	Hag
					EO/PJ	Hag
					EO/HU	Hag
					EO/MU	Hag
					EO/MU	Hag
					EO/HU	Hag
					EO/HU	Hag

Anzahl Offerten 8

Folgende Eigenofferten wurden an die Firma Hagedorn AG als Aufträge vergeben:
1686, 1742, 1687
Anderweitig:
1678, 1548

[redacted]

gefaxt am [redacted]

Abbildung 54: Auszug aus Act. n° [...]

887. Wie die Abbildung zeigt, teilten gewisse Unternehmen der Implenia auch mit, welche Projekte – an das meldende Unternehmen oder anderweitig – vergeben wurden[1055] Dabei nannten die Unternehmen meistens nur die Nummer des Bauobjekts.

888. Laut den objektiven Beweismitteln wurde bei gewissen Unternehmen (Walo[1056], Reichmuth[1057]) auch intern mittels betrieblicher Anweisungen dafür Sorge getragen, dass die aktuellen Eigenofferten auch für die EO-Listen gesammelt wurden und eine Meldung an die Implenia bzw. Batigroup erfolgte. Die Meldungen für die Eigenoffertlisten wurden also für den betrieblichen Ablauf festgehalten.

889. Auf die Anzahl und den Wert der gemeldeten Eigenofferten wird (soweit möglich) gesondert eingegangen (siehe dazu unten Rz 893 ff.). An dieser Stelle sei nur vorab darauf hingewiesen, dass alle acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 regelmässig Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben. Selbst für die zeitlich letzte vorliegende EOL 2009_24 aus dem Juni 2009 haben alle acht Unternehmen neue Projekte gemeldet. Die nachfolgende Tabelle nennt pro Unternehmen die für die EOL 2009_24 gemeldeten Projekte (Anzahl und EO Nr. laut EO-Liste) sowie die Anzahl der in den sichergestellten EO-Listen dokumentierten Eigenofferten, welche zwischen Anfang 2009 und Juni 2009 erstellt und dann von den acht Unternehmen für die EO-Listen gemeldet wurden.

[1055] Vgl. die in Fn 1057 genannten Beweismittel.
[1056] Act. n° [...], «*Eigenoffertliste an Batigroup mailen gem. Übersichtsliste*».
[1057] Act. n° [...]: «*Eigenofferten schreiben Offerten melden im STV [STV steht für Strassenbauvereinigung]*».

Unternehmen	EO 2009_24, EO Nr.	Anzahl EO (01/2009 bis 06/2009)[1058]
De Zanet (1)	9 (1767, 1762, 1766, 1761, 1760, 1768, 1763, 1764, 1765)	61[1059]
Hagedorn (2)	3 (1228, 1741, 1742)	38[1060]
Oberholzer (3)	7 (1754, 1758, 1759, 1755, 1756, 1757, 1753)	17[1061]
Implenia (4)	5 (1740, 1228, 1737, 1738, 1739)	29[1062]
Walo (5)	2 (1743, 1744)	6[1063]
Reichmuth (6)	6 (1751, 1747, 1748, 1749, 1752, 1750)	25[1064]
Toller (7)	3 (1471, 1745, 1746)	33[1065]
Bernet Bau (8)	1 (1485)	6[1066]
Summe	**36**	**214**

Tabelle 26: Gemeldete Eigenofferten 2009

890. In der letzten Zeile sind die jeweiligen Gesamtzahlen angegeben. Zu beachten ist, dass die Gesamtanzahl der zwischen Anfang 2009 und Mitte 2009 Unternehmen erstellten und auch gemeldeten Eigenofferten (3. Spalte) nur eine Mindestangabe darstellt. Denn wie erläutert, liegen den Wettbewerbsbehörden für den genannten Zeitraum nicht alle EO-Listen vor (siehe dazu Rz 874). Für die nicht vorliegenden EO-Listen (EOL 2009_4, 2009_9 und 2009_19) könnten jeweils Eigenofferten gemeldet worden sein, welche auf der zeitlich nachfolgenden EO-Listen bereits nicht mehr aufgeführt sein könnten, weil der Auftrag vor dem nächsten Abgabetermin bereits erteilt worden wäre. Dass die Gesamtzahl der gemeldeten Eigenofferten in der Zeit zwischen Januar 2009 und Mitte 2009 über 200 lag, wird auch mit Blick auf die laufenden Projektnummern plausibilisiert. Denn die Anfang 2009 erstellten und gemeldeten Eigenofferten tragen Projektnummern im Bereich 1540, während Eigenofferten, welche im Juni 2009 erstellt und gemeldet wurden Projektnummern im Bereich 1760 tragen. Da jedes neu gemeldete Projekt laufend eine neue (höhere) Projektnummer erhielt (siehe oben Rz 879) ist daraus zu folgern, dass zwischen Anfang 2009 und Juni 2009 etwa 220 Eigenofferten gemeldet worden sind.

891. Wie Tabelle 26 zeigt, haben sämtliche acht Unternehmen bis zum Ende der Zusammenarbeit im Juni 2009 Eigenofferten an [Mitarbeiter der Implenia] gemeldet. Somit waren alle acht Unternehmen bis zum Ende am EOL-System aktiv beteiligt. Soweit dies feststellbar ist (siehe dazu oben Rz 890), haben im Jahr 2009 die De Zanet (61 Eigenofferten), die Hagedorn (38), die Toller (33), die Implenia (29) sowie die Reichmuth (25) den Grossteil der zwischen Anfang 2009 und Mitte 2009 in den vorliegenden EO-Listen aufgeführten Eigenofferten gemeldet.

892. Die Reichmuth-Gesellschaften führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats aus, die Interpretation der EO-Listen beruhe auf der Unkenntnis des Marktgeschehens: Solche Listen würden von den Bauherren publiziert.[1067] Was die Reichmuth-Gesellschaften hiermit ausdrücken wollen, ist nicht ganz verständlich.

[1058] EO 2009_11 (Act. n° [...], S. 479 ff.), EO 2009_14 (Act. n° [...], S. 348 ff.), EO 2009_16 (Act. n° [...], S. 54 ff.), EO 2009_22 (Act. n° [...], S. 360 ff.), EO 2009_24 (Act. n° [...], S. 374 ff.).

[1059] EO Nr. 1487, 1486, 1590, 1586, 1588, 1589, 1585, 1587, 1591, 1592 (EO 2009_11); 1603, 1599, 1602, 1600, 1604, 1601 (EO 2009_14); 1641, 1639, 1648, 1640, (EO 2009_16), 1717, 1722, 1734, 1720, , 1716, 1718, 1723, 1732, 1733, 1735, 1729, 1714, 1730, 1731, 1715, 1719, 1724, 1725, 1726, 1727, 1728, 1721, 1678, 1698, 1736, 1676, 1672, 1673, 1674, 1675, 1677, 1682 (EO 2009_22), 1767, 1762, 1766, 1761, 1760, 1768, 1763, 1764, 1765 (EO 2009_24).

[1060] EO Nr. 1488, 1491, 1489, 1490, 1547, 1548 (EO 2009_11), 1621, 1626, 1620, 1622, 1624, 1625, 1623 (EO 2009_14), 1644, 1645, 1646, 1647, 1648, 1649, (EO 2009_16), 1692, 1696, 1678, 1691, 1693, 1694, 1695, 1697, 1685, 1686, 1687, 1679, 1684, 1568, 1681, 1682, (EO 2009_22), 1228, 1741, 1742 (EO 2009_24).

[1061] EO Nr. 1593 (EO 2009_11), 1619, 1618 (EO 2009_14), 1638 (EO 2009_16), 1700, 1698, 1699,1663, 1666, 1664 (EO 2009_22), 1754, 1758, 1759, 1755, 1756, 1757, 1753 (EO 2009_24).

[1062] Nr. 1478, 1566, 1543, 1567, 1564, 1574, 1568, 1565 (EO 2009_11), 1629, 1597, 1627, 1628, 1598, (EO 2009_14). 1630, 1631 (EO 2009_16), 1720, 1690, 1689, 1688, 1678, 1654, 1653, 1568, 1682 (EO 2009_22), 1740, 1228, 1737, 1738, 1739 (EO 2009_24).

[1063] EO Nr. 1702, 1703, 1701, 1661 (EO 2009_22), 1743, 1744 (EO 2009_24).

[1064] EO Nr. 1479, 1555, 1570, 1576, 1557, 1569, 1572 (EO 2009_11), 1615, 1616, 1612, 1613, 1614, 1617 (EO 2009_14), 1642, 1643 (EO 2009_16), 1705, 1704, 1707, 1706 (EO 2009_22), 1751, 1747, 1748, 1749, 1752, 1750 (EO 2009_24).

[1065] EO Nr. 1482, 1484, 1485, 1481, 1483, 1581, 1578, 1579, 1582, 1577, 1583, 1584 (EO 2009_11) 1611, 1608, 1607, 1606, 1610, 1605, 1609 (EO 2009_14), 1634, 1637, 1633, 1635, 1636 (EO 2009_16), 1709, 1708, 1710, 1711, 1712, 1713, 1658 (EO 2009_22), 1471, 1745, 1746 (EO 2009_24).

[1066] EO Nr. 1596, 1595, 1594 (EO 2009_11), 1632 (EO 2009_16), 1662 (2009_22), 1485 (EO 2009_24).

[1067] […].

Die Wettbewerbsbehörden haben keine Kenntnis davon, dass die EO-Listen von Bauherren erstellt und veröffentlich worden sein könnten. Derartiges wurde im Untersuchungsverfahren von keiner der Verfahrensparteien vorgebracht. Die Reichmuth-Gesellschaften sind auch die einzigen, welche Derartiges in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats behauptet haben. Es ist daher als erstellt anzusehen, dass die Unternehmen ihre Eigenofferten bei der Implenia meldeten und dass diese dann die jeweils aktuelle Eigenofferte daraus erstellte und an Vertreter aller acht Unternehmen versandte (siehe dazu auch Rz 911 ff.). Die Reichmuth-Gesellschaften führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats weiter aus, es bestünden keine Hinweise darauf, dass die Reichmuth Eigenofferten eingereicht habe.[1068] Diese Behauptung muss angesichts der Eintragungen in den EO-Listen als Schutzbehauptung behandelt werden. Denn aus den Eintragungen in den sichergestellten EO-Listen geht hervor, dass die Reichmuth Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet hat (siehe Rz 891, 893 ff.).

d. Anzahl und Wert der gemeldeten Eigenofferten

893. Nachfolgend finden sich vertiefende Angaben zur Anzahl der gemeldeten Eigenofferten sowie zum Auftragswert der betreffenden Projekte. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass die folgenden Ausführungen dazu allenfalls Mindestangaben und teilweise Schätzungen enthalten. Denn es konnten nicht alle EO-Listen sichergestellt werden, die Anzahl der insgesamt gemeldeten Eigenofferten ist sehr gross, es handelt sich in der Regel um privat vergebene Aufträge und schliesslich konnte für die Projekte, bezüglich derer Eigenofferten erstellt und gemeldet wurden, nicht ermittelt werden, wer letztlich den Zuschlag erhalten hat. Letzteres zum einen deshalb, weil anders als bezüglich der MA-Listen keine Informationen von den Bauherren – diesbezüglich war insbesondere der DOP von Nutzen (siehe dazu oben Rz 754 ff.) – vorlagen und zum anderen, weil es praktisch nicht realisierbar ist, alle in den EO-Listen aufgeführten Bauherren hinsichtlich der EOL-Projekte zu befragen.

894. Die Unternehmen haben teilweise Angaben zur Anzahl der gemeldeten Eigenofferten gemacht. So gab die bei der Batigroup bzw. Implenia für die Verwaltung der EO-Listen zuständige Person an, dass sie pro Monat etwa 20 Eigenofferten aufnahm.[1069] So ergibt sich daraus eine Meldungszahl von 240 Eigenofferten pro Jahr.

895. Was das individuelle Meldungsverhalten angeht, haben die Unternehmen nur vage Angaben gemacht.[1070] Es heisst, das Meldeverhalten sei «unterschiedlich» gewesen, oder aber die Unternehmen geben an, sie hätten «unregelmässig» Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet. Die Toller hat angegeben, sie habe (vor allem am Ende der Zusammenarbeit) die EO-Listen «nicht sauber nachgeführt» und nur 2 bis 3 Projekte für die EO-Listen gemeldet, wenn sich die anderen Unternehmen über das mangelnde Meldeverhalten der Toller beklagt hätten.[1071] Würde dies zutreffen, so wäre anzunehmen, dass die Toller jährlich etwa acht bis 12 Projekte gemeldet hätte (bei vier Beschwerden pro Jahr über mangelndes Meldeverhalten). An anderer Stelle gibt die Toller sodann an, dass sie etwa 26 Eigenofferten pro Jahr für die EO-Listen gemeldet habe.[1072] Aus den Ausführungen der Toller geht aber auch hervor, dass es eine Zeit gegeben hat, in der die Toller ihre gerechneten Eigenofferten «lückenlos an Implenia» gemeldet habe.[1073]

896. Nachfolgend wird anhand der objektiven Beweismittel eruiert, wie viele Eigenofferten jährlich (pro Unternehmen) gemeldet wurden. Dabei ist die tatsächliche Anzahl der insgesamt pro Jahr gemeldeten Eigenofferten zumindest für den Zeitraum 2002 bis 2006 nicht einfach zu eruieren, da den Wettbewerbsbehörden für diese Zeit weder alle EO-Listen vorliegen (aus dem Jahr 2005 nur zwei EO-Listen), noch den EO-Projekten vor 2007 eine feste Kennzahl zugewiesen ist (siehe oben Rz 875).

897. Um dennoch annäherungsweise eine Mindestanzahl der pro Jahr gemeldeten Eigenofferten zu erhalten, kann für die Zeit ab dem 27. Februar 2007 die Differenz zwischen der tiefsten neu vergebenen EO-Kennzahl eines Jahres und der höchsten neu vergebenen EO-Kennzahl desselben Jahres berechnet werden. Diese Zahl zeigt, wie viele unterschiedliche Eigenofferten innerhalb eines Jahres auf den EO-Listen aufgeführt waren. Denn ab dem genannten Datum war jeder Eigenofferte eine individuelle Kennzahl zugeordnet, welche je nach Meldungszeitpunkt von [Mitarbeiter der Implenia] vergeben wurde (siehe oben Rz 875). Das Ergebnis dieser Berechnung findet sich in der nachfolgenden Tabelle abgebildet:

[1068] […].
[1069] […].
[1070] […].
[1071] […].
[1072] […].
[1073] […].

Jahr	Tiefste neu vergebene Nummer des entsprechenden Jahres	Höchste neu vergebene Nummer des entsprechenden Jahres	Differenz
2007	423[1074]	961[1075]	539
2008	988[1076]	1‘541[1077]	553
Bis Mitte Juni 2009	1478[1078]	1768[1079]	290[1080]

Tabelle 27: Gemeldete Eigenofferten 2007, 2008 und 2009

898. Wie erläutert, liegen für das Jahr 2009 nur EO-Listen bis Mitte des Jahres vor. Die Zahl für das Jahr 2009 weicht dabei von der in Rz 889 genannten Gesamtzahl ab, weil in dieser Randziffer für das Jahr 2009 nur solche Projekte berücksichtigt wurden, welche eine Offertdatum aus dem Jahr 2009 aufweisen. Die in der oben genannten Tabelle aufgeführte Anzahl berücksichtigt hingegen für das Jahr 2009 auch Eigenofferten, welche Ende Jahr 2008 eingereicht wurden, welche aber im Jahr 2009 noch aktuell waren, d.h. bezüglich derer der Zuschlag noch nicht erfolgt ist, oder deren Löschung nicht beantragt worden war. Unabhängig davon passen beide Zahlen des Jahres 2009 ins Bild, da sie in etwa halb so gross sind wie jeweils die Zahlen für die Jahre 2007 und 2008.

899. Gestützt auf Tabelle 27 ist in beweismässiger Hinsicht davon auszugehen, dass die Vertreter der acht Unternehmen ungefähr 500 bis 600 Eigenofferten pro Jahr für die EO-Listen meldeten. Pro Unternehmen und Jahr wurde also im Durchschnitt ca. 75 Eigenofferten gemeldet.

900. Mit Blick auf die Übersicht in Rz 889 ist die Behauptung der Toller, sie habe nur nach entsprechenden Rügen etwa 2 bis 3 Projekte für die EO gemeldet (siehe oben Rz 895), als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Denn die Toller hat allein zwischen Januar 2009 und Anfang Juni 2009 33 Eigenofferten für acht EO-Listen (EOL 2009_4, 2009_9, 2009_11, 2009_14, 2009_16, 2009_19, 2009_22, 2009_24) gemeldet. Dies ergibt eine durchschnittliche Meldungsanzahl von 4.5 pro EO-Liste. Auch zeigen die EO-Listen der sonstigen Jahre, dass die Toller tatsächlich mehr als 2 bis 3 Projekte *nach einer Rüge* für die EO-Listen gemeldet hat. So hat die Toller laut den vorliegenden EO-Listen z. B. im Jahr 2008 – d. h. in dem Jahr, in dem sich die Toller angeblich mit den anderen Unternehmen im «Streit» befand (siehe oben Rz 332) – über 80 Eigenofferten für die 19 vorliegenden EO-Listen des Jahres 2008 gemeldet. Dies ergibt eine durchschnittliche Meldungszahl von 4.6 Eigenofferten pro EO-Liste. Sie hat damit im Jahr 2008 mit am meisten Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet. Auch die Behauptung der Toller, sie habe etwa 26 Eigenofferten pro Jahr gemeldet, ist damit widerlegt. Mit Blick auf die EO-Listen ist daher anzunehmen, dass jedes der acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 im Durchschnitt 75 Eigenofferten pro Jahr gemeldet hat.

901. Soweit die Reichmuth-Gesellschaften in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend machen, es bestünden keine Hinweise darauf, dass die Reichmuth Eigenofferten eingereicht habe,[1081] muss dies mit Blick auf die sichergestellten EO-Listen als Schutzbehauptung angesehen werden. Z. B. hat die Reichmuth im ersten Drittel des Jahres 2009 25 und im Jahr 2008 über 80 Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet (siehe auch Rz 891, 904).

902. Mit Blick auf die Antworten aus dem Fragebogen des Sekretariats zu den EO-Listen kann annäherungsweise gezeigt werden, wie viele der tatsächlich gerechneten Offerten pro Unternehmen für die EO-Listen gemeldet wurden. Nach diesen Antworten haben nur die Hagedorn und die De Zanet in den Jahren 2010–2012 mehr als 100 EO pro Jahr gerechnet.[1082] Wenn die Anzahl gerechneter Eigenofferten in den Jahren 2007–2009 ungefähr gleich hoch war und man annimmt, dass die acht Unternehmen durchschnittlich etwa 75 EO pro Jahr an die Implenia gemeldet haben, bedeutet dies, dass die acht Unternehmen einen bedeutenden Anteil ihrer gerechneten Eigenofferten für die EO-Listen meldeten. Dies gilt umso mehr für einige der acht Unternehmen, wenn diese mehr Eigenofferten eingereicht hätten als die anderen Unternehmen – derartiges legen die Übersicht der Meldungen pro Unternehmen für 2009 (siehe oben Rz 889) sowie die Ausführungen zur Toller (siehe oben Rz 900) nahe. Dass der Anteil der gemeldeten Eigenofferten an den von einem Unternehmen tatsächlich gerechneten Eigenofferten hoch war, ist – für die Toller – auch dadurch belegt, dass sie selbst angibt, dass sie Eigenofferten jedenfalls früher «lückenlos» an die Implenia gemeldet habe.[1083] Mit Blick auf die vorliegenden EO-Listen sowie die Angaben der Toller zur Anzahl der von ihr gerechneten Eigenofferten[1084] ist dabei anzunehmen, dass sich dies – entgegen der Behauptung der Toller – bis Mitte 2009 nicht geändert hat.

[1074] EO 2007_9, 27.2.2007, Act. n° [...].
[1075] EO 2007_50, 11.12.2007, Act. n° [...].
[1076] EO 2008_3, 16.1.2008, Act. n° [...].
[1077] EO 2008_50, 9.12.2008, Act. n° [...].
[1078] EO 2009_11, 10.3.2009, Act. n° [...].
[1079] EO 2009_24, 9.6.2009, Act. n° […].
[1080] Diese Differenz bezieht sich lediglich auf das erste Halbjahr 2009 und nicht auf das Gesamtjahr, wie dies bei 2007 und 2008 der Fall ist, da den Wettbewerbsbehörden die letzte versandte EOL für die Sitzung vom 11. Juni 2009 vorliegt.
[1081] […].
[1082] […].
[1083] […].
[1084] Act. n° [...]. Hier gibt die Toller an, sie habe pro Jahr 43, 44 bzw. 41 Eigenofferten gerechnet.

903. Aus der Zwecksetzung des EO-Systems, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern (siehe dazu unten Rz 927 ff., 976), ist zudem anzunehmen, dass ein natürlicher Anreiz der acht Unternehmen bestand, jede von ihnen gerechnete Eigenofferte für die EO-Listen zu melden. Denn wenn die acht Unternehmen davon ausgingen, dass die jeweils anderen sieben Unternehmen ihre Eigenofferte schützen würden, wenn die Eigenofferte auf den EO-Listen geführt wären, so werden die acht Unternehmen versucht haben, durch eine möglichst schnelle und lückenlose Meldung ihrer gerechneten Eigenofferten für die EO-Listen eine entsprechende «Sicherung» ihrer Eigenofferten zu erreichen. Eine Meldung für die EO-Listen war nur dann nicht bedeutsam, wenn eine Vergabeentscheidung vor Ablauf der Meldungsfrist bereits gefallen war oder aber die Unternehmen sicher wussten, dass sie das Projekt ohnehin – z. B. wegen der persönlichen Beziehung zum Bauherrn – erhalten oder nicht erhalten würden.

904. Die Reichmuth-Gesellschaften führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats weiter aus, es sei «völlig aus der Luft gegriffen», dass die Reichmuth ihre gerechneten Eigenofferten «lückenlos» eingereicht habe.[1085] Auch dies überzeugt nicht. Aus ihren Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats betreffend EO-Listen geht hervor, dass die Reichmuth in den Jahren 2010 bis 2012 jährlich zwischen [<100] Eigenofferten gerechnet hat.[1086] Es kann ohne weiteres angenommen werden, dass die Zahl der gerechneten Offerten auch in den Jahren vor 2010 in einer vergleichbaren Grössenordnung lag. Wie erläutert, ist anzunehmen, dass jedes der acht Unternehmen im Durchschnitt 75 Eigenofferten pro Jahr für die EO-Listen meldete (siehe oben Rz 902). Aus den sichergestellten EO-Listen ergibt sich dementsprechend, dass die Reichmuth im Jahr 2009 allein bis Anfang Juni 25 Eigenofferten gemeldet hat (siehe oben Rz 891) und im Jahr 2008 über 80 Eigenofferten.[1087] Der Blick in die sichergestellten EO-Listen aus der Zeit vor 2008 offenbart vergleichbare Ergebnisse. Damit ist bestätigt, dass die Reichmuth fast alle ihrer gerechneten Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet hat.

905. Angaben zum Wert der vom EO-System betroffenen Projekte sind schwieriger zu machen, da weder den Meldungen der Eigenofferten bei der Implenia noch den EO-Listen der Wert der betroffenen Projekte zu entnehmen ist. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, kann der Gesamtauftragswert der EOL-Projekte aber immerhin grob geschätzt werden.

906. Das Sekretariat hat mit dem Fragebogen vom 22. Januar 2014 versucht, bei den acht Unternehmen abzuklären, welchen Auftragswert die Projekte hatten, für die die acht Unternehmen jeweils Eigenofferten eingereicht haben.[1088] Die Antworten auf dieses Auskunftsbegehren[1089] wurden von einigen der acht Unternehmen als Geschäftsgeheimnis deklariert. Aufgrund dieser Zahlen können gewisse Schätzungen betreffend das Gesamtvolumen der gemeldeten EO vorgenommen werden. Bei der Hagedorn liegt z. B. der Wert der im Zeitraum 2006 bis Mitte 2009 gemeldeten EOL-Projekte bei 84 (von insgesamt 147) EOL-Projekten unter CHF 50‘000. Im Unterschied zu den Projekten der MAL liegt somit bei mehr als der Hälfte der durch die Hagedorn gemeldeten EOL-Projekte der Wert unter CHF 50‘000. Vergleichbare Beträge ergeben sich für die anderen Unternehmen.

907. Wenn man gleichwohl nur von einem Durchschnittwert von CHF 20‘000 Projektwert pro Eigenofferte ausgeht, dann ergibt sich ein Gesamtvolumen der von den acht Unternehmen gemeldeten Eigenofferten pro Jahr in Höhe von CHF 10 Mio. (500 Eigenofferten pro Jahr zu CHF 20‘000). Im Vergleich zum Volumen der Projekte, welche in den MAL enthalten sind (50 bis 110 Millionen pro Jahr, siehe dazu Rz 795, 798), ist der jährliche Gesamtwert der EOL-Projekte erheblich kleiner. In Ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben die Unternehmen keine Angaben gemacht, welche diesem Ergebnis widersprechen würden.

908. Dabei ist nicht anzunehmen, dass dies deshalb der Fall wäre, weil die Unternehmen nur einen kleinen Anteil ihrer tatsächlich durchgeführten Eigenoffert-Projekten für die EO-Listen gemeldet hätten. Denn zum einen wurde bereits oben dargelegt, dass die acht Unternehmen anzahlmässig einen bedeutenden Anteil ihrer gerechneten Eigenofferten auch an die Implenia gemeldet haben (siehe oben Rz 899). Und zum anderen konnte aus den Umsatzangaben der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo, der Reichmuth sowie der Bernet Bau gefolgert werden, dass der Umsatz, den die acht Unternehmen jeweils mit EO-Projekten jährlich erzielt haben[1090], zwischen [0-10] % bis [10-20] % ihres Gesamtumsatzes im Bereich Strassen- und Tiefbau in den Kantonen St. Gallen und Schwyz lag (siehe dazu auch Rz 1042). Diese Unternehmen erzielten mithin ohnehin mehr als 3/4 ihres Umsatzes im Bereich Strassen- und oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet mit Projekten, welche nicht nach der Einreichung einer Eigenofferte vergeben wurden. Bei der De Zanet war der Umsatzanteil kleiner, lag aber immerhin stets über 3/5 des Gesamtumsatzes.

909. Bei der Toller wurden intern angeblich keine Listen geführt, welche den Umsatz mit Eigenoffert-Projekten aufweisen.[1091] Daher ist der EO-Umsatz für sie nicht vollständig feststellbar. Aus den EO-Listen sowie den sonstigen Akten ist aber ersichtlich, dass die Toller zahlreiche EO-Projekte gemeldet hat (siehe auch Rz 889), während ihr Umsatz im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet im Vergleich zu den Umsätzen anderer Verfahrensparteien eher klein ist (siehe unten Rz 1039 ff.). Daraus folgt, dass bei ihr der Umsatz mit Eigenoffert-Projekten im Vergleich zum Umsatz mit sonstigen Strassen- und Tiefbauprojekten eher gross sein muss. Zudem hat die Toller oftmals mit am meisten Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet (siehe oben Rz 900). Es ist daher für die Toller anzunehmen, dass

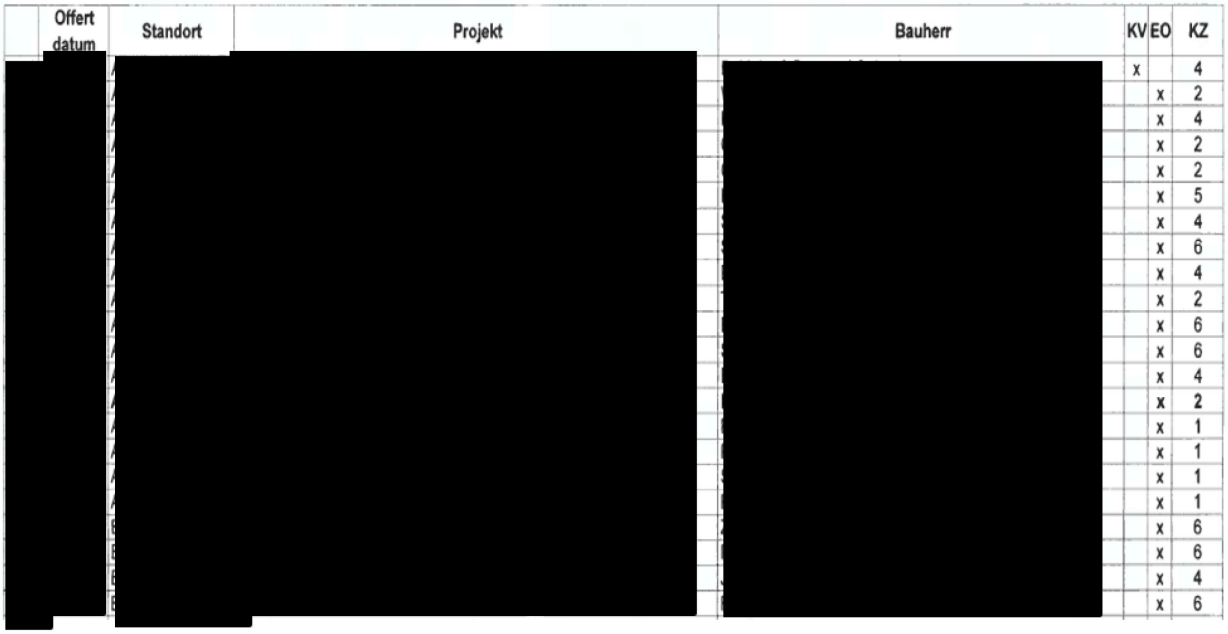
[1085] […].
[1086] […].
[1087] […].
[1088] […].
[1089] […].
[1090] Siehe die Antworten auf Frage 10a des Fragebogen I: Act. n° [...].
[1091] […].

sie mindestens ein Viertel ihres Umsatzes mit EO-Projekten erzielt hat. In Ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat die Toller keine Angaben gemacht, welche diesem Ergebnis widersprechen würden.

910. Zusammenfassend ist in beweismässiger Hinsicht anzunehmen, dass die acht Unternehmen pro Jahr insgesamt etwa 500 eingereichte Eigenofferten für die EO-Listen meldeten. Pro Jahr wurden damit Eigenofferten für Projekte mit einem Gesamtauftragswert von mindestens CHF 10 Mio. gemeldet. Im Durchschnitt meldete jedes der acht Unternehmen etwa 75 Eigenofferten pro Jahr, welche Projekte mit einem Gesamtdurchschnittswert von etwa CHF 1.25 Mio. betrafen. Weiter ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen anzahlmässig einen erheblichen Anteil ihrer gerechneten Eigenofferten auch für die EO-Listen gemeldet haben.

e. Erstellung der EOL durch die Implenia und Versand an alle acht Unternehmen

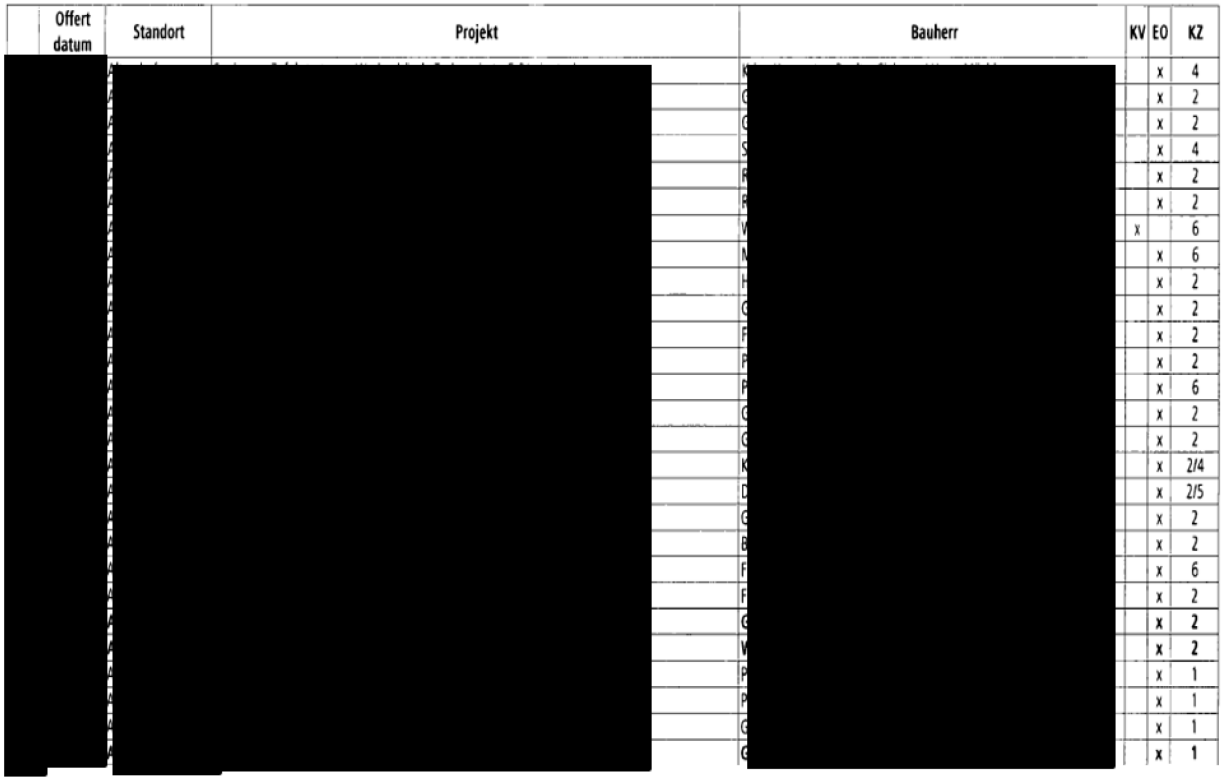
911. In den nachfolgenden Ausführungen werden der Aktualisierungs- sowie der Versandprozess beschrieben. Aus den Angaben der Implenia sowie den vorliegenden objektiven Beweismitteln geht hervor, dass [Mitarbeiter der Implenia] basierend auf den Offertmeldungen der acht Unternehmen per E-Mail und per Fax eine Excel-Liste erstellte, welche die oben genannten Spalten- und Zeileninhalte hatte (siehe oben Rz 871 ff.). Die für die jeweils neu erstellte, aktualisierte EO-Liste gemeldeten Eigenofferten wurden in der Liste mittels Fettschrift hervorgehoben.[1092] Wenn gemeldet wurde, dass ein Projekt, bezüglich dessen eine Eigenofferte erstellt worden ist, vergeben worden ist (siehe dazu oben Rz 886 ff.), so wurde die betreffende Eigenofferte von der Liste gestrichen.[1093] Zur Veranschaulichung sind nachfolgenden noch einmal zwei Auszüge aus zwei EO-Listen abgebildet:



	Offert datum	Standort	Projekt	Bauherr	KV	EO	KZ
	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	x		4
						x	2
						x	4
						x	2
						x	2
						x	5
						x	4
						x	6
						x	4
						x	2
						x	6
						x	6
						x	4
						x	2
						x	1
						x	1
						x	1
						x	1
						x	6
						x	6
						x	4
						x	6

Abbildung 55: Auszug aus EO 2006_3, Act. n° [...]

[1092] Act. n° [...].
[1093] […].



Offert datum	Standort	Projekt	Bauherr	KV	EO	KZ
[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]		x	4
					x	2
					x	2
					x	4
					x	2
					x	2
				x		6
					x	6
					x	2
					x	2
					x	2
					x	2
					x	6
					x	2
					x	2
					x	2/4
					x	2/5
					x	2
					x	2
					x	6
					x	2
					x	2
					x	2
					x	1
					x	1
					x	1
					x	1

Abbildung 56: Auszug aus EO 2007_39, Act. n° [...]

912. Die von der Implenia bzw. Batigroup erstellte, jeweils aktualisierte EO-Liste wurde ab 2002 an Vertreter aller acht Unternehmen versandt. Die Empfänger der versandten EO-Listen waren praktisch dieselben Personen wie die Empfänger der MA-Listen (vgl. Rz 322 ff.). Spezifisch für die Empfänger der EO-Listen gilt Folgendes: Zusätzlich waren [Vertreter der Toller] (ab dem Jahr 2005) und [Vertreter der Implenia] von der Implenia (ab dem Ende 2007) auf der Empfängerliste der EO-Listen. […] und [Vertreter der De Zanet] von der De Zanet waren hingegen nicht Empfänger der EO-Listen. Ab Ende April 2007[1094] wurde die allgemeine E-Mail Adresse der Hagedorn (info@hagedorn.ch) durch die beiden Empfänger […] und [Vertreter der Hagedorn] von der Hagedorn ersetzt.

913. Aus den Beweismitteln geht weiter hervor, dass die aktualisierten EO-Listen jeweils kurz vor, d. h. ein bis drei Tage vor den MA-Sitzungen (meistens am Montag oder Dienstag) per E-Mail an Vertreter aller acht Unternehmen versandt wurden. Bei Ausfall der MA-Sitzung wurde – im Unterschied zum Versand-Modus der MA-Listen (siehe dazu Rz 310) – meistens trotzdem eine aktualisierte EO-Liste versandt.[1095] Wie bereits erläutert, liegen den Wettbewerbsbehörden über 80 der aktualisierten und versandten EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 vor (siehe oben Rz 873). Teile der versandten EO-Listen wurden dabei auch in den elektronischen Daten der Toller und der Hagedorn gefunden.[1096]

914. Laut Implenia wurde letztmals am 10. März 2009 eine EOL von [Mitarbeiter der Implenia] versandt.[1097] Entgegen dieser Aussage ergeben die objektiven Beweismittel, dass die Implenia noch am Dienstag, den 9. Juni 2009, eine EO-Liste an Vertreter aller acht Unternehmen versandt hat (EO 2009_24).[1098] Da eine Marktabklärungssitzung gemäss Programm am Donnerstag, den 11. Juni 2009, vorgesehen war, stellte die Implenia wie üblich kurz vor der MA-Sitzung eine EO-Liste den acht Unternehmen zu. Es liegen zudem weitere Sachbeweise vor, welche belegen, dass die Hagedorn auch noch nach dem 11. Juni 2009 Eigenofferten an die Implenia meldete.[1099] Ob die Implenia aber nach dem 11. Juni 2009 EO-Listen erstellte und versandte, kann hingegen nicht aufgeklärt werden.

f. Die Rolle der Implenia im EO-System

915. Nachfolgend wird die Rolle der Implenia im Rahmen des EO-Systems näher beleuchtet. Die Implenia gibt an, sie habe lediglich eine administrative Rolle gehabt, wobei es keinen besonderen Grund dafür gegeben habe, dass sie die Verwaltung (Erstellung und Versand) der EO-Listen übernommen habe.[1100] Gemäss Befragung von [Mitarbeiter der Implenia] habe [Mitarbeiter der Implenia] für die Verwaltung der EO-Listen ungefähr eine Stunde pro Monat beansprucht.[1101] Implenia fügt hinzu, dass für das Führen der Eigenoffertliste weder Zahlungen bzw. sonstige Gegenleistungen erhalten habe noch ihrerseits für den Eingang der Meldungen Zahlungen oder sonstige Gegenleistungen erbracht habe.[1102] Im Zentrum des EO-Systems hätten ohnehin die

[1094] […].
[1095] Den Wettbewerbsbehörden liegen EOL vor für Wochen, in welchen eine MA-Sitzung abgesagt wurde (vgl. Tabelle 1).
[1096] […].
[1097] […].
[1098] […].
[1099] […].
[1100] […].
[1101] […].
[1102] […].

bilateralen Verhandlungen über die Gewährung von Schutz bezüglich EO-Projekten gestanden. Diese Verhandlungen erfolgten im Rahmen von Treffen oder per Telefon (siehe dazu unten Rz 1029 f.). In diese Beratungen sei die Implenia nur involviert gewesen, wenn sie selbst eine Eigenofferte bzw. einen Kostenvoranschlag bezüglich eines Projekts erstellt und dies für die EO-Listen gemeldet habe oder wenn sie von einem Bauherrn um eine Eigenofferte bzw. einen Kostenvoranschlag ersucht worden sei und das betreffende Projekte bereits auf der EO-Liste gestanden habe.[1103]

916. Auch aus den Angaben der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der Bernet Bau geht kein besonderer Grund dafür hervor, dass die Implenia die EO-Listen geführt hat. Diese Unternehmen gaben allesamt an, dass die Implenia lediglich eine administrative Rolle bei der Verwaltung der EO-Listen gehabt habe.[1104] Es liegen auch keine objektiven Beweismittel vor, aus denen ein besonderer Grund für die Verwaltung der EO-Listen durch die Implenia hervorgeht.

917. Die Toller hat noch am 21. Februar 2014 ebenfalls keine besonderen Gründe angegeben, warum die Implenia die EO-Listen geführt hat.[1105] In einem anderen Zusammenhang behauptete die Toller mit Stellungnahme vom 11. April 2014 dann jedoch, die Implenia sei vom Baumeisterverband dazu «beauftragt» worden, als Meldestelle für bereits eingereichte Eigenofferten zu fungieren.[1106] Deshalb habe aus Sicht der Toller auch eine Meldepflicht bestanden.[1107] Diese Angaben sind aus den unten dargelegten Gründen in beweismässiger Hinsicht jedoch nicht überzeugend (siehe unten Rz 969 f.).

918. Es ist daher als bewiesen anzusehen, dass die Implenia lediglich als «Meldestelle» fungierte und ihr nur, aber immerhin, eine administrative Rolle bei der Verwaltung der EO-Listen zukam.

g. Zwischenergebnis

919. Bewiesen ist damit, dass sich die acht Unternehmen im Rahmen eines «EO-Systems» zwischen Anfang 2002 und Juni 2009 an der Führung von regelmässig aktualisierten EO-Listen beteiligten. Dieses EO-System beinhaltete Folgendes:

920. Vertreter aller acht Unternehmen meldeten der zuständigen Angestellten der Batigroup bzw. Implenia wiederholt ihre im Untersuchungsgebiet eingereichten Eigenofferten und Kostenvoranschläge. Gleichzeitig meldeten die Vertreter insbesondere, wenn Projekte, bezüglich derer Eigenofferten oder Kostenvoranschläge eingereicht worden sind, vergeben worden sind. Die Meldungen erfolgten entweder per Fax oder per E-Mail vor dem in den MA-Programmen festgelegten «Abgabeterminen» oder mündlich an den MA-Sitzungen.

921. Die zuständige Angestellte bei der Batigroup bzw. Implenia nahm die per Fax oder E-Mail bei ihr eingehenden Meldungen auf und erstellte mit Blick auf den nächsten MA-Sitzungstermin eine neue aktuelle EO-Liste. Auf der aktualisierten EO-Listen waren diejenigen Eigenofferten und Kostenvoranschläge, welche für diese EO-Liste eingereicht waren, fett gedruckt. Eigenofferten und Kostenvoranschläge, welche für Projekte eingereicht worden waren, die nach Auskunft des einreichenden Unternehmens zum Zeitpunkt der Meldung bereits vergeben waren, wurden von der zeitlich danach erscheinenden EO-Liste entfernt.

922. Pro Jahr meldeten die acht Unternehmen insgesamt etwa 500 eingereichte Eigenofferten. Die WEKO geht davon aus, dass diese 500 Eigenofferten Projekte im Gesamtwert von etwa CHF 10 Mio. betrafen. Im Durchschnitt meldete jedes der acht Unternehmen etwa 75 Eigenofferten pro Jahr, welche Projekte mit einem Gesamtdurchschnittswert von etwa CHF 1.25 Mio. betrafen. Weiter ist anzunehmen, dass alle acht Unternehmen anzahlmässig einen erheblichen Anteil ihrer gerechneten Eigenofferten auch für die EO-Listen gemeldet haben. Dies deshalb, da der Zweck der EO-Listen, die auf den Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern (siehe dazu unten Rz 927 ff., 976), einen natürlichen Anreiz bewirkte, möglichst alle gerechneten Eigenofferten so schnell wie möglich für die EO-Listen zu melden.

923. Die alle zwei bis vier Wochen aktualisierten EO-Listen wurden zwischen Anfang 2002 und Mitte 2009 Vertretern aller acht Unternehmen jeweils ein bis drei Tage vor dem nächsten MA-Sitzungstermin von der zuständigen Angestellten der Batigroup bzw. der Implenia per E-Mail zugestellt. Was die Rolle der Implenia angeht, ist anzunehmen, dass die Implenia lediglich als «Meldestelle» fungierte und ihr nur, aber immerhin, eine administrative Rolle bei der Verwaltung der EO-Listen zukam.

A.5.4.2.2 Zweck und Funktionsweise des EO-Systems

a. Einleitung

924. Nachfolgend wird der Zweck der bewiesenen Zusammenarbeit der acht Unternehmen erläutert und geklärt, inwiefern sich die acht Unternehmen mit den Regeln der Zusammenarbeit einverstanden erklärt haben (siehe Rz 927 ff.). Weiter wird darauf eingegangen, wie sich die acht Unternehmen konkret zur Zweckerreichung verhalten haben (siehe Rz 978 ff). Die sich aus dem folgenden Abschnitt ergebende Zusammenarbeit mit gemeinsamer Zwecksetzung wird nachfolgend als EO-System bezeichnet.

925. Wie auch der Beweis des Zwecks des MA-Systems (siehe oben Rz 598 ff.), erfordert auch der Beweis des Zwecks des EO-Systems den Beweis von inneren Tatsachen. Wie bereits erläutert, kann der Nachweis von inneren Tatsachen auch mittels indirekter Beweise erbracht werden (siehe oben Rz 599 f.). Das heisst insbesondere, dass es – wenn nötig – im Einzelfall auch ausreichen kann, von den äusseren Umständen der Zusammenarbeit auf eine gemeinsame Zwecksetzung zu schliessen.

[1103] […].
[1104] […].
[1105] […].
[1106] […].
[1107] […].

926. Nachfolgend wird es im Kern um die Frage gehen, ob alle Unternehmen mit der im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen Zusammenarbeit bezweckten, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern.

b. Zweck der Meldung von Eigenofferten und Kostenvoranschlägen für die EO-Listen: Sicherung des gemeldeten Projekts vor den Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen

927. Die Parteien haben unterschiedliche Angaben zum Zweck der Teilnahme am EO-System gemacht. Diese Angaben werden nachfolgend dargestellt und anschliessend auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft.

928. Hinsichtlich der beweismässigen Feststellung des Zwecks der Teilnahme am EO-System ist vorab allgemein festzuhalten, dass es denkbar ist, dass dieselbe Handlung mehrere Zwecke haben kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Zwecke aufeinander aufbauen und/oder sich nicht gegenseitig ausschliessen (etwa weil sie nicht widersprüchlich wären).

(i) Angaben der Selbstanzeigerinnen

929. Die Implenia gab zum Zweck der EO-Listen Folgendes an [, dass mit den EO-Listen sichergestellt werden sollte, dass ein Unternehmen, welches für einen Bauherrn eine Eigenofferte erstellt habe, letztlich auch für die Ausführung berücksichtigt würde.][1108] [Der Zweck der Eigenoffertlisten habe darin bestanden, dass die beteiligten Unternehmen darüber informiert sein sollten, ob bei einem konkreten Projekte bereits eine Eigenofferte oder ein Kostenvoranschlag eines anderen beteiligten Unternehmens bestanden habe.][1109]

930. Laut der Implenia wurde der Zweck der EO-Listen, sicherzustellen, dass das Unternehmen, welches eine Eigenofferte eingereicht hat, auch das Projekt erhält, mittels der EO-Listen folgendermassen erreicht: [Wenn ein Bauherr nach Erhalt der Eigenofferte ein anderes Unternehmen kontaktiert habe und um eine Offerte gebeten habe, so sei kontrolliert worden, ob das Projekt auf der Eigenoffertliste aufgeführt gewesen sei. Sei dies der Fall gewesen, so habe das zusätzlich angefragte Unternehmen Schutz gewährt. Dazu sei beispielsweise die Offertsumme in Erfahrung gebracht und die Arbeiten seien zu einem höheren Preis offeriert worden].[1110]

931. Den eingangs erwähnten Zweck (siehe Rz 929) sowie den daraus folgenden *modus operandi* (siehe Rz 930) hat die Implenia im Laufe des Verfahrens wiederholt bestätigt und mehrfach erläutert.[1111] Sie hat dabei insbesondere angegeben, dass die [Koordination von Eigenofferten bis zum Ende der Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Jahr 2009 gut funktioniert habe] (siehe dazu auch unten Rz 991 ff.).[1112]

932. Die Implenia hat ausserdem den besonderen Grund für die Zwecksetzung des EO-Systems erläutert. Sie gab […] an, [dass die Ausarbeitung von Eigenofferten grosse Vorleistungen der Unternehmen erfordert habe, welche nicht entschädigt worden wäre, wenn der Zuschlag an ein anderes Unternehmen gegangen wäre. Es sei dementsprechend darum gegangen, sich gegenseitig Schutz zu gewähren, um die Entschädigung für diese Vorleistung sicherzustellen][1113]

933. Die Walo hat – ohne Kenntnis der Angaben der Implenia – den Zweck der EO-Listen folgendermassen beschrieben: [Die Idee der Eigenoffertliste sei es gewesen, dass derjenige, der von einem Bauherrn um die Abgabe einer Konkurrenzofferte gebeten worden sei, in der EO-Listen habe nachsehen können, ob diese Eigenofferte darin enthalten sei. Wenn dies der Fall gewesen sei, habe man dann das Unternehmen anrufen können, welches die Eigenofferte erstellt habe, und dieses nach dem Preis der Eigenofferte fragen und höher eingeben können. In der Regel habe man nur den Offertbetrag inkl. MwSt. nachgefragt und die Einzelpositionen selbst entsprechend ausgefüllt.][1114] [Wenn es zu einem solchen Gespräch gekommen sei, so sei – nach Schätzung des damaligen Vertreters der Selbstanzeigerin – in 95 % der Fälle eine Stützofferte eingereicht worden.][1115]

934. Die Walo hat diese Zwecksetzung sowie den daraus folgenden *modus operandi* auch in einer Einvernahme sowie in einer weiteren schriftlichen Stellungnahmen bestätigt.[1116] In Reaktion auf die Konfrontation der Walo mit dem vorläufigen Beweisergebnis des Sekretariats ergänzte sie bezüglich des modus operandi, dass es zwar die «Meinung» gewesen sei, [dass das zweite Unternehmen höher als das erste eingeben solle. Eine Pflicht oder einen Zwang hierzu habe es aber nicht gegeben].[1117]

935. Die Walo hat ebenfalls eine Begründung dafür genannt, warum der Erstmeldende das Projekt in der Regel erhalten sollte. [So sei es Hintergrund der EO-Listen gewesen, dass Eigenofferten für den Offerenten mit einem höheren Aufwand verbunden gewesen seien, weil der Offerent die Masse selbst nehmen und das Leistungsverzeichnis erstellen müsse. Zum Teil sei es vorgekommen, dass der Bauherr nach Erhalt der Eigenofferte den Namen des Offerenten und die Eingabepreise in der Eigenofferte abdeckt habe, diese einem zweiten oder dritten Unternehmen zugestellt habe und das Unternehmen gebeten habe, gestützt auf das Leistungsverzeichnis der Eigenofferte eine Konkurrenzofferte einzureichen. Dies sei allgemein als unfair empfunden worden, da der Zweit- und Drittofferent dann von den Bemühungen des Erstofferenten bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses und der Abnahme der Masse profitiert habe].

[1108] […].
[1109] […].
[1110] […].
[1111] […].
[1112] […].
[1113] Act. n° [...].
[1114] […].
[1115] Act. n° [...].
[1116] […].
[1117] Act. n° [...].

(ii) Angaben der anderen Verfahrensparteien

936. Die Hagedorn und die De Zanet wurden mit den bei ihnen gefundenen EO-Listen konfrontiert (2. Einvernahme).[1118] Sie haben zusätzlich schriftlich zu diesen Stellung genommen.[1119] Die Toller hat ebenfalls schriftlich und mündlich zu den zahlreichen EO-Listen Stellung genommen.[1120] Sämtliche Parteien haben den Fragebogen vom 22. Januar 2014 betreffend Eigenofferten[1121] beantwortet und (teilweise) auf die Konfrontation mit dem vorläufigen Beweisergebnis bei Einvernahmen[1122] reagiert. Neben der Walo und der Implenia haben sich infolgedessen auch alle anderen Verfahrensparteien zur Zwecksetzung des EO-Systems geäussert. Diese sind nachfolgend dargestellt.

937. [Vertreter der Toller] gab am 22. Oktober 2013 bei einer Einvernahme[1123] für die Toller an, dass es die EO-Liste ermöglicht habe, dass ein Unternehmen im Falle einer Anfrage durch einen Bauherrn betreffend ein in der aktuellen EO-Liste aufgeführtes Projekt dasjenige Unternehmen, welches seine Eigenofferte für die EO-Liste gemeldet habe, anrufen konnte und es um das «Vorausmass» bitten konnte. Die Liste sei für die Toller aber «unnütz» gewesen, weil ja auch der Bauherr das Vorausmass zur Verfügung gestellt habe; dementsprechend kommt [Vertreter der Toller] zum Schluss, dass die EO-Liste «so…keinen Sinn» ergeben habe.[1124]

938. Auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen bestätigte die Toller am 20. April 2014, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, zu ermöglichen, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1125] Weiter bestätigt die Toller in den Antworten auf den Fragebogen, dass Bauherren in der Regel das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten. Dies sei nur dann nicht der Fall gewesen, wenn das Leistungsverzeichnis nicht «brauchbar» gewesen sei.[1126]

939. In einer schriftlichen Stellungnahme vom 11. April 2014[1127] erläuterte die Toller sodann die folgenden Gründe dafür, warum sie Eigenofferten an die Implenia gemeldet habe:

- Das EO-Meldesystem habe seinen Ursprung in einem Meldesystem des Baumeisterverbands des Kantons St. Gallen. Die Toller habe sich deshalb dazu verpflichtet gefühlt, bei der Implenia bzw. der Batigroup ihre Eigenofferten zu melden. Dazu macht die Toller folgende Angaben: Bei dem Meldesystem des Baumeisterverbandes hätten Bauunternehmungen vor *Offerteinreichung* melden müssen, wenn man für ein bestimmtes Objekt eine Offerte einreichen wolle.[1128] Irgendwann vor 2003 habe es dann «Änderungen» gegeben: Die Batigroup sei vom Baumeisterverband «beauftragt»[1129] worden als Meldestelle für Eigenofferten, d. h. für bereits eingereichte Offerten, bei denen das Leistungsverzeichnis vom Unternehmen erstellt worden sei, zu fungieren. Die Absicht, eine Offerte für ein Projekt, bei dem kein Leistungsverzeichnis von Unternehmerseite erforderlich war (insbesondere Aufträge der öffentlichen Hand), sollten dem Baumeisterverband gemeldet werden. Obwohl die Toller gar nicht Mitglied des Baumeisterverbands gewesen sei, habe sie sich wegen angeblicher Sanktionsmöglichkeiten des Baumeisterverbands – auch gegenüber Nichtmitgliedern – gleichwohl dazu verpflichtet gefühlt, die Offerteingabeabsicht weiter beim Baumeisterverband und Eigenofferten (neu) bei der Batigroup bzw. der Implenia zu melden.[1130]
- In derselben Stellungnahme schreibt die Toller, «Sinn und Zweck» der EO-Listen sei es gewesen, dass «die anderen Unternehmen wussten, bei wem sie das leere Leistungsverzeichnis bestellen konnten, damit diese aufwändige Arbeit nicht mehrmals durchgeführt werden musste.»[1131]
- Sie führt ausserdem aus, dass die EO-Listen vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahr 2004 «als Basis für allfällige Absprachen» gedient hätten. Im Rahmen der MA-Sitzungen sei es dementsprechend vor 2004 «regelmässig» und in den Jahren 2004–2006 «zum Teil» zu «solchen Gesprächen» gekommen. «Allfällige Vereinbarungen» seien aber «bilateral und ausserhalb der Sitzungen getroffen» worden.[1132] Die Toller «sei diesbezüglich …vor 2006 wiederholt angefragt» worden. Die Toller habe dann auch eine «Stützofferte eingereicht», sofern die Toller ausreichend oder zu viel Arbeit gehabt habe oder die Anfrage ein Objekt betroffen habe, wofür man nicht über die notwendige Kompetenz verfügt habe. In den Jahren 2006–2008 sei es nur noch ganz vereinzelt «zu solchen Eingaben» gekommen.[1133]

940. In der schriftlichen Stellungnahme vom 27. Februar 2015[1134] führt die Toller sodann teilweise neue Gründe für ihre Meldetätigkeit auf:

- Hinsichtlich der Begründung, sie habe sich zur Meldung verpflichtet gefühlt, weil die Implenia bzw. Batigroup vom Baumeisterverband «beauftragt» worden sei, führt sie in dieser Stellungnahme aus, es sei eine «blosse Vermutung» ihrerseits, dass das EO-Meldesystem auf ein Meldesystem des Baumeisterverbandes zurückgehe.[1135] In der darauffolgenden Randziffer der Stellungnahme geht die Toller gleichwohl davon aus, dass Eigenofferten vor dem «Übergang» des Meldesystems vom Baumeisterverband auf die Implenia an den Baumeisterverband hätten gemeldet werden müssen.

[1118] […].
[1119] […].
[1120] […].
[1121] […].
[1122] […].
[1123] Act. n° [...].
[1124] Act. n° [...].
[1125] Act. n° [...].
[1126] Act. n° [...].
[1127] Act. n° [...].
[1128] Act. n° [...].
[1129] Vgl. Act. n° [...].
[1130] Act. n° [...].
[1131] Act. n° [...].
[1132] Act. n° [...].
[1133] Act. n° [...].
[1134] Act. n° [...].
[1135] Act. n° [...].

- Die Toller bestätigt sodann auch in dieser Stellungnahme, dass Eigenofferten vor 2004 «noch regelmässig geschützt» worden seien. Danach sei dies wegen des Inkrafttretens des revidierten Kartellgesetzes nur noch in dem bereits beschriebenen Masse zu Koordinationen gekommen (siehe Rz 939).[1136]
- Die Toller betont erneut, dass die EO-Listen nach 2004 hauptsächlich dazu gedient hätten, sich gegenseitig den Aufwand der aufwändigen Ausmessungen zu ersparen, weil die EO-Listen ermöglich hätten, dass ein ebenfalls um eine Eigenofferte gebetenes Unternehmen bei dem Unternehmen, welches seine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, das Leistungsverzeichnis habe einfordern können.[1137]
- Als neuen Grund für ihre Teilnahme nennt die Toller in dem Schreiben, dass die EO-Listen für die Toller für eine Marktanalyse von Bedeutung gewesen seien. Dies deshalb, weil man die Listen nach Gemeinden habe ordnen und so das Auftragsvolumen im Bereich von Eigenofferten pro Gemeinde mit demjenigen der Vorjahre habe vergleichen können. Dies sei jedoch ab 2006 auch nur noch mit grossem Aufwand möglich gewesen, weil die EO-Listen ab 2006 nicht mehr im Excel-, sondern im pdf-Format übersandt worden seien.[1138]
- Die Toller führt ausserdem aus, dass die anderen Unternehmen das EO-System «dazu missbraucht zu haben scheinen», einem ebenfalls angefragten Unternehmen falsche Leistungsverzeichnisse zukommen zu lassen, damit die zweit- und dritteingebenden Unternehmen zu hohe Eingabesummen einreichen würden. Sie vermutet, dass diese Unternehmen deshalb ein Interesse an der Weiterführung des EO-Systems gehabt haben könnten.[1139]

941. Die Toller hat dem vorläufigen Beweisergebnis des Sekretariats, wonach das EO-System dazu diente, dass ein Konkurrenzunternehmen eine höhere Eingabesumme einzugeben hatte als dasjenige Unternehmen, welche die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat, nicht widersprochen.[1140] Sie führte lediglich aus, dass es «auch» nach 2004 Firmen gegeben habe, welche der Meinung gewesen seien, dass Eigenofferten zu schützen seien. Die Toller sei auch nach 2004 um Schutz angegangen worden. Sie habe sich aber nicht verpflichtet gefühlt, Eigenofferten zu schützen. Die Unternehmen hätten im Übrigen Eigenofferten deshalb untereinander nicht geschützt, weil ein solcher Schutz dazu geführt hätte, dass jeder den Bauherren Eigenofferten angeboten hätte. Dies hätte den Markt verzerrt.[1141]

942. Die De Zanet hat an ihrer Einvernahme am 6. Dezember 2013 als Zweck der Eigenofferten zunächst angegeben, dass es darum gegangen sei, einen Überblick über Anfragen von Bauherren zu erhalten. Ausserdem habe die De Zanet mit Hilfe der EO-Listen den Bauherrn bitten können, dass dieser ihr das Devi aushändige. Denn die Devierstellung sei mit grossem Aufwand verbunden.[1142] Auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen bestätigte die De Zanet am 18. Februar 2014, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, zu ermöglichen, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1143] Weiter bestätigt die De Zanet in den Antworten auf den Fragebogen, dass Bauherren zwar ohnehin das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten. Die EO-Listen seien aber für die Marktforschung und die Vergleichbarkeit der Eigenofferten von grosser Bedeutung, ausserdem hätten die EO-Listen eine «grosse Zeitersparnis» bedeutet.[1144]

943. Die Hagedorn hat bei ihrer Parteieinvernahme am 25. November 2013 von sich aus angegeben, dass die EO-Listen Mitkonkurrenten in den Stand versetzen sollten, dass diese den Bauherrn um die Eigenofferte des meldenden Unternehmens bitten könnten.[1145] In der selben Einvernahme gab sie sodann an, dass es zwar richtig sei, dass eine Bauunternehmung vom Bauherrn ohnehin das Leistungsverzeichnis bekommen könne, allerdings hätten die EO-Listen den Vorteil gehabt, dass man das Leistungsverzeichnis direkt vom Mitbewerber in elektronischer Form erhalten habe, was eine Zeitersparnis bedeute.[1146] Auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen bestätigte die Hagedorn am 18. Februar 2014, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1147] Dies habe der Vergleichbarkeit der Offerten gedient. Weiter bestätigt die Hagedorn in den Antworten auf den Fragebogen ebenfalls, dass Bauherren zwar ohnehin das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten. Die EO-Listen seien aber wichtig, weil sie es ermöglicht hätten, dass man das Leistungsverzeichnis in elektronischer Form erhalten habe.[1148]

944. Auch die Oberholzer hat auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen am 20. Februar 2014 bestätigt, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1149] Der Zweck sei auch gewesen, dass der Bauherr «Gleiches mit Gleichem» vergleiche. Weiter bestätigte die Oberholzer in den Antworten auf den Fragebogen, dass Bauherren zwar ohnehin das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten. Die EO-Listen seien aber wichtig, weil sie es ermöglicht hätten, dass man

[1136] Act. n° [...].
[1137] Act. n° [...].
[1138] Act. n° [...].
[1139] Act. n° [...].
[1140] Act. n° [...].
[1141] Act. n° [...].
[1142] Act. n° [...].
[1143] Act. n° [...].
[1144] Act. n° [...].
[1145] Act. n° [...].
[1146] Act. n° [...].
[1147] Act. n° [...].
[1148] Act. n° [...].
[1149] Act. n° [...].

das Leistungsverzeichnis erhalte und bei der Offerterstellung Zeit sparen könne. Am 9. März 2015 gab [Vertreter der Oberholzer] an der Einvernahme an, dass man die Informationen, welche in den EO-Listen enthalten waren, auch über die Plattform infobau.ch hätte erhalten können.[1150] In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 19. Mai 2015 machte die Oberholzer keine Angaben zur Zwecksetzung des EO-Systems. Sie gibt lediglich an, dass sie «nie einem Unternehmen in Bezug auf eine Eigenofferte Schutz gewährt» habe.[1151]

945. Auch die Reichmuth hat auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen am 7. März 2014 bestätigt, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1152] Weiter bestätigte die Reichmuth in den Antworten auf den Fragebogen ebenfalls, dass Bauherren zwar ohnehin das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten. Die EO-Listen seien aber wichtig gewesen, damit der betreffende Unternehmer habe angefragt werden können, ob er das elektronische Leistungsverzeichnis zur Verfügung stelle.[1153]

946. Auch die Bernet Bau hat auf entsprechende Nachfrage mittels Fragebogen am 20. Februar 2014 bestätigt, dass es bei den EO-Listen darum gegangen sei, dass Konkurrenzunternehmen das (elektronische) Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens, welches eine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet habe, verwenden könnten.[1154] Weiter bestätigt die Bernet Bau in den Antworten auf den Fragebogen ebenfalls, dass Bauherren zwar ohnehin das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten. Die EO-Listen seien aber wichtig gewesen, damit die eingereichten Eigenofferten vergleichbar gewesen seien.[1155]

947. Die Bernet Bau, die Hagedorn und die Toller haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats Ausführungen zum Zweck des EO-Systems gemacht.[1156] [Vertreter der Hagedorn] und [Vertreter der Oberholzer] hat die Kommission zudem zum Zweck des EO-Systems befragt.[1157] In diesen Stellungnahmen und an den Anhörungen von [Vertreter der Hagedorn] und [Vertreter der Oberholzer] wurden im Wesentlichen die in den Rz 936–946 genannten Angaben zum Zweck des MA-Systems wiederholt. Die Toller hat zudem bemängelt, das Sekretariat habe die Rolle des Baumeisterverbands nicht richtig untersucht.[1158] Soweit die Toller einzelne gemeinsame Schutzfestlegungen eingestanden oder angegeben habe, man habe vor 2004 zusammengearbeitet, um einzelnen Submissionen gemeinsam zuzuteilen, so hätten sich diese Angaben ausschliesslich auf Sachverhalte ausserhalb der Strassenbauervereinigung bezogen.[1159] Die Reichmuth-Gesellschaften haben wie bereits ausgeführt, angegeben, die Interpretation der EO-Listen durch die Wettbewerbsbehörden beruhe auf einer Unkenntnis des Marktgeschehens, da solche Listen von den Bauherren publiziert würden (siehe auch oben Rz 892).[1160]

948. Wie bereits erwähnt, bemängelten die Oberholzer, die Toller und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats ausserdem den Beweiswert der Angaben der Selbstanzeigerinnen, da diese nur deshalb eine möglichst umfassende Selbstanzeige abgeben wollten, welche sie dementsprechend auch in «zahllosen» Eingaben ergänzt haben, um möglichst den vollen Sanktionserlass zu erhalten bzw. diesen nicht zu gefährden. Die drei Unternehmen nehmen deshalb an, oder suggerieren dies zumindest, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben, insbesondere zum Zweck des EO-Systems gemacht hätten (siehe dazu oben vertiefend Rz 294 f.).

(iii) Beweiswürdigung

949. Wie erläutert, haben die Implenia und die Walo übereinstimmend und ohne Kenntnis der Angaben des jeweils anderen Unternehmens angegeben, dass es der Hintergrund der EO-Listen war, zu verhindern, dass die Vorleistung, die ein Unternehmen mit der Erstellung der Eigenofferte erbrachte, dadurch nutzlos wird, dass ein anderes Unternehmen den Zuschlag bekommt (siehe oben Rz 929 ff.). Damit geht aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen hervor, dass die Unternehmen mit den Meldungen von Eigenofferten erreichen wollten, dass der Zuschlag für ein Projekt demjenigen Unternehmen erteilt wird, welches diesbezüglich als erstes eine Eigenofferte erstellt hat und diese Eigenofferte für die EO-Liste gemeldet hat. Die Walo führt dementsprechend aus, dass es «Meinung» gewesen sei, [dass das zweite Unternehmen höher als das erste eingeben werde.][1161] Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen ist mithin zu folgern, dass die acht Unternehmen mit dem EO-System bezweckten, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen geht weiter hervor, dass eine solche Zwecksetzung erst mit dem Ende der Zusammenarbeit Mitte 2009 weggefallen ist.

950. Die Toller hat diese Zwecksetzung in ihren erwähnten schriftlichen Stellungnahmen sowie an der letzten Einvernahme für die Zeit vor 2004 zumindest implizit bestätigt, denn sie hat angegeben, dass es vor 2004 «regelmässig» und in den Jahren 2004–2006 «zum Teil» zu «Vereinbarungen» betreffend EOL-Projekten gekommen sei, welche aber «bilateral und ausserhalb der Sitzungen getroffen» worden seien (siehe oben Rz 939 ff.). Auch hat sie angegeben, dass es «auch» *nach* 2004 Firmen gegeben habe, welche der Meinung

[1150] Act. n° [...].
[1151] Act. n° [...].
[1152] Act. n° [...].
[1153] Act. n° [...].
[1154] Act. n° [...].
[1155] Act. n° [...].
[1156] […].
[1157] Siehe Act. n° [...].
[1158] Act. n° [...].
[1159] Act. n° [...].
[1160] Act. n° [...].
[1161] Act. n° [...].

waren, dass Eigenofferten zu schützen seien (siehe oben Rz 941). Die Angaben der Toller zeigen des Weiteren, dass sie selbst zumindest bis Ende 2008 Stützofferten betreffend EOL-Projekte abgegeben hat. Aus ihren Angaben ist auch zu folgern, dass sich die Toller bis zum Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahr 2004 «regelmässig» an derartigen Verhaltensweisen beteiligt hat. Schliesslich hat sie ausgesagt, dass es vor 2004 «regelmässig» zum Schutz von Eigenofferten gekommen sei und zweitens geht aus den objektiven Beweismitteln hervor, dass die Toller jedenfalls seit 2002 auch regelmässig und in erheblichem Umfang Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet hat.

951. Die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth und die Bernet Bau nennen andere Gründe, warum sie Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben und/oder streiten die sich aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller abzuleitende Zwecksetzung des EO-Systems (teilweise) explizit ab (siehe oben Rz 942 ff.). Die Toller bestreitet eine derartige Zwecksetzung für sich selbst ausdrücklich ab Ende 2008, sie scheint aber nicht auszuschliessen, dass andere Unternehmen mit den EO-Meldungen stets den Zweck verfolgt haben, dass bei Projekten, für das eine Eigenofferte erstellt und gemeldet worden ist, das meldende Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte.

952. Soweit die genannten Unternehmen mit ihren Stellungnahmen den sich aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller ergebenden Zweck nicht explizit bestreiten, sondern nur andere Zwecke der Meldung der EO-Listen nennen, ist betreffend die Beweiswürdigung auf Folgendes hinzuweisen: Die anderen angeblichen Gründe für die Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen (genannt werden: Erleichterung der Marktanalyse, Pflicht zur Meldung der Eigenofferten, Möglichkeit der Erfragung des Leistungsverzeichnisses beim Bauherrn, Möglichkeit der Erfragung des Leistungsverzeichnisses beim EO-Melder zur Zeitersparnis, Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Eigenofferten) stehen gar nicht im Widerspruch zu dem sich aus den Stellungnahmen der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller ergebenden Zwecksetzung. So können die Listen durchaus *auch* der Schaffung eines Überblicks über die Anzahl der Projekte in den Gemeinden sowie der Angebote der Konkurrenten dienen. Auch eine angebliche Pflicht zur Meldung der Eigenofferten würde der genannten Zwecksetzung nicht entgegenstehen. Zudem ist es für die sich aus den Stellungnahmen der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller ergebenden Zwecksetzung gerade erforderlich, dass die Unternehmen beim Bauherrn oder beim Mitkonkurrenten das Leistungsverzeichnis (schnell) erfragen können und dass der Bauherr die eingereichten Eigenofferten vergleichen kann. Denn wenn das als ebenfalls zur Erstellung einer Eigenofferte angefragte Konkurrenzunternehmen das meldende Unternehmen tatsächlich schützen will, dann muss es auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses des meldenden Erstunternehmens seine Eigenofferte kalkulieren, weil die Unternehmen andernfalls riskieren würde, dass der Bauherr wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der eingereichten Eigenofferten den Zuschlag nicht demjenigen Unternehmen erteilt, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht hat. Dass der Bauherr «Gleiches mit Gleichem» vergleichen kann, ist also gerade Voraussetzung für eine erfolgreiche Erreichung des sich aus den Stellungnahmen der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller ergebenden Zwecksetzung, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern.

953. Insbesondere der an den Anhörungen von [Vertreter der Hagedorn] und [Vertreter der Oberholzer] betonte Zweck, die EO-Listen hätten dazu gedient, den Aufwand für die Erstellung der Eigenofferte für ein Unternehmen zu reduzieren, welches als zweites um eine Eigenofferte gebeten wird, widerspricht nicht dem von den Selbstanzeigerinnen genannte Zwecken. Denn wenn der Aufwand für die Offerterstellung für das «zweite» Unternehmen geringer ist, so ist gerade erklärlich, warum das zweite Unternehmen gleichwohl dem ersten Unternehmen den Auftrag überlässt, nämlich als Gegenleistung für die Erleichterung der – eigentlich «unnützen» – Offerterstellung.

954. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Oberholzer und die Toller lediglich angegeben haben, dass sie (ab 2004) keine – oder im Falle von Toller nur im (stark) reduzierten Masse – Stützofferten für gemeldete Eigenofferten abgegeben hätten (siehe oben Rz 939 f., 944). Sie haben indessen nicht behauptet, dass sie für ihre gemeldeten Eigenofferten keinen aktiven (mittels Stützofferten anderer Unternehmen) oder passiven (durch Untätigkeit eines als zweites angefragten Unternehmens) Schutz erhalten hätten. Aus den genannten Behauptungen der Oberholzer und der Toller könnte damit ohnehin nur, aber immerhin, folgen, dass die beiden Unternehmen keine Stützofferten eingereicht haben, nicht aber, dass sie keinen Schutz betreffend ihre gemeldeten Eigenofferten erhalten hätten.

955. Insoweit die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller (für die Zeit ab 2004) und die Bernet Bau durch die Nennung von anderen Zwecken den Zweck, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern, bestreiten wollten, müssen alle genannten Aussagen und Stellungnahmen jeweils auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dies gilt auch deshalb, da die Toller nunmehr behauptet oder suggeriert, sie habe ihre anfänglichen Angaben, welche zumindest für die Zeit vor 2004 im Einklang mit den Selbstanzeigen standen, nicht im Zusammenhang mit dem EO-System gemacht (siehe oben Rz 947).

956. Damit müssen alle vorliegenden Beweismittel im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden (vgl. oben Rz 125 ff). Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist (siehe oben Rz 127). Die beweismässige Überzeugungskraft einer Aussage oder einer Stellungnahme wird ausserdem dadurch gestärkt, dass sie im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht (vgl. insbesondere oben Rz 126). Wie bereits erläutert ist dabei zu prüfen, inwiefern die genannten Aussagen und die Stellungnahmen glaubhaft

sind und nicht im Widerspruch zu anderen Beweismitteln (vor allem Urkundenbeweisen) stehen. Dabei gilt: Eine Aussage ist insbesondere dann glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist.

957. Die Angaben der Implenia und der Walo zum Zweck der Zusammenarbeit weisen jeweils keine inneren Widersprüche und Logikbrüche auf und sind nachvollziehbar und mit einem hohen Detaillierungsgrad begründet. Ein hoher Detaillierungsgrad einer Aussage spricht für die Überzeugungskraft einer Angabe (siehe Rz 126). Insbesondere der Hinweis auf den Hintergrund der EO-Listen, wonach es darum ging, zu verhindern, dass der Aufwand, den das «erste» Unternehmen mit der Erstellung einer Eigenofferte betrieb, nicht umsonst gewesen sein sollte, ist unmittelbar einleuchtend und nachvollziehbar. Denn ein an der Sicherung und Steigerung des eigenen Umsatzes und Gewinns interessiertes Unternehmen hat ein natürliches Interesse daran, dass betriebener Aufwand auch amortisiert wird und Mitkonkurrenten nicht als Trittbrettfahrer von bereits erstellten Leistungsverzeichnissen profitieren können. Würde ein Unternehmen Letzteres zulassen, so würde es unmittelbar zur Kostensenkung bei Konkurrenzunternehmen beitragen und seine eigene Wettbewerbssituation verschlechtern.

958. Die Angaben der Implenia und der Walo stehen zudem mit den objektiven Beweismitteln im Einklang, insoweit sich aus diesen Beweisen für die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers sowie der Höhe der Zweitofferten (und ggf. Drittofferten) ergeben (siehe dazu unten Rz 990 ff.). Auch ist der sich aus den EO-Listen ergebende Umstand, dass alle acht Unternehmen regelmässig und in grossem Umfang Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben, ein Hinweis darauf, dass es den acht Unternehmen um den Schutz der gemeldeten Eigenofferten ging. Denn die anderen genannten Zwecke einer solchen Meldung sind nicht nachvollziehbar begründet (siehe unten Rz 955 ff., 988 f.). Hinzuweisen ist zuletzt auch darauf, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen zum Zweck der Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen für die Zeit vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahr 2004 von der Toller bestätigt wurden. Dabei ist auch bedeutsam, dass die Toller derartige Angaben machte, obwohl sie die Angaben der Selbstanzeigerinnen zum Zeitpunkt ihrer entsprechenden Stellungnahmen und Angaben nicht aus den Akten kennen konnte. Soweit die Toller nunmehr behauptet, sie habe diese Angaben nicht in Bezug auf das EO-System machen wollen, ist dies als Schutzbehauptung anzusehen, welche im Widerspruch zu den vorliegenden Akten steht.

959. Soweit die übrigen Verfahrensparteien mit der Angabe anderer Zwecke für die Meldung von Eigenofferten die sich aus den Stellungnahmen der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller ergebende Zwecksetzung bestreiten wollen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Angaben dieser übrigen Unternehmen widersprechen. Denn die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller und die Bernet Bau haben unterschiedliche Angaben dazu gemacht, *von wem* das (elektronische) Leistungsverzeichnis mit Hilfe der EO-Listen bezogen werden könne. So hat die De Zanet angegeben, dass die EO-Listen ermöglichen würden, dass ein ebenfalls zu einer Eigenofferte angefragtes Unternehmen den Bauherrn um das Leistungsverzeichnis des meldenden Unternehmens anfragen könne (siehe oben Rz 942). Das Gleiche hat zwar zunächst auch die Hagedorn an ihrer Einvernahme behauptet (siehe oben Rz 943). Nachdem das Sekretariat die Hagedorn aber mit dem Widerspruch konfrontierte, dass man den *Bauherrn* doch möglicherweise auch ohne die Existenz der EO-Listen um das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten habe bitten können, behauptete die Hagedorn ausdrücklich, dass es die EO-Listen ermöglicht hätten, dass ein als zweites angefragtes Unternehmen das Leistungsverzeichnis «direkt vom Mitbewerber» erfragen könne, was eine Zeitersparnis bedeute. Auch die Reichmuth hat angegeben, dass das Leistungsverzeichnis im Falle einer Zweitanfrage vom *EO-Melder* zu beziehen war (Rz 945). Die Oberholzer, die Toller und die Bernet Bau haben hingegen keine Angaben dazu gemacht, *von wem* das Leistungsverzeichnis mit Hilfe der EO-Listen zu beziehen war. Die beweismässige Überzeugungskraft der geschilderten Angaben ist damit schon deshalb herabgesetzt, weil zu erwarten wäre, dass die De Zanet, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller und die Bernet Bau, welche alle bis zuletzt Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben, die Funktionsweise der EO-Liste gleichermassen kennen und damit auch gleichermassen erklären könnten.

960. Zudem ist die beweismässige Überzeugungskraft der Angaben der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth, der Toller sowie der Bernet Bau auch herabgesetzt, weil die von diesen Unternehmen genannten alternativen Begründungen für ihr Meldeverhalten jeweils in sich widersprüchlich sind. Dies zeigen die folgenden Ausführungen:

961. Die Toller hat zunächst angegeben, dass die EO-Listen unnütz seien und keinen Sinn machen, weil die Unternehmen die Vorausmasse ohnehin vom Bauherrn bekämen. Gleichwohl gibt die Toller dann in späteren Stellungnahmen wiederum an, dass es (ausschliesslich) Sinn und Zweck der EO-Listen sei, dass die anderen Unternehmen wussten, bei wem sie das leere Leistungsverzeichnis «bestellen konnten», damit die «aufwändige Arbeit» der Erstellung des Leistungsverzeichnisses nicht mehrmals durchgeführt werden müsse (siehe oben Rz 940 f.). Das Gleiche gilt für die Ausführungen der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth und der De Zanet. Denn diese Unternehmen bejahen einerseits im Grundsatz, dass man das Leistungsverzeichnis sowie den Namen des ersteingebenden Unternehmens ohnehin beim Bauherrn habe erfragen können; daraus wäre zu folgern, dass man das Leistungsverzeichnis auch ohne EO-Listen entweder beim Bauherrn oder – nach Erfragung der Identität des Mitbewerbers – direkt beim Mitbewerber hätte einfordern können. Andererseits geben diese Unternehmen an, dass die EO-Listen dazu dienten, dass ein Unternehmen, welches als zweites zur Abgabe einer Eigenofferte angefragt wurde, in der Liste nachschauen konnte, wessen Leistungsverzeichnis es bei der eigenen Offerterstellung verwenden sollte. Dass Letzteres der einzige Grund der Führung der EO-Listen war, ist aber nicht plausibel, wenn die Unternehmen die Identität desjeni-

gen Unternehmens, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht hat, auch direkt beim Bauherrn erfragen könnten. Für die Oberholzer kommt als widersprüchliche Angabe hinzu, dass sie ausführt, dass alle Informationen in den EO-Listen ohnehin unter infobau.ch abrufbar gewesen seien (siehe oben Rz 944). Wenn dies stimmen würde, dann kann es nicht der ausschliessliche Zweck der EO-Listen gewesen sein, aus ihnen zu erfahren, von welchem Unternehmen das Leistungsverzeichnis zu erfragen wäre.

962. Die Angaben der Toller sind zudem in sich widersprüchlich, weil sie einerseits angibt, dass EO-System habe dazu gedient den Mitbewerbern den Aufwand der Erstellung des Leistungsverzeichnisses zu ersparen. Wenn dies zutreffen würde, dann würde das EO-System zu einer Begünstigung von Konkurrenten führen. Andererseits hat die Toller aber wiederholt angegeben, dass die anderen Unternehmen sie wegen ihrer mangelnde Kooperation gerügt hätten und zudem ab 2008 ein Streit um das Projekt «[…]» ausgebrochen sei, welcher eine Zusammenarbeit erheblich erschwert bzw. verunmöglicht habe (siehe oben Rz 332). Wenn Letzteres stimmen würde, wäre nicht verständlich, warum die Toller ausgerechnet in der Zeit des Streits und der abnehmenden Kooperation (2008/2009) ihren Konkurrenten 124 Eigenofferten (88 EO im Jahr 2008, 36 EO zwischen Anfang 2009 und Juni 2009) zukommen gelassen haben soll, um diese Konkurrenten bei der Erstellung ihrer Eigenofferten gegenüber ihr zu begünstigen und ihnen damit zu ermöglichen, die Eigenofferten der Toller preislich zu unterbieten.

963. Letzteres liesse sich auch nicht damit erklären, dass die Toller versucht haben könnte, den Konkurrenten falsche Leistungsverzeichnisse zukommen zu lassen (vgl. oben Rz 940). Denn die Toller hat gar nicht behauptet, dass sie selbst die Leistungsverzeichnisse dazu missbraucht habe, die Zweit- oder Drittofferenten mit falschen Leistungsverzeichnissen zu «verwirren». Sie hat lediglich *vermutet*, dass *andere* Unternehmen eine solche Taktik verfolgt haben «könnten», um ihre Eigenofferten zu schützen.

964. Auch der Hinweis darauf, dass die Toller «vermutet» habe, dass das EO-Meldesystem aus einem Meldesystem des Baumeisterverbandes hervorgegangen sei (vgl. oben Rz 939 f.), vermag nicht zu erklären, dass die Toller bis Mitte 2009 häufig mit am meisten Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet hat. Denn wenn sie tatsächlich nur wegen dieser Vermutung und einem daraus angeblich entstandenem Pflichtgefühl Eigenofferten gemeldet hätte, so wäre zu erwarten, dass sie der für sie angeblich lästigen Meldungspflicht dadurch nachgekommen wäre, dass sie – wie auch schon von der Toller behauptet – nur 2 bis 3 Projekte nach einer entsprechenden Rüge (siehe oben Rz 895) durch die anderen Unternehmen meldete. Genau das Gegenteil ist aber – wie gezeigt – der Fall. Kommt hinzu, dass keinerlei Dokumente vorliegen, welche darauf hindeuten, dass die Toller zur Verbesserung ihrer Meldedisziplin angehalten worden ist.

965. Die Angaben der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth, der Toller und der Bernet Bau weisen ausserdem Logikbrüche auf. Denn alle diese Unternehmen geben an, dass sie die Eigenofferten gemeldet hätten, damit ein Mitbewerber das Leistungsverzeichnis desjenigen Unternehmens verwenden könne, welches die erste Eigenofferte erstellt hat. Wie bereits erläutert wäre eine derartige Verhaltensweise im freien Wettbewerb aber gar nicht erklärlich. Denn im freien Wettbewerb hätte ein an der Sicherung und Steigerung des eigenen Umsatzes und Gewinns interessiertes Unternehmen ein natürliches Interesse daran, dass der betriebene Aufwand der Offerterstellung auch mittels dem Erhalt des Auftrags amortisiert wird und Mitkonkurrenten nicht als Trittbrettfahrer von bereits erstellten Leistungsverzeichnissen profitieren können. Für ein Unternehmen kann im freien Wettbewerb also normalerweise kein Interesse daran bestehen, dass Konkurrenten von Eigenofferten erfahren und zudem auch noch das Leistungsverzeichnis *kostenlos* erhalten. Würde ein Unternehmen Letzteres zulassen, so würde es unmittelbar zur Kostensenkung bei Konkurrenzunternehmen beitragen, die Gefahr erhöhen, dass es den Auftrag nicht erhält und seine eigene Wettbewerbssituation insgesamt verschlechtern. Dies gilt umso mehr als mehrere Unternehmen angegeben haben, dass die Erstellung des Leistungsverzeichnisses einen erheblichen Aufwand bedeute. Wäre die Behauptung richtig, dass die EO-Listen ausschliesslich dazu dienten, einem als zweites oder drittes angefragtem Unternehmen den Aufwand der Offerterstellung zu ersparen, so hätten die Unternehmen zusammengearbeitet, um Konkurrenten Kosten zu ersparen und preislich bessere Trittbrettfahrerangebote von Konkurrenten zu erleichtern. Ein solcher Zweck entbehrt jeglicher Logik. Diese letzte Konsequenz wurde dementsprechend auch von keinem der acht Unternehmen im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum EO-System genannt. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats hat keines der Unternehmen zu diesem Logikbruch Stellung bezogen.

966. Mit Blick auf die Überlegungen in Rz 965 zeigen im Übrigen allein die Umstände, dass sich die Unternehmen gegenseitig Eigenofferten gemeldet haben und sich bei Zweitanfragen gegenseitig die Leistungsverzeichnisse zur Verfügung gestellt haben, dass die Unternehmen dies nur aus folgendem Grund getan haben können: Sie müssen erwartet haben, dass das zweite Unternehmen – wie es auch aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Toller hervorgeht – eine Offerte einreichen wird, deren Eingabesumme über der Eingabesumme des ersten Unternehmens liegen wird, mithin, dass es die für die EO-Liste gemeldete Eigenofferte schützen wird. Als Gegenleistung für die Stützofferte hatte das als zweites oder drittes angefragte Unternehmen einen geringeren Aufwand bei der Offerterstellung, weil es das Leistungsverzeichnis von dem Unternehmen beziehen konnte, welches die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hatte.

967. Auch die Aussage der Toller, wonach der Zweck, dass Eigenofferten zu schützen seien, dazu führen würde, dass alle Unternehmen den Bauherren Eigenofferten «angeboten» hätten (siehe oben Rz 941), weist Logikbrüche auf. Denn erstens ist schon nicht ersichtlich, inwiefern das EO-System für die acht Unternehmen unerwünschte Auswirkungen («Das hätte den Markt verzerrt») gehabt hätte. Zweitens ist es einem Bauunter-

nehmen tatsächlich gar nicht möglich, wahllos Eigenofferten «anzubieten». Denn anders als bei öffentlichen Ausschreibungen wissen Unternehmen, welche nicht vom Bauherrn um eine Eigenofferte gebeten werden, in der Regel gar nichts von einer entsprechenden Nachfrage. Die Situation, dass quasi ein Wettlauf zwischen den acht Unternehmen entstehen würde, möglichst alle tatsächlich bestehenden EO-Projekte mit Eigenofferten «einzudecken», ist in tatsächlicher Hinsicht damit gar nicht denkbar.

968. Die beweismässige Überzeugungskraft der Angaben der De Zanet, der Oberholzer, der Reichmuth sowie der Bernet Bau ist darüber hinaus auch deshalb herabgesetzt, weil die genannten alternativen Begründungen für die Meldung der Eigenofferten keinen hohen Detaillierungsgrad aufweisen. Denn diese Unternehmen erklären insbesondere nicht, wie das EO-System zu einer Zeitersparnis führen soll, wo sie doch selbst angeben, dass Bauherren das Leistungsverzeichnis des Erstofferenten ohnehin herausgegeben hätten und ihnen zudem das Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt habe, genannt hätten (siehe oben Rz 961 ff.). Ein geringer Detaillierungsgrad vermindert die beweismässige Überzeugungskraft einer Angabe (siehe oben Rz 126).

969. Die Angaben der Toller sind hinsichtlich ihrer beweismässigen Überzeugungskraft über den bereits genannten Umfang auch deshalb herabgesetzt, weil die Toller im Zeitverlauf unterschiedliche Angaben bezüglich der Gründe für ihre Teilnahme am EO-System gemacht hat und immer neue Begründungen nachgeschoben hat (vgl. oben Rz 937 ff). Kommt hinzu, dass die Toller ihre Behauptungen oft kaum substantiiert, lediglich Vermutungen anstellt und an den entscheidenden Stellen im Vagen verbleibt. So stellt die Toller hinsichtlich des angeblichen «Missbrauchs» des EO-Systems durch die Weitergabe angeblich verfälschter Leistungsverzeichnisse lediglich Vermutungen an; sie gibt lediglich an, dass andere Unternehmen das EO-System möglicherweise für einen derartigen Zweck missbraucht haben könnten, ohne auch nur einen Fall klar zu benennen oder sonstige erklärende Anmerkungen zu machen.[1162] Diesbezüglich ist zudem anzumerken, dass keines der anderen Unternehmen einen solchen Missbrauch beschrieben, geschweige denn beklagt hat. Vergleichbares gilt bezüglich der Behauptung, die Toller habe Eigenofferten gemeldet, weil das EO-Meldesystem «vermutlich» aus dem Meldesystem des Baumeisterverbands hervorgegangen sei und sich die Toller deshalb dazu verpflichtet gefühlt habe, der Batigroup bzw. Implenia Eigenofferten zu melden. Es ist nicht vorstellbar, dass allein eine solche «Vermutung» dazu führt, dass ein mittelständisches Unternehmen, das augenscheinlich in der Region gut vernetzt war und alle zwei bis vier Wochen an MA-Sitzungen mit den anderen sieben Unternehmen zusammen gekommen ist, allein aufgrund einer Vermutung über acht Jahre lang wiederholt und in grossem Umfang Eigenofferten meldet, ohne auch nur ein einziges Mal abzuklären, ob es tatsächlich eine derartige Meldepflicht trifft.

970. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten überhaupt kein Hinweis ergibt, dass die Implenia oder eine ihre Rechtsvorgängerin vom Baumeisterverband «beauftragt» wurde, das EO-System zu führen. Im Gegenteil hat etwa die De Zanet angegeben, dass sie ihre Eigenofferten auch beim Baumeisterverband gemeldet habe.[1163] Dies wäre aber gar nicht möglich, wenn die Behauptung der Toller zur «Übertragung» der Meldepflicht auf die Implenia bzw. eine ihrer Rechtsvorgängerinnen wahr wäre. Es ist ausserdem zu beachten, dass die Protokollierung eines Treffens aus dem Jahr 1995 zeigt, dass schon damals Eigenofferten nicht an den Baumeisterverband, sondern an die Georges Leimbacher AG (eine Rechtsvorgängerin der Implenia) gemeldet werden sollten. Auch die Implenia selbst hat nicht angegeben, dass sie oder eine ihrer Rechtsvorgängerinnen vom Baumeisterverband beauftragt worden sei. Sie hat lediglich auf die Vergleichbarkeit des EO-Systems mit dem Meldesystem eines Baumeisterverbands hingewiesen.[1164]

971. Die Toller hätte die Möglichkeit gehabt, in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats zu den in Rz 969 f. aufgezeigten Unstimmigkeiten Ausführungen zu machen und diese aufzulösen. Dies hat die Toller indes nicht getan. Wie erläutert hat sie lediglich angegeben, das Sekretariat habe die Bedeutung des Baumeisterverbands nicht richtig untersucht. Dieser Einwand ist angesichts der in Rz 969 f. gemachten Ausführungen nicht verständlich.

972. Schon aus den vorangehenden Randziffern ergibt sich, dass die Angaben der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Reichmuth, der Toller und der Bernet Bau zu alternativen Zwecken nicht im Einklang mit objektiven Beweisen stehen. Zudem liegen auch objektive Beweise vor, welche zeigen, dass es hinsichtlich von EO-Projekten zu gemeinsamen Festlegung der Höhe der Eingabesummen gekommen ist (siehe dazu unten Rz 999 ff.).

973. Kommt hinzu, dass Beweismittel vorliegen, welche für die Zeit vor 2002 zeigen, dass die Unternehmen davon ausgingen, dass Eigenofferten zu melden und zu schützen seien. Schon im Jahr 1995 haben [Vertreter der Walo] (Walo Bertschinger AG), [Vertreter der Hagedorn] (Jules Hagedorn AG), [Vertreter der De Zanet] (De Zanet AG), [Vertreter der Oberholzer] (Oberholzer) und Vertreter der G. Leimbacher AG und der Stuag AG gemeinsam beschlossen, dass «jede Eigenofferte» gemäss Terminprogramm an die G. Leimbacher AG zu melden ist (siehe oben Rz 195 ff.).[1165] Zu beachten ist, dass diese Verhaltensweise bis Mitte 2009 beibehalten wurde.

974. Bedeutsam ist diesbezüglich auch die bei der Hagedorn sichergestellte Notiz von Ende 2001[1166], welche den acht Unternehmen zur Kenntnis gelangt sein muss (siehe dazu oben Rz 201 ff.). Unter dem Traktandum 4 heisst es in der Notiz:

> *«Eigenofferten sind ‚heilig' bzw. müssen vom Mitbewerber wenn irgendwie vertretbar ‚abgedeckt' werden.»*

[1162] Vgl. Act. n° [...].
[1163] Act. n° [...].
[1164] Act. n° [...].
[1165] Vgl. Act. n° [...].
[1166] Act. n° [...].

Unter Traktandum 5.2 wird festgehalten, dass Eigenofferten bis CHF 200‘000 «*zu schützen*» sind. Weiter wird festgehalten, dass sich diese Vorgaben auf die Gebiete See, Gaster, March und Höfe beschränken. Dieses Dokument zeigt deutlich, dass die acht Unternehmen auch schon vor 2002 davon ausgingen, dass gemeldete Eigenofferten zu schützen sind.

975. Weiter ist wie erläutert aus dem Umstand, dass alle acht Unternehmen wiederholt und in grossem Umfang zwischen 2002 und Mitte 2009 Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben, der Zweck zu folgern, dass die gemeldeten Eigenofferten zu schützen seien (siehe oben Rz 965 f.) und dass auch alle acht Unternehmen aus diesem Grund ihre Eigenofferten meldeten. Dabei ist auch beachtlich, dass sich die Verhaltensweisen aller acht Unternehmen nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Jahre 2004 nicht verändert haben und aus den objektiven Beweismitteln keinerlei E-Mails oder Besprechungsnotizen ersichtlich sind, aus denen auf einen geänderten Zweck der Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen zu schliessen wäre. Die einzige Änderung, welche bei den EO-Listen in diesem Zusammenhang ersichtlich ist, ist, dass am 30. März 2004, d. h. zwei Tage vor dem Inkrafttreten des verschärften Kartellgesetzes, zum letzten Mal solche EO-Listen versendet worden waren, auf welchen die Unternehmen mit Unternehmenskürzeln identifiziert waren. Danach waren in der letzten Spalte der EO-Listen nur noch die Kennzahlen (siehe dazu oben Rz 286) aufgeführt. Dies weist auf eine Verdunkelungsintention hin, welche gerade dafür spricht, dass die acht Unternehmen – anders als es die Toller behauptet – mit der Meldung von Eigenofferten für die EO-Listen auch nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 den ursprünglichen Zweck beibehielten.

976. Aus alledem ist in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass alle acht Unternehmen jedenfalls zwischen 2001 und 2009 mit dem EO-System bezweckten, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Grund hierfür war, dass mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses ein erheblicher Aufwand verbunden war und die Unternehmen verhindern wollten, dass ein anderes Unternehmen von dem bereits erstellten Leistungsverzeichnis profitiert und den Zuschlag erhält. Dies würde dazu führen, dass der Aufwand des ersteinreichenden Unternehmens nutzlos würde. Wenn nach der Einreichung einer Eigenofferte ein zweites Unternehmen um eine Eigenofferte gebeten wurde, so wurde der Schutz des ersten Unternehmens dadurch erreicht, dass das zweite Unternehmen, welche nach der Meldung vom Bauherrn ebenfalls zur Offerteinreichung angefragt wurden, sich bei dem erstmeldenden Unternehmen melden sollten, um mit ihm gemeinsam die Höhe der Eingabesumme der Stützofferte festzulegen (siehe dazu sogleich Rz 978 ff.). Der Aufwand des nicht als erstes angefragten Unternehmens bei der Erstellung einer allfälligen Stützofferte wurde dadurch gering gehalten, dass es das Leistungsverzeichnis vom meldenden Unternehmen erhielt. Mit Blick auf die Gesamtheit der vorliegenden Beweismittel ist mithin auch nicht anzunehmen, dass die Selbstanzeigerinnen falsche Angaben betreffend den Zweck des EO-Systems gemacht haben.

977. Soweit die Toller geltend macht, die Zusammenarbeit im Rahmen bzw. die Bedeutung des Baumeisterverbands sei vom Sekretariat nicht richtig untersucht worden, ist nicht ersichtlich,[1167] inwiefern dieser Einwand gegen das oben genannte Beweisergebnis sprechen sollte. Vorliegend ist Beweis über den Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen des EO-Systems geführt worden. Dabei wurde der Zweck des EO-Systems in beweismässiger Hinsicht erstellt. Selbst wenn es vorliegend andere Zusammenarbeitssysteme zwischen Bauunternehmen in der Region gegeben hätte und diese möglicherweise vergleichbare Zwecke wie das EO-System gehabt hätten, würde das nichts an den obigen Ausführungen ändern. Ohnehin haben die Wettbewerbsbehörden die Rolle des Baumeisterverbands im Rahmen der Beweiswürdigung gewürdigt. Dass die Rolle des Baumeisterverbands nicht im Sinne der Toller gewürdigt wurde, stellt keine fehlende Untersuchung der Bedeutung des Baumeisterverbands dar.

c. Das weitere Vorgehen nach der Meldung der Eigenofferten für die EO-Listen

978. Nachfolgend wird das weitere Vorgehen der Parteien nach der Meldung der Eigenofferten für die EO-Listen beschrieben. Hierzu haben lediglich die Implenia, die Walo und (teilweise) auch die Toller Angaben gemacht, da die anderen Unternehmen ohnehin bestritten haben, dass das EO-System der Sicherung der Eigenofferten dient (siehe oben Rz 927 ff.).

979. Im Gegensatz zum MA-System ist die gemeinsame Festlegung der Höhe der Eingabesummen der Gewinnerofferte und der Stützofferte(n) im EO-System nicht immer notwendig gewesen. Denn bei Eigenofferten fordern Bauherren ohnehin nicht immer weitere Eigenofferten bei anderen Unternehmen an. So ergibt sich etwa aus den Ausführungen der Walo, dass Bauherren bisweilen auch Bauaufträge ohne die Einholung der Zweitofferte vergeben. Gemäss Walo seien [70-90] % der Projekte, für welche die Walo Eigenofferten erstellt habe, ohne Vergleichsofferte an sie vergeben worden.[1168] Daraus kann gefolgert werden, dass es auch nicht hinsichtlich jedes Projekts, welches auf den EO-Listen geführt war, zu einem Austausch und einer gemeinsamen Festlegung der Eingabesummen kam.[1169] Dies war gar nicht immer notwendig. Das EO-System war mithin ein «Sicherungssystem» für Eigenofferten, was nur weitere Schritte erforderte, wenn der Bauherr bei (mindestens) einem der jeweils anderen sieben Unternehmen eine Konkurrenzofferte einholte.

[1167] Act. n° [...].
[1168] Act. n° [...].
[1169] Act. n° [...].

980. Dabei ist anzunehmen, dass das EO-System von vorneherein den Konkurrenzdruck zwischen den acht Unternehmen geschwächt hat, da das Unternehmen, welches eine Eigenofferte erstellte, davon ausgehen konnte, dass es die Eigenofferte für EO-Listen melden konnte, und sie damit im Regelfall für sich gesichert hatte. Im freien Wettbewerb wäre der Konkurrenzdruck hingegen höher, da ein Unternehmen, welches ein Projekt durchführen möchte und eine Eigenofferte erstellt, nicht wissen kann, ob es weitere Unternehmen gibt, welche um Eigenofferten gebeten wurden und wie hoch die Eingabesummen dieser Unternehmen sein werden.

981. Wenn es hinsichtlich gemeldeter Eigenofferten dazu kam, dass mindestens eines der jeweils anderen sieben Unternehmen ebenfalls zur Einreichung einer Eigenofferte gebeten wurde, so entstand entsprechend der Zwecksetzung der EO-Listen ein Koordinierungsbedarf zwischen den angefragten Unternehmen. Gegenstand dieser Koordinierung war entsprechend der Vorgabe, dass Eigenofferten (grundsätzlich) zu schützen sind, nicht, welches Unternehmen Schutz erhalten soll, *sondern nur* die gemeinsame Festlegung der Eingabesumme desjenigen Unternehmens, welches als zweites (oder drittes) angefragtes Unternehmen die Offerte des EO-Melders schützen sollte.

982. Aus den Angaben der Toller, der Implenia und der Walo folgt dabei, dass die jeweils an der Koordination beteiligten Unternehmen nicht an den MA-Sitzungen, sondern bei separaten Gesprächen gemeinsam die Höhe der Stützofferten festlegten.[1170] Diese Gespräche erfolgten entweder an separaten Treffen, telefonisch und/oder per Fax und E-Mail.[1171] Im Unterschied zur Koordination von MAL-Projekten dürfte diese Koordination der Eigenofferten weniger aufwändig gewesen sein. Erstens, weil im EO-System in der Regel nicht mehr bestimmt werden muss, welches Unternehmen Schutz erhalten soll – nämlich dasjenige Unternehmen, welches die Eigenofferte erstellt hat. Zweitens ist die Anzahl der Unternehmen, welche in die gemeinsame Festlegung der Eingabesummen einbezogen wurden, kleiner als bei MAL-Projekten, welche häufig im offenen Verfahren ausgeschrieben wurden.

983. Die EO-Listen wurden aber auch an den MA-Sitzungen besprochen. Dies ergibt sich aus den objektiven Beweismitteln sowie den Angaben der Selbstanzeigerinnen. So geht aus den vorliegenden Versand-E-Mails der Implenia hervor, dass die aktuellen EO-Listen jeweils kurz vor den anberaumten MA-Sitzungen versendet wurden. Dies zeigt, dass die EO-Listen im Hinblick auf die MA-Sitzungen aktualisiert wurden. Wäre dies nicht der Fall, so hätte es nicht eines Gleichlaufs des Sitzungsrhythmus und des Rhythmus des Versands der aktualisierten EO-Listen bedurft. Die Implenia hat dementsprechend angegeben, dass die aktualisierte EO-Liste vor dem Stattfinden der MA-Sitzung versendet [worden sei, damit an den MA-Sitzungen jeweils eine überarbeitete Version der EO-Liste habe verwendet werden können].[1172] Später hat [Vertreter der Implenia] für die Implenia weiter ausgeführt, dass man an den MA-Sitzungen die EO-Listen jeweils durchgegangen sei.[1173] Auch die Walo hat bestätigt, dass die EO-Listen ein Thema der MA-Sitzungen waren. Sie hat dazu ausgeführt, dass an den Sitzungen die Eigenofferten nachgetragen [worden seien], welche zwischen dem «Abgabetag» (= Termin für die Meldung der Eigenofferten bei der Implenia) und der MA-Sitzung erstellt worden [sei].[1174] Wie bereits erläutert, war zudem in den Traktandenlisten der Einladungen zu den Sitzungen von 1994 und 1995 ein Traktandum «Eigenofferte» erwähnt (siehe oben Rz 257). Die Eigenofferten waren also in diesen Jahren und auch später ein fester Bestandteil der MA-Sitzungen.

984. Was genau die acht Unternehmen bezüglich der EO-Listen an den MA-Sitzungen besprochen haben, konnte nicht gänzlich aufgeklärt werden. Wie erläutert wurde an den MA-Sitzungen aber in der Regel nicht die Höhe der Eingabesummen betreffend EOL-Projekte abgestimmt (siehe oben Rz 982). Auch war die Festlegung des schutznehmenden Unternehmens in der Regel nicht erforderlich, weil dieses entsprechend der Zwecksetzung des EO-Systems bereits feststand. Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie die objektiven Beweismittel zeigen jedoch, dass im Einzelfall doch eine Festlegung des schutznehmenden Unternehmens notwendig war.

985. So konnte im Einzelfall zwischen zwei Unternehmen der MA-Sitzungen hinsichtlich eines Projekts ein Interessenskonflikt entstehen: Dies war zu erwarten, wenn zwei Unternehmen unabhängig voneinander Eigenofferten hinsichtlich desselben Projekts erstellt haben, welche sie dann auch beide gleichzeitig oder knapp hintereinander bei der Implenia gemeldet haben. Die Walo hat bezüglich dieser Konstellation ausgeführ[, dass unter diesem Traktandum die anstehenden Eigenofferten genannt und allenfalls Interessebekundungen abgegeben worden seien, wenn mehrere Unternehmen zu Eigenofferten aufgefordert worden seien.][1175]

986. Die vorliegenden objektiven Beweise geben zudem Hinweise darauf, dass eine Koordination hinsichtlich der Frage des schutznehmenden Unternehmens in der MA-Sitzung notwendig war, wenn zwei Unternehmen betreffend ein besonders wertvolles Projekt zu Eigenofferten eingeladen wurden oder solche bereits erstellt und gemeldet hatten. Dass es derartige Konstellationen gegeben hat, geht aus den Notizen von [Vertreter der Hagedorn] von Ende 2001 hervor (siehe dazu auch Rz 201 ff.). In dieser Notiz ist festgelegt, dass Eigenofferten bis CHF 200‘000 zur schützen seien. Bei einer höheren Eingabesumme, sei die Eigenofferte nur «prioritär» zu behandeln.[1176] Es ist daher anzunehmen, dass bei besonders wertvollen Aufträgen, für welche mindestens eines der acht Unternehmen zu einer Eigenofferte eingeladen worden war, bisweilen Koordinierungen hinsichtlich der Festlegung des Zuschlagsempfängers an der MA-Sitzung erfolgten.

[1170] […].
[1171] […].
[1172] Act. n° [...].
[1173] Act. n° [...].
[1174] Act. n° [...].
[1175] Act. n° [...].
[1176] Act. n° [...].

987. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es das EO-System nach der Meldung einer Eigenofferte für die EO-Listen nicht immer erforderte, dass sich die Unternehmen auch weiter koordinierten. Eine Koordination wurde überhaupt nur notwendig, wenn ein zweites Unternehmen vom Bauherrn zur Abgabe einer Eigenofferte aufgefordert wurde. In diesem Fall gingen die acht Unternehmen entsprechend der Zwecksetzung des EO-Systems davon aus, dass dasjenige Unternehmen, welches die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat, grundsätzlich auch als Zuschlagsempfänger feststeht. Die gemeinsame Festlegung der Höhe der Stützofferten erfolgte in separaten Gesprächen, etwa in Sitzungen, Telefonaten und/oder per Fax oder E-Mail. Nur wenn zwei Unternehmen hinsichtlich desselben Projekts gleichermassen Eigenofferten eingereicht haben und diese auch für die EO-Listen gemeldet hatten, oder es sich um einen besonders wertvollen Auftrag handelte, konnte ein Interessenskonflikt entstehen. In diesen Fällen mussten sich die beteiligten Unternehmen auch über den Zuschlagsempfänger einigen.

d. Zwischenergebnis

988. In diesem Abschnitt wurde gezeigt, dass die acht Unternehmen zwischen 2001 und 2009 mit dem EO-System bezweckten, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Grund hierfür war, dass mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses ein erheblicher Aufwand verbunden war und die Unternehmen verhindern wollten, dass ein später ebenfalls vom Bauherrn angefragtes Unternehmen von dem bereits erstellten Leistungsverzeichnis profitiert und dann den Zuschlag erhält. Dies würde dazu führen, dass der Aufwand des ersteinreichenden Unternehmens nutzlos würde.

989. Das EO-System erforderte darüber hinaus nicht in jedem Fall eine weitere Koordination, denn die acht Unternehmen gingen ja ohnehin davon aus, dass dem meldenden Unternehmen das Projekt, für das das Unternehmen als erstes eine Eigenofferte eingereicht hat, «zusteht». Eine Koordination war nur notwendig, wenn ein zweites der acht Unternehmen vom Bauherrn zu einer Eigenofferte angefragt wurde. In diesem Fall wurde die Höhe der Eingabesumme der Stützofferten in separaten Gesprächen, etwa in Sitzungen, Telefonaten und/oder per Fax oder E-Mail ausgetauscht. Der Aufwand eines als zweites oder drittes angefragten Unternehmens für die Erstellung seiner Stützofferte wurde dadurch gering gehalten, dass dieses Unternehmen das Leistungsverzeichnis vom Unternehmen erhielt, welches die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hatte. Nur wenn zwei Unternehmen hinsichtlich desselben Projekts gleichermassen Eigenofferten eingereicht haben und diese auch für die EO-Listen gemeldet hatten, oder es sich um einen besonders wertvollen Auftrag handelte, konnte ein Interessenskonflikt entstehen. In diesen Fällen mussten sich die beteiligten Unternehmen auch über den Zuschlagsempfänger einigen.

A.5.4.2.3 Die Umsetzung des EO-Systems

990. Wie soeben erläutert, erforderte das EO-System, dass die Höhe der Eingabesummen der Stützofferten gemeinsam festgelegt werden musste, wenn ein zweites der acht Unternehmen ebenfalls zur Abgabe einer Eigenofferte eingeladen wurde. Im Folgenden wird gezeigt, dass es zu solchen Festlegungen gekommen ist und dass der Zweck des EO-Systems, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern, erfüllt wurde.

a. Erfolg der Umsetzung

991. Die Selbstanzeigerinnen haben unabhängig voneinander ausgeführt, dass das EO-System bis Mitte 2009 [funktioniert habe].[1177] Aus Sicht der Implenia war das Funktionieren des EO-Systems ein wichtiger Grund dafür, dass die Zusammenarbeit fortgesetzt wurde, obwohl die Koordination von MAL-Projekten ab 2008 immer schwieriger wurde. Im März 2015 erläuterte [Vertreter der Implenia] für die Implenia den Begriff des Funktionierens. Er führte aus, dass dies bedeute, dass die Erstellerin der gemeldeten Eigenofferte meistens auch den Zuschlag erhalten habe.[1178] Mindestens habe dies so für die Implenia zugetroffen. Implenia geht davon aus, dass die anderen Unternehmen auch ein Interesse an dem EO-System hatten.[1179]

992. Auch Walo bestätigt, dass das EO-System erfolgreich umgesetzt wurde. Sie hat dazu [angegeben, dass in 95 % der Fälle, bei denen ein zweites Unternehmen um eine Eigenofferte angefragt worden sei, eine Stützofferte eingereicht worden sei].[1180]

993. Auch objektive Beweise zeigen das Funktionieren des EO-Systems. So zeigen etwa die drei Eigenoffertmeldungen der Hagedorn aus dem Jahr 2009, welche sichergestellt werden konnten, dass von den von der Hagedorn gemeldeten EOL-Projekten mehr an die Hagedorn vergeben wurden (nämlich 10 Projekte) als an andere Unternehmen.[1181] Auch wenn dies nur einen Teilausschnitt betrifft, so zeigt dies doch für diesen kurzen Zeitraum und für die Hagedorn, dass die Zusammenarbeit entsprechend dem festgelegten Zweck funktionierte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass einige Unternehmen angegeben haben, dass die Zusammenarbeit gegen Ende des Zusammenarbeitszeitraums immer schlechter funktioniert habe.

994. Zuletzt ist auf den Umstand zu verweisen, dass alle acht Unternehmen, insbesondere diejenigen Unternehmen, welche angegeben haben, dass sie kaum noch an der Zusammenarbeit beteiligt gewesen seien (z. B. die Reichmuth und die Toller), zwischen 2002 und Mitte 2009 wiederholt, in grossem Umfang und unverändert Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben. Dieser Umstand belegt schon für sich, dass das EO-System funktioniert haben muss, da nicht plausibel ist, dass die acht Unternehmen den Aufwand des EO-Systems über eine so lange Zeit unverändert betrieben hätten, wenn es ihnen keinen Ertrag erbracht hätte.

[1177] Act. n° [...].
[1178] Act. n° [...].
[1179] Act. n° [...].
[1180] Act. n° [...].
[1181] Act. n° [...].

995. Es ist damit als bewiesen anzusehen, dass das EO-System unter Beteiligung aller acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 funktionierte. Dies bedeutet, dass das Unternehmen, welches eine Eigenofferte für die EO-Liste gemeldet hat, meistens auch den Auftrag erhalten hat.

996. Eine genauere Erfolgsquote, mit welcher die Anzahl und der Wert der Projekte, bei denen der EO-Melder auch den Zuschlag vom Bauherrn erhalten hat, konnte – anders als für das MA-System (siehe dazu oben Rz 827 ff.) – nicht berechnet werden. Denn wie bereits erläutert (siehe oben Rz 893 ff.), konnte nicht für alle EOL-Projekte das Gewinnerunternehmen ermittelt werden. Insbesondere war es wegen der Vielzahl der Bauherren nicht möglich, diese alle zu kontaktieren, um von ihnen zu erfahren, ob andere als die acht Unternehmen den Zuschlag erhalten haben. Dies wäre aber als Information bedeutsam gewesen, um zu eruieren, ob das EO-System von Drittunternehmen unterlaufen worden ist. Kommt hinzu, dass die gemeldeten Eigenofferten selbst von den Unternehmen nicht mehr identifiziert werden konnten bzw. die acht Unternehmen überhaupt keine Rückmeldung von Bauherren erhalten haben, ob die Eigenofferte anderweitig erteilt worden ist oder ob es gar keine Ausführung gab.[1182]

997. In ihren Stellungnahmen zum Antrag machen die Toller, die Hagedorn und die Bernet Bau geltend, es könne keine Aussage über den Erfolg der Umsetzung gemacht werden, da keine gemeinsamen Festlegungen der Höhe der Eingabesummen nachgewiesen seien und zudem der Bauherr nur in wenigen Fällen überhaupt bei einem weiteren Unternehmen eine Eigenofferte eingefordert habe. Der Bauherr habe sich bei seiner Anfrage ohnehin schon entschieden, welches Unternehmen er beauftragen wolle.[1183] Vergleichbares hat [Vertreter der Oberholzer] an seiner Anhörung ausgeführt.[1184] Diese Ausführungen sind weder überzeugend noch ändern sie etwas an den vorangegangen Ausführungen. Wie bereits erläutert, bemisst sich der Erfolg der Umsetzung des EO-Systems aufgrund seiner Funktionsweise nicht primär daran, ob es zur gemeinsamen Festlegung der Höhe der Eingabesummen gekommen ist. Massgeblich ist vielmehr, ob der Zweck des EO-Systems, die gemeldeten Eigenofferten für das meldende Unternehmen zu sichern, auch erreicht werden konnte. Dies ist nach Überzeugung der Wettbewerbsbehörden der Fall (siehe oben Rz 991 ff.). Ob dieser Zweck im Einzelfall dadurch erreicht wurde, dass bei einer – eher seltenen – Anfrage eines zweiten Unternehmens eine Stützofferte organisiert wurde oder schlicht dadurch, dass es keine zweite Anfrage gab, ist nicht von Bedeutung. Bedeutsam ist einzig, dass die acht Unternehmen nach der Funktionsweise des EO-Systems davon ausgingen, dass sie für ihre gemeldeten Projekte in der Regel den Zuschlag erhalten sollten und ihnen von den anderen Teilnehmern des EO-Systems in der Regel keine Konkurrenz drohte.

998. Die Bernet Bau und die Toller führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats aus, das System könne nicht erfolgreich gewesen sein. Denn sie hätten nur einen Bruchteil der von ihnen gemeldeten Offerten auch tatsächlich gewonnen. Die Toller gibt an, sie habe in den Jahren 2006–2009 bei 52 von 149 gemeldeten Eigenofferten den Zuschlag erhalten.[1185] Die Bernet Bau führt aus, sie habe in diesem Zeitraum bei 7 von 60 gemeldeten Eigenofferten den Zuschlag erhalten. Allerdings ist auch mit Blick auf diese Verhältnisse nicht anzunehmen, dass das EO-System nicht funktionierte. Denn zum einen ist eine teilweise Zielerreichung ein Teilerfolg. Und zum anderen ist für die Beurteilung des Erfolgs des EO-Systems nicht das Verhältnis der Zuschläge bei EO-Projekten zu den gemeldeten Eigenofferten entscheidend, sondern vielmehr, wie das Verhältnis von erfolgreichen Eigenofferten zur Anzahl der tatsächlich gerechneten Eigenofferten in der massgeblichen Zeit gewesen wäre, wenn das EO-System nicht bestanden hätte. Dieses ist nicht feststellbar. Ohnehin ist aus dem Umstand, dass die acht Unternehmen fast alle ihrer selbst gerechneten Eigenofferten gemeldet haben, zwingend zu schliessen, dass aus ihrer Sicht das EO-System ausreichend erfolgreich war.

b. Umsetzung am Beispiel ausgewählter Fälle

999. Nachfolgend werden drei ausgewählte Fallbeispiele, welche die Vorgehensweise bei der gemeinsamen Festlegung der Eingabesummen bei EOL-Projekten anhand von objektiven Beweisen exemplarisch aufzeigen, beschrieben. Bei diesen Fällen handelt es sich nur um Beispiele. Es ist davon auszugehen, dass es entsprechend der Zwecksetzung des EO-Systems über diese drei Fälle hinaus zu einer Vielzahl von gemeinsamen Festlegungen der Eingabesummen bei EOL-Projekten und entsprechenden Versuchen gekommen ist.[1186] Diese Projekte können nur nicht immer identifiziert werden. Zu betonen ist erneut, dass es für die nachfolgend geschilderten Vorgänge nur dann einen Anlass gab, wenn betreffend ein konkretes Projekt überhaupt ein zweites Unternehmen bezüglich einer Eigenofferte angefragt wurde.

1000. Dass über die vorliegenden Beweise hinaus nicht mehr noch mehr objektive Beweise für die gemeinsame Festlegung von Eingabesummen vorliegen, ist nicht erstaunlich, da die Zusammenarbeit zwischen den acht Unternehmen etwa vier Jahre vor den ersten Hausdurchsuchungen beendet worden war und die Unternehmen ihre Zusammenarbeit nach Aussagen der Implenia, der Walo und der Toller nach der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchungen im Aargau und in Zürich als kartellrechtlich heikel ansahen. Zudem ist nicht zu erwarten, dass die Unternehmen projektbezogene und illegale Tätigkeiten beweisende Dokumente aufbewahren. Dies vor allem mit Blick darauf, dass einige der acht Baufirmen im Jahr 2008 eine Ausbildung bezüglich des Kartellrechts erhielten, bei welchen ihnen u. a. empfohlen wurde, allfällig verdächtige Daten und Dokumente zu vernichten[1187]. In den Handnotizen der Bernet Bau zur Ausbildung heisst es zum Beispiel diesbezüglich:

[1182] Vgl. Act. n° [...].
[1183] Vgl. Act. n° [...].
[1184] Act. n° [...].
[1185] Act. n° [...].
[1186] Siehe insbesondere die geschützten EO-Projekte zugunsten Reichmuth im Jahr 2009, welche in der HAL enthalten sind: z. B. […] (HAL […] und EO 2009_22, EO Nr. 1643) und […] (HAL […] und EO 2009_14, EO Nr. 1615, vgl. Abbildung 40).
[1187] Act. n° [...].

«Tipp: immer wieder aufräumen (Chefsache). Kreis von Mitwissern intern wie extern möglich klein halten»

Beispiel 1: [Projektname]([…] 2008)

1001. Die folgende E-Mail wurde in den elektronischen Daten der [eine Verfahrenspartei]] gefunden: E-Mail vom Sekretariat der [eine Verfahrenspartei] an [eine Verfahrenspartei] am Donnerstag […] 2008 an die E-Mail Adresse von [Vertreter der Verfahrenspartei]:

«Gemäss Besprechung mit Hr. [Vertreter der [eine Verfahrenspartei]] erhalten Sie im Anhang die Offerte [eine Verfahrenspartei]. Mit der Bitte um Eingabe ca. 2-3 % höher. Preise +/- anpassen. Die offizielle Offerte verschickt […] mit Eingabetermin.»[1188]

1002. Entsprechend der obigen Ausführungen ist in dieser E-Mail an die [eine Verfahrenspartei] eine Anfrage um eine Stützofferte zu sehen. Denn die [Projektname] ist in der EOL 2008_[…][1189] als neue Eigenofferte von [Kennziffer] ([eine Verfahrenspartei]) in fetter Schrift enthalten (EO Nr. […]). Die [eine Verfahrenspartei] wurde auch zur Offerterstellung eingeladen.[1190]

1003. In ihrer Stellungnahme[1191] nennt die [eine Verfahrenspartei] hauptsächlich zwei Argumente, um die oben genannte «rätselhafte E-Mail» der [eine Verfahrenspartei] zu erklären: Erstens sei die Offerte der [eine Verfahrenspartei] «vermutlich» schon geschickt worden, bevor die [eine Verfahrenspartei] die E-Mail der [eine Verfahrenspartei] erhalten habe. Die E-Mail sei erst am […] 2008, zur Kenntnis genommen worden. Der Eingabetermin für die Offerte sei am […] 2008, um 9 Uhr abgelaufen. Um solche Fristen zu erfüllen, würden Offerten in einem solchen Fall standardmässig bei der [eine Verfahrenspartei] schon am Donnerstag abgeschlossen und versandt. Zweitens verweist die [eine Verfahrenspartei] darauf, dass die der E-Mail angehängte Offerte der [eine Verfahrenspartei] keine Eingabepreise enthalte. Damit könnten die Eingabepreise gar nicht koordiniert worden sein.

1004. Bezüglich des ersten Arguments ist ein Preisaustausch vor Eingabefrist ein Preisaustausch, selbst wenn er kurz vor Eingabefrist erfolgt. Die Behauptung der [eine Verfahrenspartei], dass die [eine Verfahrenspartei]-Offerte bereits versendet gewesen sei, als man bei der [eine Verfahrenspartei] von der E-Mail der [eine Verfahrenspartei] erfahren habe, wird zudem von der internen E-Mail von [Vertreter der [eine Verfahrenspartei]] an [Mitarbeiter der [eine Verfahrenspartei]] widerlegt. In dieser E-Mail vom […] 2008, 8:20 Uhr heisst es:

«[Vorname des Mitarbeiters einer Verfahrenspartei]
Hast Du da irgendwas an [Vorname des Vertreters einer Verfahrenspartei] versproche?
Haben wir das Devi überhaupt.
Gruss
[Vorname des Vertreters einer Verfahrenspartei]»[1192]

1005. Diese E-Mail zeigt, dass man bei der [eine Verfahrenspartei] am […] 2008 durchaus noch erwogen hat, auf das Schutzbegehren der [eine Verfahrenspartei] einzugehen. Wäre die [eine Verfahrenspartei]-Offerte schon versendet gewesen, so müsste sich [Vertreter der [eine Verfahrenspartei]] weder fragen, ob man bei der [eine Verfahrenspartei] «[Vorname eines Vertreters einer Verfahrenspartei]» irgendetwas «versprochen» habe, noch darüber nachdenken, ob die [eine Verfahrenspartei] über das Leistungsverzeichnis («Devi») der [eine Verfahrenspartei] verfüge. Wäre die [eine Verfahrenspartei]-Offerte bereits versendet gewesen, so wäre im Gegenteil gar keine Reaktion zu erwarten gewesen oder aber, dass [Vertreter der eine Verfahrenspartei] mitteilt, dass die [eine Verfahrenspartei]-Offerte bereits versendet worden ist. Die Frage nach dem Leistungsverzeichnis der [eine Verfahrenspartei] zeigt im Gegenteil, dass [Vertreter eine Verfahrenspartei] am Morgen des […] 2008 erwogen hat, entsprechend der Zwecksetzung des EO-Systems eine Offerte mit einer höheren Eingabesumme einzureichen.

1006. Auch der Hinweis der [eine Verfahrenspartei] darauf, dass den E-Mails nicht die Eingabesumme der [eine Verfahrenspartei] zu entnehmen ist, spricht nicht dagegen, dass es zu einer Umsetzung des EO-Systems gekommen ist. Dies gilt insbesondere, weil der E-Mail von [Vertreter einer Verfahrenspartei] zu entnehmen ist, dass eine telefonische Besprechung stattgefunden hat.

1007. Gemäss Zuschlagsverfügung hat die [eine Verfahrenspartei] den Zuschlag (CHF […]) erhalten.[1193] Die [eine Verfahrenspartei] hat eine Eigenofferte mit einer höheren Eingabesumme eingereicht, welche knapp […] % über der Eingabesummer der [eine Verfahrenspartei] lag.

1008. In Verbindung mit den oben genannten Beweisen zur Funktionsweise und zum Zweck des EO-Systems zeigen die zwei E-Mails, dass sich die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] betreffend das Projekt […] ([…] 2008) hinsichtlich der Höhe der Eingabesummen ihrer Eigenofferten besprochen haben. Dies ist insbesondere deshalb anzunehmen, weil die eine Verfahrenspartei] selbst angegeben hat, dass sie noch im Jahr 2008 um Stützofferten gebeten worden sei und diesen Anfragen unter gewissen Umständen auch entsprochen habe (siehe oben Rz 939 f.). Der Umstand, dass die [eine Verfahrenspartei], welche ihre Eigenofferte zuvor für die EO-Listen gemeldet hatte, das Projekt erhalten hat, zeigt, dass das EO-System an dieser Stelle erfolgreich umgesetzt worden ist.

1009. In ihrer Stellungnahme zum Antrag macht die [eine Verfahrenspartei] geltend, dass die ursprüngliche Offerte der [eine Verfahrenspartei] tiefer gewesen sein «könnte» als diejenige von [eine Verfahrenspartei] und dass die Vergabestelle der [eine Verfahrenspartei] nachträglich vergaberechtswidrig die Möglichkeit gegeben habe, ihre Offerte nachzubessern und die [eine Verfahrenspartei] deshalb den Zuschlagsentscheid erhalten hätte.[1194] Dies zeige der Vergabeentscheid, welcher sich auf bereinigte Nettopreise (inkl. Mehrwertsteuer) beziehe. Diese Einwände überzeugen nicht. Wie selbst die

[1188] Act. n° [...].
[1189] Act. n° [...].
[1190] Act. n° [...].
[1191] Act. n° [...].
[1192] Act. n° [...].
[1193] Act. n° [...].
[1194] Act. n° […].

[eine Verfahrenspartei] ausführt, ist dieses Vorbringen nur eine Vermutung und aus Sicht der Wettbewerbsbehörden nicht plausibel. Denn wie in Rz 1008 erläutert, hat die [eine Verfahrenspartei] selbst eingestanden, dass sie im Jahr 2008 bisweilen noch Schutz gewährt hat. Aber selbst wenn es in diesem Einzelfall zu einer Nachbesserung des Preises gekommen wäre, so wäre immer noch belegt, dass die [eine Verfahrenspartei] die [eine Verfahrenspartei] um die Eingabe einer Stützofferte gebeten hatte und die [eine Verfahrenspartei] zumindest erwogen hat, darauf einzugehen (vgl. Rz 1004 f.).

Beispiel 2: [Projektname] ([…] 2008)

1010. In den Dokumenten von [eine Verfahrenspartei] wurden zwei Faxe beschlagnahmt, welche eine nicht erfolgreiche Umsetzung des EO-Systems zeigen. Eine solche ist von Bedeutung, weil sie die Preiserhöhung illustrieren kann, welche aus dem EO-System resultieren kann. Dies wäre hingegen bei einer erfolgreichen Koordinierung kaum möglich, weil in einer solchen Konstellation der Preis, welcher ohne Koordination im freien Wettbewerb gebildet worden wäre, nicht feststellbar ist.

1011. Die Eigenofferte betreffend das Projekt […], wurde von der [eine Verfahrenspartei] für die EOL 2008_[…][1195] gemeldet.[1196] Am […] 2008 hat die [eine Verfahrenspartei] eine Eigenofferte für CHF […] eingereicht[1197] und ihre Offerte an [Vertreter einer Verfahrenspartei] zugestellt.[1198] Auf dieser Offerte findet sich die handschriftliche Mitteilung: «*Gemäss Besprechung mit [Vertreter der [*eine Verfahrenspartei*]]*».

1012. Entsprechend der obigen Ausführungen ist in dieser Mitteilung an die [eine Verfahrenspartei] eine Anfrage um eine Stützofferte zu sehen. Denn die [eine Verfahrenspartei] hat die Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet, sie hat einem der acht Unternehmen die Höhe ihrer Eingabesumme mitgeteilt und augenscheinlich mit der [eine Verfahrenspartei] telefoniert.

1013. Die [eine Verfahrenspartei] hatte allerdings bereits am […] 2008 eine Kostenschätzung für dieses Projekt von CHF[…] Netto bei […] eingereicht.[1199] [Vertreter einer Verfahrenspartei] sendete daher am […] 2008 um 6:17 Uhr ein Fax an die [eine Verfahrenspartei], welches die Kostenschätzung der [eine Verfahrenspartei] enthält. Darauf ist handschriftlich vermerkt: «*Wir mussten vor Dir eingeben und konnten nicht korrigieren! Gruss [Vorname des Vertreters der [eine Verfahrenspartei]]*».[1200]

1014. Während einer Parteieinvernahme wurde [Vertreter einer Verfahrenspartei] zu diesem Dokument befragt. [Vertreter einer Verfahrenspartei] konnte allerdings nicht erklären, was er mit «*korrigieren*» gemeint haben könnte. Den Preisunterschied zwischen der Offerte von [eine Verfahrenspartei] und der Eingabe der [eine Verfahrenspartei] erkläre sich dadurch, dass [eine Verfahrenspartei] eine Eigenofferte eingereicht habe und [eine Verfahrenspartei] eine Kostenschätzung. Die Eigenofferte beruhe auf einer Massaufnahme, was bei einer Kostenschätzung nicht der Fall sei. [Vertreter einer Verfahrenspartei] konnte auch nicht sagen, ob der Austausch von Preisen bei Eigenofferten üblich ist.[1201]

1015. Diese Ausführungen überzeugen nicht. Denn es wäre anzunehmen, dass eine Person ihre eigenen Ausführungen erklären kann. Aus der Mitteilung der [eine Verfahrenspartei] an die [eine Verfahrenspartei] ist mit Blick auf die obigen Ausführungen zum Zweck und zur Funktionsweise des EO-Systems daher zu folgern, dass die [eine Verfahrenspartei] unter normalen Umständen dazu bereit gewesen wäre, ihre Eingabesumme auf Wunsch von [eine Verfahrenspartei] zu korrigieren (und konnten nicht «korrigieren»). In diesem Fall war dies allerdings nicht möglich, weil die [eine Verfahrenspartei] ihre Eigenofferte bzw. ihre Kostenschätzung bereits eingereicht hatte.

1016. Trotz der Ausführungen der [eine Verfahrenspartei] zu den Preisunterschieden ist die WEKO der Auffassung, dass diese Beweisstücke illustrieren, wie hoch der Schaden des Bauherrn hätte sein können, wenn die Zusammenarbeit in dem konkreten Fall funktioniert hätte. Zwar ist anzunehmen, dass die Eigenofferte der [eine Verfahrenspartei] bei genauem Ausmass etwas höher hätte sein können. Gleichwohl hätte das wohl kaum den bestehenden Preisunterschied in Höhe von 25 % zwischen der Eigenofferte von [eine Verfahrenspartei] und der Offerte der [eine Verfahrenspartei] egalisiert.

Beispiel 3: [Projektname] ([…] 2006)

1017. Zuletzt wird beispielhaft illustriert, wie sich die Unternehmen koordinierten, wenn es zu einem Interessenskonflikt hinsichtlich eines EOL-Projekts kam.

1018. Am […] 2006 meldete die [eine Verfahrenspartei] eine Eigenofferte betreffend das Projekt […] für die EO-Liste 2006_[…] (EO Nr. […]).[1202]

1019. Am […] 2006 versandte [Vertreter einer Verfahrenspartei] an [Mitarbeiter einer Verfahrenspartei] eine E-Mail, welcher zwei Varianten einer Eigenofferte der [eine Verfahrenspartei] betreffend das Projekt […] (einmal mit Hartbetonbelag für CHF […] und einmal mit Schwarzbelag für CHF […]) angehängt waren. [Vertreter einer Verfahrenspartei] schrieb dazu: «*Beiliegend habe ich Dir die Offerten Beton und Schwarz. Bite gib mir ein Tel.*»[1203]

1020. Die [eine Verfahrenspartei] hat für das betreffende Projekt am […] 2006 eine Offerte mit Schwarzbelag für CHF […] eingereicht – also zum identischen Preis der Offerte, welche das Unternehmen B drei Tage zuvor der [eine Verfahrenspartei] zugestellt hatte. Nach Erinnerung des damaligen [Vertreters] der [eine Verfahrenspartei] habe die [eine Verfahrenspartei] auch eine Offerte betreffend Hartbetonbelag eingereicht.[1204]

1021. Aus den internen Listen der [Verfahrenspartei] geht hervor, dass die [eine Verfahrenspartei] am […] 2006, also fast einen Monat später, eine Offerte mit einer Eingabesumme in Höhe von CHF […].- (exkl. MWST) eingegeben hat.[1205]

[1195] Act. n° [...].
[1196] DOP Nr. 1028.
[1197] Act. n° [...].
[1198] Act. n° [...].
[1199] Act. n° [...].
[1200] Act. n° [...].
[1201] Act. n° [...].
[1202] Act. n° [...], S. 1455 (EO 2006_36). Die EOL wurde am 5.9.2006 von [Mitarbeiter der Implenia] an sämtliche acht Unternehmen gesandt.
[1203] Act. n° [...].
[1204] Act. n° [...].
[1205] Act. n° [...].

1022. Der Bauherr hat sich für die Schwarzbelagsvariante entschieden und das Projekt an die [eine Verfahrenspartei] vergeben.[1206] Aus den Akten geht nicht hervor, an welchem Datum der Bauherr die Vergabe bekannt gab.

1023. Die [eine Verfahrenspartei] hat zu den genannten Beweisstücken Stellung bezogen. Darin gibt die [eine Verfahrenspartei] an, dass sich der damalige [Vertreter] von [eine Verfahrenspartei] nicht erinnern könne, ob zwischen der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] betreffend dieses Projekt eine gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers oder der Stützofferten gekommen sei. Es könne auch sein, dass die [eine Verfahrenspartei] die [eine Verfahrenspartei] um eine Subunternehmerofferte bat, da die [eine Verfahrenspartei] zwar Schwarzbeläge, nicht aber Hartbetonbeläge offerieren könne.[1207]

1024. Auch die [eine Verfahrenspartei] gab an, dass sie keine Hartbetonbeläge erstellen könne. Die von der [eine Verfahrenspartei] übersandten Offerten seien daher Subunternehmerofferten. Zudem gibt die [eine Verfahrenspartei] an, dass sie zwei Varianten eingegeben habe, einmal eine reine Belagsvariante und einmal eine Offerte betreffend Hartbeton mit der [eine Verfahrenspartei] als Subunternehmerin.[1208]

1025. Die Erklärung, es handle sich um Subunternehmerofferten, ist nicht plausibel, da sich in den von der [eine Verfahrenspartei] übersandten Eigenofferten an die [eine Verfahrenspartei] erstens keine Hinweise auf eine Subunternehmerofferte finden lassen und zweitens die [eine Verfahrenspartei] selbst genau zu der Eingabesumme (CHF […]) eingegeben hat, welche in der zuvor an die [A AG] übersandten Offerte enthalten war. Wenn es sich bei den an die [eine Verfahrenspartei] übersandten Offerten tatsächlich um Subunternehmervarianten gehandelt hätte, so müsste sich ein Hinweis darauf finden, dass die übersandten Offerten nur Teilleistungen betreffen. Denn andernfalls würde ja die [eine Verfahrenspartei] den gesamten Auftrag – im Namen der [eine Verfahrenspartei] – erfüllen. Welchen Zweck oder Vorteil ein solches Arrangement für die [eine Verfahrenspartei] gehabt haben könnte, ist nicht ersichtlich. Die an die [eine Verfahrenspartei] übersandte Offerte betrifft jedoch offensichtlich keine Teilleistung, da die von der [eine Verfahrenspartei] letztlich beim Bauherrn eingereichte Offerte (zumindest preislich) exakt der angeblichen Subunternehmerofferte entsprach. Die von der [eine Verfahrenspartei] vor Eingabe der Offerten beim Bauherrn an die [eine Verfahrenspartei] übersandten Offerten können also keine Subunternehmerofferten gewesen sein.

1026. Die genannten Beweisstücke zeigen vielmehr, dass die [eine Verfahrenspartei] der [Verfahrenspartei] bezüglich dieses Projekts ihre Preise vor Eingabe der Offerten genannt und sie um ein Telefonat gebeten hat. Darüber hinaus zeigen diese objektiven Beweismittel, dass die [eine Verfahrenspartei] eine Offerte mit einer höheren Eingabesumme als die [eine Verfahrenspartei] betreffend die Belagsvariante eingegeben hat. Ob die [eine Verfahrenspartei] – wie sie behauptet – tatsächlich auch eine Betonvariante mit der [eine Verfahrenspartei] als Subunternehmerin eingereicht hat, ist fraglich – insbesondere weil nicht ersichtlich ist, welchen Zweck oder Vorteil es für die [eine Verfahrenspartei] gehabt hätte, wenn die [eine Verfahrenspartei] den gesamten Auftrag im Namen der [eine Verfahrenspartei] ausführt. Dies kann aber dahin stehen, da diese zweite angebliche Variante jedenfalls preislich höher gewesen sein muss als die am […] 2006 an die [eine Verfahrenspartei] übersandte [eine Verfahrenspartei]-Offerte betreffend Hartbetonbelag (CHF […]), da nicht ersichtlich ist, warum die [eine Verfahrenspartei] den Preis für die Erstellung des Hartbetonbelags gegenüber der [eine Verfahrenspartei] reduzieren sollte, damit die [eine Verfahrenspartei] eine *tiefere* Hartbetonbelagsvariante mit der [eine Verfahrenspartei] als Subunternehmerin als die [eine Verfahrenspartei] selbst einreichen kann. Es ist damit allenfalls denkbar, dass die [eine Verfahrenspartei] eine Hartbetonvariante zusammen mit der [eine Verfahrenspartei] als Subunternehmerin eingereicht hat, welche preislich über der [eine Verfahrenspartei]-Offerte betreffend Hartbetonbelag lag.

1027. Damit folgt aus den genannten Beweisen, dass die [eine Verfahrenspartei] jedenfalls eine Eigenofferte betreffend Schwarzbelag mit einem Offertpreis (CHF […]), welcher über […] % über dem Offertpreis der [eine Verfahrenspartei] lag (CHF […]), eingereicht hat. Darüber hinaus könnte aus ihnen mit Blick auf die Angaben der [eine Verfahrenspartei] und der [eine Verfahrenspartei] gefolgert werden, dass die [eine Verfahrenspartei] zusätzlich eine Eigenofferte betreffend Hartbetonbelag mit der [eine Verfahrenspartei] als Subunternehmerin eingereicht hat, welche aber ebenfalls preislich über der Offerte der [eine Verfahrenspartei] (CHF […]) gelegen haben muss. Dabei reichte die [eine Verfahrenspartei] diese preislich höhere(n) Eigenofferte(n) mit der Kenntnis der Eingabesummen der [eine Verfahrenspartei] ein. Die [eine Verfahrenspartei] hat keinerlei Erklärung für diesen Umstand abgegeben. Im freien Wettbewerb wäre jedenfalls zu erwarten, dass ein Unternehmen, welches die Konkurrenzpreise kennt, diese unterbietet, damit es einen Auftrag erhält.

1028. In beweismässiger Hinsicht ist damit anzunehmen, dass die [eine Verfahrenspartei] und die [eine Verfahrenspartei] hinsichtlich des Projekts […] gemeinsam festlegten, dass die [eine Verfahrenspartei] – entgegen dem Zweck der EO-Listen – den Zuschlag erhalten soll und wie hoch die Eingabesummen der Stützofferten sein sollen. Das vorliegende Fallbeispiel zeigt, wie sich zwei Unternehmen koordinierten, die praktisch gleichzeitig betreffend eine Eigenofferte angefragt wurden. Der exemplarisch geschilderte Vorgang belegt damit die Angaben der Walo und der Implenia, wonach es auch bei den EO-Listen vorkam, dass sich die nahezu gleichzeitig angefragten Unternehmen auch im EO-System zunächst darüber einigen mussten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll (siehe oben Rz 929 ff.). Erst danach konnte die Höhe der Eingabesummen allfälliger Stützofferten festgelegt werden. Dass im vorliegenden Fall auch die Festlegung des Gewinners erfolgte, kann auch damit erklärt werden, dass die [eine Verfahrenspartei] im Zeitpunkt der Meldung noch gar

[1206] Act. n° [...].
[1207] Act. n° [...].
[1208] Act. n° [...].

keine aufwändige Eigenofferte erstellt hatte – sie hat ihre Eigenofferte schliesslich erst am […] 2006 eingereicht. Damit spielte der Zweck der EO-Listen, dass dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte, welches das Leistungsverzeichnis erstellt hat, entweder keine Rolle (weil die beiden Unternehmen noch gar kein Leistungsverzeichnis erstellt hatten), oder er wurde gerade umgesetzt, weil die [eine Verfahrenspartei] im Zeitpunkt der Meldung der Anfrage durch den Bauherrn schon ein Leistungsverzeichnis erstellt hatte und dieses der [eine Verfahrenspartei] dann auch mit E-Mail vom […] 2006 auch zukommen liess.

c. Zwischenergebnis

1029. Es ist damit als bewiesen anzusehen, dass das EO-System unter Beteiligung aller acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 funktionierte. Dies bedeutet, dass das Unternehmen, welches eine Eigenofferte für ein Strassen- und/oder Tiefbauprojekt im Untersuchungsgebiet erstellt hat und für die EO-Liste gemeldet hat, in der Regel auch den Auftrag erhalten hat.

1030. Wenn mehrere Unternehmen vom Bauherrn um eine Eigenofferte gebeten wurden, so gingen die Unternehmen davon aus, dass das Projekt in der Regel demjenigen Unternehmen, welches als erstes eine Eigenofferte erstellt und für die EO-Listen gemeldet hatte, zusteht. Es wurde dann die Höhe der Eingabesumme(n) der Stützofferte(n) gemeinsam festgelegt.

A.5.4.2.4 Zwischenergebnis betreffend das EO-System

1031. Die Unternehmen Bernet Bau, De Zanet, Hagedorn, Implenia bzw. deren Rechtsvorgängerin Batigroup, die Oberholzer AG Eschenbach (bzw. die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen), die Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Toller sowie Walo tauschten jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 untereinander auch eine als Eigenoffertliste bezeichnete Liste aus. In beweismässiger Hinsicht ist erwiesen, dass die Unternehmen dieser Liste dabei den folgenden Zweck zumassen:

1032. Mit dem EO-System bezweckten die acht Unternehmen, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Wenn eines der acht Unternehmen für einen – in der Regel privaten – Bauherrn eine Eigenofferte erstellte, konnte es das betreffende Projekt für die EO-Listen bei der Implenia bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (Batigroup) melden. Die Implenia (bzw. die Batigroup) setzte das Projekt daraufhin auf die EO-Liste und vermerkte, welches Unternehmen die Eigenofferte gemeldet hat. Die ständig aktualisierten EO-Listen wurden von der Implenia bzw. der Batigroup vor den in der Regel alle zwei bis vier Wochen stattfindenden MA-Sitzungen an alle Unternehmen versandt. Wenn nun ein weiteres Unternehmen vom Bauherrn eines gemeldeten Projekts um eine Eigenofferte gebeten wurde und dieses Unternehmen eine Offerte einreichen wollte, so hatte sich dieses Unternehmen bei dem meldenden Unternehmen über den Eingabepreis zu erkundigen und einen höheren Preis für seine Eigenofferte einzugeben. Es kam allerdings häufiger vor, dass der Bauherr erst gar kein anderes Unternehmen anfragte.

1033. Dies wurde von den Unternehmen zumeist auch so umgesetzt, so dass jeweils das Unternehmen, welches eine Eigenofferte für ein Strassen- und/oder Tiefbauprojekt im Untersuchungsgebiet erstellt und für die EO-Liste gemeldet hatte, in der Regel auch den Auftrag erhielt.

1034. Grund für diese Zusammenarbeit war, dass mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses ein erheblicher Aufwand verbunden war und die Unternehmen verhindern wollten, dass ein später ebenfalls vom Bauherrn angefragtes Unternehmen von dem bereits erstellten Leistungsverzeichnis profitiert und dann den Zuschlag erhält. Dies würde dazu führen, dass der Aufwand des ersteinreichenden Unternehmens nutzlos würde. Bei der Erstellung einer allfälligen Stützofferte konnte das Unternehmen den Aufwand für die Erstellung der Stützofferte dadurch senken, dass es das Leistungsverzeichnis von dem meldenden Unternehmen erhalten konnte.

A.5.4.3 Folgen der gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen für den Wettbewerb

1035. In diesem Abschnitt wird allgemein auf die Folgen der beschriebenen Zusammenarbeit im Hinblick auf die Preisesetzung eingegangen. Teilweise wurde dies schon im Hinblick auf das MA- und das EO-System separat beschrieben (siehe oben Rz 838 ff., 853, 990 ff.). An dieser Stelle sei lediglich wiederholt, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen in der MAL-Periode grundlegend von dem Bieterverhalten nach Mitte 2009 unterscheidet (siehe oben Rz 990 ff.). Hinsichtlich des EO-Systems ist darauf hinzuweisen, dass das System für die Ersteller von Eigenofferten eine Sicherheit geboten hat, dass der in der Eigenofferte genannte Preis nicht unterboten werden wird. Hierdurch bestand für das eine Eigenofferte einreichende Unternehmen ein Anreiz, sich bei der Preissetzung nicht derart «scharf» an den eigenen Kosten zu orientieren, wie es das Unternehmen getan hätte, wenn es Konkurrenz von anderen Unternehmen zu befürchten gehabt hätte. Dem EO-System ist mithin die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent. Ob die Preise mit EO-System tatsächlich höher waren als sie es gewesen wären, wenn die acht Unternehmen nicht zusammengearbeitet hätten, ist hingegen eine nicht abklärbare Frage.

1036. Weiter ist Folgendes als bewiesen anzusehen: Die Strassen- und Tiefbauunternehmen sind in einem Gewerbe tätig, in dem die meisten Aufträge nach einem «Offertenwettstreit» erteilt werden. Dabei gilt allgemein der Grundsatz: «The winner takes it all». Entsprechend erhält das Gewinnerunternehmen den gesamten Auftrag; die anderen Mitbewerber gehen leer aus. Legen nun einige oder gar alle Anbieter bezüglich dieses Auftrags gemeinsam den Gewinner bzw. Zuschlagsempfänger vorab fest, so besteht für die geschützte Gesellschaft, welche das Projekt zur Auslastung ihrer Kapazität durchführen will, kein Anreiz, ihre Offerte derart «scharf» zu berechnen, wie sie es ohne eine Kooperation mit den anderen Anbietern machen würde. Denn wüsste das Unternehmen, welches das Projekt tatsächlich durchführen will, nicht, dass die anderen Mitbieter auf jeden Fall preislich höhere Angebote einreichen

werden, so müsste sich das Unternehmen bei der Offerterstellung an seinen tatsächlichen Kosten orientieren. Legen Unternehmen nun gemeinsam vor Ablauf der Eingabefrist den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen fest, so besteht für das designierte Gewinnerunternehmen wiederum kein Anreiz, sich bei der Preissetzung derart «scharf» an den eigenen Kosten zu orientieren wie es das Unternehmen getan hätte, wenn Konkurrenz von anderen Unternehmen zu befürchten gehabt hätte. Daraus folgt: Wenn Unternehmen zusammenarbeiten, um sich gegenseitig einzelne Strassen- und/oder Tiefbauprojekte auf die oben beschriebene Art und Weise zuzuteilen, so ist dem ebenfalls die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent. Ob die Preise infolge von Zuteilungen tatsächlich höher waren, als sie es gewesen wären, wenn die acht Unternehmen nicht zusammengearbeitet hätten, ist hingegen eine nicht abklärbare Frage und für die kartellrechtliche Beurteilung auch nicht von Bedeutung (siehe unten Rz 1278 ff.).

1037. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass die gemeinsame Festlegung des Zuschlagsempfängers und der Höhe der Eingabesummen hinsichtlich eines Projekts immer auch Folgen für das Bieterverhalten betreffend andere Submissionen hat. Dies gilt selbst dann, wenn bei anderen Submissionen keine Koordination erfolgt. Denn die Strassen- und Tiefbauunternehmen waren und sind in einem Gewerbe tätig, in dem wiederholt, parallel und sequentiell Submissionen für Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten stattfanden. Dabei kann eine einzelne Submission aus Anbietersicht nicht unabhängig von anderen Submissionen gesehen werden. Denn die Teilnahme einer Anbieterin an einer Submission sowie die Aggressivität, mit welcher sie bietet, richten sich vor allem nach ihrem Auslastungsgrad. Sie ist somit abhängig vom Erfolg bzw. Misserfolg bei anderen Submissionen. Legen nun die Anbieter bei einer Submission den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen fest, besteht nicht nur die Gefahr von Preiserhöhungen, sondern dies führt auch zu einer Änderung des Bieterverhaltens bei anderen in räumlich-zeitlichen Zusammenhang stattfindenden Submissionen. Denn das Unternehmen, welches den Auftrag gemäss der gemeinsamen Festlegung erhalten soll, erhält dadurch im Voraus eine Zusicherung dieses Auftrags. Es wird also in einer anderen Submission nicht mehr mit der gleichen Aggressivität um den Auftrag kämpfen, wie sie dies ohne Abrede getan hätte. Es drohen also selbst für Submissionen, bezüglich derer gar keine Koordination erfolgte, Preiserhöhungen.

1038. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das oben beschriebene Verhalten unterschiedliche Folgen hatte. Es wurde gezeigt, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen in der MAL-Periode von demjenigen in der Zeit nach Mitte 2009 grundlegend unterscheidet. Zudem ist anzunehmen, dass sowohl dem EO-System als auch dem Umstand, dass die acht Unternehmen wiederholt vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekte festgelegt haben, die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent sind. Des Weiteren ist anzunehmen, dass die beschriebenen Koordinationen hinsichtlich einzelner Submissionen dazu führten, dass sich das Bieterverhalten hinsichtlich «unbelasteter» Submissionen derart veränderte, dass auch bei diesen Preiserhöhungen drohten.

A.5.4.4 Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet und Verhältnis zum MAL-Umsatz und zum EOL-Umsatz

1039. In den nachfolgenden Tabellen sind die Umsätze der acht Unternehmen, welche diese mit der Durchführung von Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten im Untersuchungsgebiet in den Jahren 2006, 2007, 2008 erzielt haben, aufgeführt. Soweit dies möglich ist, wird auch darauf eingegangen, inwiefern diese Umsätze mit solchen Projekten erzielt wurden, für welche die acht Unternehmen Eigenofferten einreichten. Die nachfolgenden Umsätze basieren auf Angaben der acht Unternehmen.[1209]

[1209] Die Umsätze von Bernet im Strassen- und Tiefbau sind eigene Schätzungen. Bernet Bau erzielt seine Umsätze vor allem im Hochbau […] %, vgl. Act. n° [...].

	2006	2007	2008	2006–2008 mit MwSt.	2006–2008 ohne MwSt.
DZ	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
HA	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
OB	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
IM	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
WB	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
RE	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
TO	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
BB[1210]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 28: Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet in den Jahren 2006, 2007, 2008

1040. Die Unternehmen hatten gegenüber dem Sekretariat zunächst nur Angaben bezüglich ihrer Umsätze mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten in den Kantonen St. Gallen und Schwyz gemacht. Die Umsätze nur für das Untersuchungsgebiet (Gebiete der Bezirke See-Gaster, March und Höfe in den beiden Kantonen) konnten hingegen zunächst nicht festgestellt werden. Aufgrund der Angaben der Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats konnten die Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet nunmehr ermittelt werden. Diese sind in Tabelle 28 aufgeführt. Soweit die Toller, die Hagedorn und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats tiefere Umsätze angegeben haben,[1211] ist dem insoweit nicht zu folgen, als Einnahmen für Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten (z. B. im Rahmen von ARGE) in Abzug gebracht wurden. Denn die von diesen Unternehmen in Abzug gebrachten Einnahmen wurden mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten erzielt.

1041. Mit Hilfe der genannten Umsatzzahlen kann annäherungsweise dargestellt werden, wie viel des jährlich erzielten Umsatzes die acht Unternehmen mit Projekten erzielt haben, welche das MA-System durchlaufen haben und welche von mindestens einem der acht Unternehmen gewonnen wurden. Wie die Analyse der konsolidierten MAL, des DOP und der HA-Listen ergeben hat, haben die acht Unternehmen zwischen 2004 und Mitte 2009 mindestens 265 MAL-Projekte im Wert von CHF 142.4 Mio. gewonnen (Rz 824). Damit haben die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 im Durchschnitt pro Jahr mindestens 53 MAL-Projekte im Wert von CHF 28.5 Mio. gewonnen. Aus den obigen Umsatzzahlen ergibt sich nunmehr, dass die acht Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2008 einen jährlichen gemeinsamen Durchschnittsumsatz von CHF 48.9 Mio. (inkl. Mehrwertsteuer) erzielten. Damit erzielten die acht Unternehmen gemeinsam jährlich mindestens etwa 55 % ihres Strassen- und/oder Tiefbauumsatzes im Untersuchungsgebiet mit Projekten, welche das MA-System durchlaufen haben. Es ist dabei anzunehmen, dass dieser Prozentsatz tatsächlich noch höher liegt, da nicht alle MAL-Projekte identifiziert werden konnten.

1042. Darüber hinaus kann aus den Umsatzangaben der acht Unternehmen[1212] annäherungsweise abgeleitet werden, wie gross der Anteil des Umsatzes, welchen die acht Unternehmen mit EO-Projekten erzielt haben, am in den Kantonen St. Gallen und Schwyz erzielten Umsatz ist. Die nachfolgende Tabelle zeigt pro Unternehmen (ausser für die Toller), wie gross der prozentuale Anteil des EO-Umsatzes an den in Tabelle 28 genannten Umsätzen nach Berechnungen der Wettbewerbsbehörden war.

[1210] […].
[1211] Act. n° [...].
[1212] Es sind Schätzungen durch Implenia für die Niederlassung von Siebnen.

	2006	2007	2008
DZ	[30-40 %]	[20-30 %]	[20-30 %]
HA	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
OB	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
IM	-	[0-10 %][1213]	[0-10 %][1214]
WB	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
RE	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
TO[1215]	-	-	-
BB	-	-	[0-10 %]

Tabelle 29: Anteil der EO-Umsätze in den Jahren 2006, 2007, 2008 an den Umsätze pro Unternehmen im Strassen- und/oder Tiefbaubereich im Untersuchungsgebiet

1043. Es ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen ihre Eigenofferten nahezu lückenlos für die EO-Listen meldeten (siehe oben Rz 902 f.). Daher geht aus den Ausführungen in den Rz 1039–1042 das *Mindestausmass* hervor, in welchem der Umsatz der acht Unternehmen mit Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet erzielt wurde, bezüglich derer die acht Unternehmen gemeinsam den Zuschlagsempfänger und die Höhe der Eingabesummen festgelegt haben oder hinsichtlich derer sie derartiges zumindest versucht haben. Wie viel grösser der Anteil als die erwähnten Prozentzahlen genau war, kann hingegen nicht aufgeklärt werden, da über das beschriebene Mass hinaus nicht feststellbar ist, wie viele der der EOL-Projekte tatsächlich von den acht Unternehmen gewonnen wurden.

1044. Wie gross der jeweilige Gesamtumsatz der acht Unternehmen in den Jahren 2011, 2012, 2013 war, zeigt die nachfolgende Tabelle. Auch die darin aufgeführten Angaben basieren auf den Angaben der acht Unternehmen.[1216]

	2011	2012	2013	2011-2013
DZ	[…]	[…]	[…]	[…]
HA	[…]	[…]	[…]	[…]
OB	[…]	[…]	[…]	[…]
IM	[…]	[…]	[…]	[…]
WB	[…]	[…]	[…]	[…]
RE	[…]	[…]	[…]	[…]
TO	[…]	[…]	[…]	[…]
BB	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 30: Umsatz der acht Unternehmen in den Jahren 2011, 2012, 2013

[1213] Es sind Schätzungen durch Implenia für die Niederlassung von Siebnen.
[1214] Bei Toller werden die EO in den internen Listen nicht als solche gekennzeichnet. Daher ist der EO-Umsatz nicht eruierbar. Toller hat daher Schätzungen auf der Basis den EOL 2007_28 und 2009_16 vorgenommen. Da es sich nur um zwei EOL handelt, hat eine Schätzung auf deren Basis eine limitierte Aussagekraft.
[1215] Vgl. Act. n° [...].
[1216] RPW 2013/4, 524 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

A.5.4.5 Überblick über die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet

1045. Dieser Abschnitt gibt einen Überblick über die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet. Er beschreibt insbesondere, welche Gegebenheiten für die Strassen- und Tiefbauwirtschaft (im Untersuchungsgebiet) relevant sind (siehe Rz 1046 ff.) und welche Unternehmen in welchem Umfang den acht Unternehmen bei der Erbringungen von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet Konkurrenz machten (siehe Rz 1058 ff.).

A.5.4.5.1 Rahmenbedingungen der Konkurrenzsituation

a. Distanzschutz und geografische Gegebenheiten

1046. Hinsichtlich der Bedingungen der Konkurrenzsituation für die acht Unternehmen ist vor allem zu berücksichtigen, dass die ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte naturgemäss ortsgebunden und stationär sind. Wo die Anbietenden herkommen, ist für den Bauherrn – auf den ersten Blick –irrelevant. Doch besteht im Strassen- und Tiefbau, wie in der Baubranche allgemein, aufgrund der hohen Transportkosten ein gewisser Distanzschutz.[1217] Denn die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren. Von den Parteien wurde dementsprechend bestätigt, dass die Strassen- und Tiefbauunternehmen stets zuerst versuchen, die Bauaufträge in ihrer Nähe zu erhalten und nur dann weiter entfernt Arbeiten durchführten, wenn ihre Kapazität nicht durch die Nachfrage in «ihrem» Gebiet erschöpft war.[1218] Die Reichmuth hat sogar ausgeführt, sie biete ihre Leistungen nur südlich des Zürichsees an.[1219]

1047. Aufgrund der Bedeutung des Distanzschutzes sind für die Konkurrenzsituation auch die geografischen Gegebenheiten relevant. Denn geografische Hindernisse erhöhen die Distanz zwischen Sitz und/oder Werkhof eines Unternehmens und der Baustelle und damit die Transport- und Koordinierungskosten. Dementsprechend ist zu berücksichtigen, dass das Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Norden und Süden jeweils durch Bergzüge begrenzt ist, wobei dazwischen die Linth-Ebene liegt, welche strassenbautechnisch gut erschlossen ist und in der alle acht Unternehmen ihren Sitz und ihre Werkhöfe haben. Im Osten begrenzen der Bergzug um den Speer und den Mattstock sowie der Walensee diese Ebene. «Durchlässe» in andere grössere, flache Gebiete finden sich lediglich längs des Zürichsees Richtung Nordwesten sowie am Walensee entlang nach Osten Richtung Walenstadt. Diese natürlichen Gegebenheiten führen dazu, dass die Unternehmen in der Linth-Ebene, am Zürichsee sowie im Norden des Kantons Glarus ähnlich hohe – aber nie dieselben[1220] – Transport- und Koordinationskosten für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet haben. Damit besteht ein Anreiz für die Nachfrager, lediglich bei den innerhalb dieses Gebiets ansässigen Strassen- und Tiefbauunternehmen Strassen- und/oder Tiefbauleistungen anzufragen.

1048. Belegt wird dies auch mit Blick auf den DOP. Aus ihm geht hervor, dass mindestens 80 %[1221] aller zwischen 2004 und Mitte 2009 eingereichten Offerten für DOP-Projekte von Unternehmen eingereicht wurden, welche die Offerte von einer Niederlassung im Untersuchungsgebiet versendet haben. Von allen DOP-Projekten wurden zwischen 2004 und Mitte 2009 zudem 88 %[1222] von Unternehmensniederlassungen gewonnen, welche sich im Untersuchungsgebiet befanden. Zugleich haben Stichproben in den internen Listen der Unternehmen ergeben, dass die acht Unternehmen mit Projekten, welche ausserhalb des Untersuchungsgebiets (z. B. in St. Gallen Stadt, Toggenburg) durchzuführen waren, nahezu keine Umsätze erzielten.

b. Beschaffungsrecht

1049. Des Weiteren ist auf das Beschaffungsrecht hinzuweisen, welches für die Konkurrenzsituation bei Projekten, welche durch die öffentliche Hand vergeben werden, von Bedeutung sein kann. Denn soweit das Beschaffungsrecht zulässt, dass öffentliche Aufträge nicht öffentlich ausgeschrieben werden, ergibt sich aus den Vergabeverfahren bereits eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Strassen- und Tiefbauunternehmen. Denn soweit ein Auftrag freihändig vergeben werden kann, muss die Vergabestelle überhaupt keinen Konkurrenten zur Einreichung einer Konkurrenzofferte einladen. Wird hinsichtlich eines Projekts ein Einladungsverfahren durchgeführt, so beschränkt die Vergabestelle den Kreis der Anbieter. Bei Einladungsverfahren muss sie «nur» mindestens drei Anbieter zur Angebotsabgabe einladen, sofern überhaupt so viele Unternehmen für die Teilnahme an einer Ausschreibung geeignet sind.

1050. Diese Aspekte führen indessen nicht dazu, dass sich die acht Unternehmen hinsichtlich der MAL-Projekte nicht konkurrenzieren konnten. Denn zum einen wurden MAL-Projekte auch im offenen und im selektiven Verfahren ausgeschrieben und zum anderen herrscht bei Einladungsverfahren Wettbewerb jedenfalls zwischen den eingeladenen Anbietern.[1223] Kommt hinzu, dass auch im freihändigen Verfahren Wettbewerb herrschen kann, da der Bauherr frei ist, von mehreren Baugesellschaften Offerten einzuholen, um erst gestützt auf diese Offerten über die Auftragsvergabe zu befinden.[1224] Zudem hat ein Unternehmen, welches im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren ein Angebot abgibt, stets – es sei denn, es besteht eine Zusammenarbeit – zu befürchten, dass bei zu hohen Angeboten gleichwohl weitere Unternehmen zur Abgabe einer Offerte aufgefordert werden.

[1217] […].
[1218] Act. n° [...].
[1219] Siehe Act. n° [...].
[1220] Act. n° [...].
[1221] Act. n° [...].
[1222] Vgl. etwa RPW 2013/4, 553 f. Rz 146 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1223] RPW 2013/4, 553 f. Rz 146 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1224] […].

Zuletzt besteht bei Einladungsverfahren und bei freihändigen Verfahren – im freien Wettbewerb – auch deshalb ein gewisser Wettbewerbsdruck, weil Unternehmen, welche systematisch zu hohe Offerten einreichen, Gefahr laufen, nicht mehr angefragt zu werden.

1051. Bei den von privater Hand vergebenen Projekten, bei denen eine Eigenofferte angefragt wurde, bestanden und bestehen keine rechtlichen Rahmenbedingungen, welche eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Strassen- und Tiefbauunternehmen begrenzen konnten. Zu beachten ist lediglich die Praxis von privaten Bauherren, bisweilen nur ein Unternehmen zur Einreichung einer Offerte aufzufordern. Auch diese Situation führte indessen nicht dazu, dass das zur Eigenofferteinreichung aufgeforderte Unternehmen keinerlei Konkurrenz ausgesetzt gewesen wäre. Denn das offerteinreichende Unternehmen hätte – jedenfalls dann, wenn das EO-System nicht bestanden hätte – zu befürchten gehabt, dass der Bauherr bei einer zu hohen Eingabesumme gleichwohl eine günstigere Konkurrenzofferte einholen würde.

c. Preis als entscheidender Wettbewerbsparameter

1052. Entgegen den Behauptungen einiger Parteien ist anzunehmen,[1225] dass der Preis in der Strassen- und Tiefbaubranche der zentrale Wettbewerbsparameter ist und im Untersuchungszeitraum war. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, bedeutet dies, dass sich Strassen- und Tiefbauunternehmen bei der Bewerbung um die Durchführung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten vor allem über den Preis voneinander unterscheiden mussten, um den Zuschlag zu erhalten.

1053. Dies folgt schon daraus, dass bei 94 % aller 709 Zuschlagsentscheidungen betreffend die DOP-Projekte jeweils die preislich günstigste Offerte den Zuschlag erhalten hat. Allein dieser Befund belegt eindrücklich die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Preis» in der Strassen- und Tiefbaubranche. Hinzu kommt, dass mittels der gemeinsamen Festlegung der Höhe der Eingabesummen auch die Zuschlagserteilung durch die Bauherrschaft gesteuert werden sollte, was – wie sich zeigte – denn auch funktionierte (siehe oben Rz 701 ff., 793 ff.). Wären nun für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätten folglich zur Erreichung des Ziels, sich die Projekte zuzuteilen, gemeinsame Festlegungen der Höhe der Eingabesummen nicht ausgereicht. Stattdessen hätten auch gemeinsame Festlegungen hinsichtlich anderer Zuschlagskriterien erfolgen müssen. Die Wettbewerbsbehörden haben aber keinerlei Hinweise dafür gefunden, dass gemeinsame Festlegungen zu anderen Zuschlagskriterien erfolgten.

1054. Sicherlich ist auch die Reputation eines Unternehmens, das eine auftragsgemässe Ausführung der nachgefragten Strassen- und Tiefbauleistungen gewährleistet, für die Auftragsvergabe von Bedeutung. Hierin ist aus Sicht der WEKO aber eine Grundvoraussetzung für das dauerhafte Verbleiben im Markt und weniger ein in Bezug auf den einzelnen Auftrag bedeutender Wettbewerbsparameter zu sehen. Dieses Kriterium eignet sich denn auch allenfalls in Bezug auf einzelne komplexe Projekte als Differenzierungskriterium – etwa dann, wenn komplizierte Nachtarbeiten auf einer Autobahn anfallen.[1226] Es ist aber nicht anzunehmen, dass dieses Differenzierungskriterium in Bezug auf jedes Strassen- und/oder Tiefbauprojekt, welches im Untersuchungsgebiet ausgeschrieben worden war, zugetroffen hat. Derartiges haben auch die Parteien nicht behauptet.

1055. Ferner sind die vergaberechtlichen Vorschriften auch bezüglich der Bedeutung des Preises von Relevanz: Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand, die in offenen Verfahren oder in Einladungsverfahren erfolgen, sind die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Soweit den Wettbewerbsbehörden Ausschreibungsunterlagen vorliegen, ist aus ihnen ersichtlich, dass der Preis mit über 60 % bzw. 70 % gewichtet wurde.[1227] Die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden führt dazu, dass es den an der Kooperation teilnehmen Unternehmen aufgrund dieses Wissens sowie der Abschätzbarkeit der Bewertung allfälliger sonstiger Zuschlagskriterien bezüglich der einzelnen Abredepartner möglich ist, die übrigen gegebenenfalls bestehenden Zuschlagskriterien in der Bewertung über den Parameter «Preis» zu kompensieren. Eine solche Kompensation anderer Zuschlagskriterien über den Parameter «Preis» dürfte praktisch einzig dann nur noch schwer möglich sein und entsprechend die vorherige Bestimmung des Zuschlagsempfängers erschweren, wenn in einem Einzelfall die übrigen Zuschlagskriterien sehr hoch gewichtet würden und sich die verschiedenen Strassen- und Tiefbauunternehmen bezüglich dieser Kriterien auch noch stark unterscheiden würden. Eine solche Ausnahmesituation lag allerdings in keiner der in casu betrachteten Strassen- und Tiefbausubmissionen vor.

1056. Die Oberholzer hat beantragt, den Vertreter einer Vergabestelle, den […] zur Vergabepraxis und zum Preisniveau im Untersuchungsgebiet zu befragen. Eine solche Befragung ist für den festzustellenden Sachverhalt und die vorliegenden Beweisergebnisse nicht notwendig. Denn mit Blick auf die der WEKO vorliegenden Daten über die Vergabepraxis sowie auf die Dokumente zur Gewichtung der Zuschlagskriterien bei einzelnen Ausschreibungen ist anzunehmen, dass der Preis beim Grossteil der Vergabeentscheide der entscheidende oder zumindest ein sehr bedeutsamer Faktor für die Vergabeentscheidung war (siehe oben Rz 1052 ff.). Welches Preisniveau in der Gemeinde [E im Bezirk See-Gaster] im Bereich Strassen- und Tiefbau herrschte, ist für die Entscheidung ebenfalls nicht von Bedeutung. Denn das Kartellgesetz schützt den freien Wettbewerb und nicht ein bestimmtes Preisniveau; damit muss im Rahmen des Kartellgesetzes nicht nachgewiesen werden, dass das Preisniveau zu hoch war (siehe unten Rz 1278 ff.). Der Antrag ist deshalb abzulehnen.

[1225] Siehe z. B. Act. n° [...].
[1226] Act. n° [...].
[1227] Siehe jeweils Antworten auf Frage 4, FB II in Act. n° [...].

d. Zwischenergebnis

1057. Zusammenfassend bestanden unterschiedliche Rahmenbedingungen, welche für die Konkurrenzsituation zwischen den acht Unternehmen sowie im Verhältnis zu externen Anbietern von Strassen- und Tiefbauleistungen von Bedeutungen waren. Dabei ist festzustellen, dass diese Rahmenbedingungen im Untersuchungsgebiet im Wesentlichen gleich waren, weil alle Unternehmen, welche in diesem Gebiet ihren Sitz und/oder einen Werkhof hatten, etwa gleiche – aber nie dieselben– Transport- und Koordinationskosten hatten. Unternehmen von «ausserhalb» hatten hingegen natürliche Grenzen zu überqueren, welche zur Erhöhung ihrer Kosten beitrugen. Das Beschaffungsrecht hat die Konkurrenzsituation bezüglich Projekten, welche von der öffentlichen Hand vergeben wurden, beeinflusst, Konkurrenz aber nie ausgeschlossen. Der Preis war beim Grossteil der vergebenen Projekte das entscheidende Kriterium für die Vergabe des Auftrags.

A.5.4.5.2 Umfang der Konkurrenz im Untersuchungsgebiet

1058. Bezüglich der Konkurrenzsituation innerhalb des Untersuchungsgebiets ergeben sich Erkenntnisse aus der statistischen Analyse, welche an dieser Stelle nicht insgesamt wiederholt werden sollen (siehe vertiefend dazu oben Rz 775 ff.). Hinzuweisen ist aber noch einmal darauf, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 zusammen 57 % des gesamten Auftragsvolumens der DOP-Projekte aus dem Untersuchungsgebiet (Aufträge der Kantone St. Gallen und Schwyz, der Gemeinden im Untersuchungsgebiet sowie des Bezirks March) für sich sichern konnten (CHF 79.4 Mio. von CHF 138.5 Mio.). Betrachtet man nur DOP-Projekte, mit denen ausschliesslich Strassenbauleistungen nachgefragt wurden, so beträgt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen sogar 76 %. Die gemeinsamen Umsatzanteile der acht Unternehmen im Bereich Strassen- *und* Tiefbau sowie im Tiefbau lagen tiefer (58 % bzw. 41 %). Die Umsatzanteile der acht Unternehmen veränderten sich im Zeitraum der MAL-Periode, fielen aber nie unter 51 % (im Jahr 2006). Im Jahr 2008 bzw. in der Zeit zwischen Anfang und Mitte 2009 betrug der gemeinsame Umsatzanteil 62 % bzw. 53 % (siehe oben Rz 782 f.).

1059. Den Wettbewerbsbehörden liegen dabei keine Angaben zu den Umsatzanteilen bei von privaten Bauherren ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten vor. Vorliegend sind indes keine Gründe dafür ersichtlich, dass für privat ausgeschriebene Projekte grundlegend andere Umsatzanteile bestanden als bei Projekten, welche von der öffentlichen Hand vergeben worden waren. Allenfalls könnte angenommen werden, dass der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen bei privat vergebenen Projekten eher höher war als bei öffentlichen Projekten. Denn Private sind nicht an gesetzliche Vorgaben, wie beispielsweise das Gebot, bei Einladungsverfahren auch ortsfremde Unternehmen zur Einreichung einer Offerte einzuladen (vgl. Art. 35 Abs. 2 VöB), gebunden. Zudem ist es nicht zu erwarten, dass gegenüber der Konkurrenzsituation bei öffentlichen Projekten weitere Konkurrenten Offerten einreichen. Denn Private vergeben eher Projekte mit kleinem Auftragsvolumen, so dass Bauunternehmen, welche nicht ohnehin in der Region tätig sind, wahrscheinlich nicht ausgerechnet für einzelne kleine Bauprojekte Baumaschinen, Baumaterial und Personal in das Untersuchungsgebiet verschieben.

1060. Den Wettbewerbsbehörden liegt keine systematische Sammlung der Offertöffnungsprotokolle der Zeit vor 2004 vor. Gleichwohl kann aus den vorangehenden Randziffern gefolgert werden, dass sich die Umsatzanteile der acht Unternehmen einerseits sowie der Konkurrenten andererseits in der Zeit zwischen 2002 und 2004 in ähnlichen Bereichen bewegt haben müssen wie danach. Denn auch diesbezüglich sind keinerlei Gründe dafür ersichtlich, welche Unterschiede rechtfertigen würden.

1061. Das Sekretariat hat die acht Unternehmen mit einem Fragebogen zur Konkurrenzsituation befragt[1228] und sie dazu aufgefordert, in Bezug auf vorgegebene Bausparten (z. B. Hochbau, Strassen- und Belagsbau, Kanalisation, Aushub um Umgebungsarten) jeweils ihre fünf wichtigsten Konkurrenten zu nennen. Die Antworten haben gezeigt, dass sich die acht Unternehmen (jedenfalls heute) gegenseitig als Konkurrenten ansehen. Weiter ergibt sich aus den Antworten Folgendes:

1062. Die acht Unternehmen nannten als externe Konkurrenten für den Bereich Strassen- und Belagsbau insgesamt sieben Unternehmen: die Awestra AG (Awestra), Walter Hösli Strassenbau AG (Hösli), Käppeli, Strassen- und Tiefbau AG (Käppeli), Stucki AG Bauunternehmung (Stucki), Hermann Gubler AG (Gubler), Egli Strassenbau AG (Egli), Kibag Holding AG (Kibag), wobei lediglich die Awestra und die Hösli mehrfach als Konkurrenten genannt wurden (Awestra: 5 Mal; Hösli: 4 Mal). Die übrigen fünf externen Konkurrenten wurden jeweils nur einmal und zwar von der Reichmuth (Käppeli), der Toller (Gubler), der Walo (Egli und Kibag) und der Bernet Bau (Stucki) genannt.

1063. Für den Bereich Kanalisation nannten die acht Unternehmen insgesamt 15, für den Bereich Aushub- und Umgebungsarbeiten 16 *externe* Konkurrenten. Im Bereich Kanalisation wurden allerdings nur die Awestra (2 Mal), die Hösli (2 Mal), die Aufdermaur Söhne Betriebs AG (2 Mal), die Trümpi AG (2 Mal), die Kibag (3 Mal) sowie die Toneatti AG Bauunternehmungen (5 Mal) mehr als ein Mal genannt. Im Bereich Aushub- und Umgebungsarbeiten wurden sieben Unternehmen mehr als ein Mal genannt: die Egli (2 Mal), die Einzelunternehmung Hauser (2 Mal), die Hess AG Erbau + Recycling (2 Mal), die Schmucki Transport + Bagger AG (3 Mal), die Blöchlinger AG (4 Mal), die Kibag (5 Mal) und die JMS-Gruppe (6 Mal).

1064. Diese Angaben zu Konkurrenzunternehmen bestätigen die Sichtweise der WEKO, wonach im Bereich Strassenbau eine andere Konkurrenzsituation herrscht(e) als im Bereich Strassen- und Tiefbau bzw. Tiefbau. Denn für die Bausparten Kanalisation sowie Aushub und Umgebungsarbeiten nannten die acht Unternehmen eine grössere Anzahl an Unternehmen und

[1228] Siehe zum Beispiel HAL […] ([Dritte] S) = Nr. 188 der kons. MAL, HAL […] ([Dritte] S) = Nr. 221 der kons. MAL oder HAL […] ([Dritte] S) = Nr. 476 der kons. MAL.

zudem wurden für diese Bereiche mehr Konkurrenzunternehmen häufiger genannt. Die Antworten auf die Fragen des Sekretariats zeigen indes nicht, wie bedeutsam die genannten Konkurrenten waren. Denn aus dem Fragebogen ergeben sich keine Umsatzanteile. Der Umstand, dass im Bereich Strassenbau nur zwei Unternehmen überhaupt mehrfach genannt werden, zeigt aber immerhin, dass im Bereich Strassenbau nur zwei Unternehmen von mehr als einem der acht Unternehmen überhaupt als wichtiger Konkurrent wahrgenommen werden.

1065. Bezüglich der Konkurrenz der externen Unternehmen ist zudem zu beachten, dass Beweismittel vorliegen, welche belegen, dass sich auch die externen Unternehmen bisweilen an der gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers sowie der Höhe der Eingabesummen beteiligten.[1229] Auch aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen geht hervor, dass – abhängig von der Notwendigkeit und der Möglichkeit – auch externe Unternehmen an der Koordination beteiligt wurden (siehe oben Rz 649 ff., 701 ff.). Dieser Umstand bewirkt eine Schwächung der Konkurrenz, weil der von externen Unternehmen erreichte Umsatz dementsprechend nicht immer durch kompetitives Verhalten erzielt wurde, sondern bisweilen ebenfalls durch Koordinationen, an denen einige der acht Unternehmen beteiligt waren.

1066. Mit Blick auf die geschilderten Umstände ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet mehr als die Hälfte des Auftragswerts aller Strassen- und/oder Tiefbauaufträge im Untersuchungsgebiet – unabhängig davon, ob sie von der öffentlichen Hand oder von Privaten in Auftrag gegeben wurden – für sich verbuchen konnten. Weiter ist anzunehmen, dass sich die Konkurrenzsituationen in den drei Bereichen «Strassenbau», «Strassen- und Tiefbau» und «Tiefbau» unterschied und dass die acht Unternehmen im Bereich Strassenbau den grössten gemeinsamen Umsatzanteil (etwa 70 % des Werts aller Aufträge) hatten. Dies hat auch das von der Hagedorn, der Oberholzer, den Reichmuth-Gesellschaften und der Toller eingereichte Parteigutachten bestätigt.[1230] Die Umsatzanteile der acht Unternehmen veränderten sich im Zeitraum von 2004 bis 2009 nur geringfügig, wobei sie stets zwischen 50 % und 65 % geschwankt haben müssen.

A.5.4.5.3 Zwischenergebnis

1067. Insgesamt liegen Umstände vor, welche deutlich darauf hinweisen, dass nur im Untersuchungsgebiet eine vergleichbare Konkurrenzsituation vorlag […]. Dies deshalb, weil der Distanzschutz sowie die geografischen Gegebenheiten dazu führen, dass Unternehmen, welche ihren Sitz und/oder ihren Werkhof jenseits dieser Grenzen haben, höhere Kosten für die Erbringung vergleichbarer Leistungen haben. Weiter ergibt sich aus der DOP-Analyse und den Antworten auf den Fragebogen, dass die acht Unternehmen in der Strassen- und Tiefbauwirtschaft im Untersuchungsgebiet eine starke Position hatten und jedenfalls in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 mehr als die Hälfte des gesamten Auftragsvolumens für sich verbuchen konnten.

A.5.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis

1068. Aus den Beweismitteln ergibt sich in der Zusammenfassung das folgende Beweisergebnis: Die De Zanet AG, die Hagedorn AG (bzw. die Jules Hagedorn AG), die Oberholzer AG Eschenbach (bzw. die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen), die Implenia Bau AG (bzw. die Batigroup), die Walo Bertschinger AG St. Gallen, die Gebr. P. und J. Reichmuth AG, die Toller Unternehmungen AG sowie die Bernet Bau AG arbeiteten – in unterschiedlichen Konstellationen und im Fall der Bernet Bau «erst» ab 2001 – bis Mitte 2009 zusammen, um sich hinsichtlich der in den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zu koordinieren. Diese Koordination bezog sich sowohl auf von der öffentlichen Hand vergebene Projekte als auch auf Projekte, die von einem privaten Bauherrn vergeben wurden. Diese Koordination beinhaltete die Zusammenarbeit im Rahmen eines Marktabklärungssystems («MA-System») und eines Eigenoffertlistensystems («EO-System»). Diese beiden Systeme funktionierten folgendermassen:

1069. Die genannten Unternehmen trafen sich – teilweise auch schon vor 2002 – von Anfang 2002 bis Mitte 2009 regelmässig, d.h. alle zwei bis vier Wochen, zu Marktabklärungssitzungen (MA-Sitzungen). Allein zwischen 2004 und Mitte 2009 fanden etwa 80 MA-Sitzungen statt. Bis Ende 2007 nahmen alle Unternehmen regelmässig an den MA-Sitzungen teil. Im Ausnahmefall kam es vor, dass einzelne Unternehmensvertreter Sitzungen nicht besuchten. Grund hierfür war z. B. Ferienabwesenheiten oder ein mangelndes Interesse an aktuellen ausgeschriebenen Projekten. Zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 waren dann jedenfalls noch die De Zanet, die Hagedorn, die Implenia sowie die Walo regelmässig an stattfindenden MA-Sitzungen anwesend. Es ist nicht beweisbar, dass die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller und die Bernet Bau zwischen Anfang 2008 und Mitte 2009 an jeder stattfindenden MA-Sitzungen anwesend waren (betreffend die Anwesenheit der zuletzt genannten Unternehmen an MA-Sitzungen siehe Rz 423 ff., 457 ff., 479 ff., 515 ff.).

1070. An den MA-Sitzungen wurde die jeweils aktuelle Marktabklärungsliste bzw. vor 2004 das aktuelle «Submissionsprogramm» sowie die jeweils aktuelle Eigenoffertliste besprochen.

1071. Die Marktabklärungslisten bzw. Submissionsprogramme waren tabellarisch aufgebaute und ständig aktualisierte («dynamische») Listen, auf denen hauptsächlich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte aus den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe aufgeführt waren, welche in dem Gebiet aktuell ausgeschrieben waren oder von denen die Unternehmen wussten, dass sie künftig vergeben werden sollten. Mehrheitlich waren auf den MA-Listen öffentliche Bauprojekte aufgeführt. Es kam aber auch vor, dass (grössere) Projekte genannt waren, welche von privaten Stellen ausgeschrieben wurden. Jedes der acht Unternehmen hatte aus seinem

[1229] […].
[1230] Siehe dazu zuletzt Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 f., *ADSL II*.

ihm zugewiesenen «Aufklärungsgebiet» wenn möglich alle Strassen- und/oder Tiefbauprojekte – zu Anfang des jeweiligen Jahres, daneben aber auch laufend – für die MA-Listen bei der De Zanet zu melden.

1072. Dies diente der einvernehmlichen Zuteilung der auf den Marktabklärungslisten aufgeführten Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet. Mit Hilfe der MA-Listen und der MA-Sitzung wollten die acht Unternehmen ermöglichen, hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich den Zuschlaggewinner (schutznehmendes Unternehmen) und die Höhe der Gewinneroffertsumme sowie der Stützoffertsummen vor Ablauf der Eingabefrist festzulegen.

1073. Zu diesem Zweck klärten die acht Unternehmen an den MA-Sitzungen bezüglich der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte der MA-Listen vor Ablauf der Eingabefrist die Interessenslage ab. Je nach Ergebnis der Interessensabklärung machten die acht Unternehmen an der MA-Sitzung bestimmte Festlegungen: Bisweilen legten sie an der MA-Sitzung bereits den Gewinner eines bestimmten Projekts fest («Schutz») oder entschieden auf «Freigabe». In den meisten Fällen bestimmten sie jedoch das «Lead»-Unternehmen, welches an separaten Verhandlungen die endgültige Festlegung des schutznehmenden Unternehmens sowie der Eingabesummen koordinieren sollte. In der Regel wurde ein solches Unternehmen als «Lead»-Unternehmen bestimmt, welches den «Schutz» für sich organisieren wollte.

1074. Aus den äusseren Umständen der Zusammenarbeit und dem «systemkonformen» Verhalten aller acht Unternehmen kann gefolgert werden, dass die acht Unternehmen auf die beschriebene Art und Weise zusammenarbeiten wollten.

1075. Es ist weiter bewiesen, dass alle acht Unternehmen – in unterschiedlichen Konstellationen – in den Jahren 2002 bis Mitte 2009 bezüglich Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet an der gemeinsamen Festlegung des Zuschlagsempfängers sowie der Höhe der Gewinneroffertensumme und der Stützoffertsummen beteiligt waren. Diese gemeinsamen Festlegungen liefen so ab, dass das an der MA-Sitzung bestimmte «Lead»-Unternehmen versuchte, sich an separaten Sitzungen, telefonisch, per E-Mail und/oder per Fax «Schutz» (Schutz durch alle an einer Submission beteiligte Unternehmen) oder zumindest «Teilschutz» (Schutz durch einige an einer Submission beteiligte Unternehmen) zu organisieren. Dies bedeutet, dass es versuchte, sich vor Ablauf der Eingabefrist mit anderen Unternehmen darüber zu einigen, dass es den Zuschlag für das gewünschte Projekt erhalten wird. Dazu haben die pro Projekt beteiligten Unternehmen jeweils die Höhe der Gewinnofferte und der Stützofferten gemeinsam festgelegt.

1076. Eine derartige gemeinsame Festlegung funktionierte in einer Vielzahl von Fällen. Es gab aber auch Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet, bezüglich derer schon keine Einigung über den Gewinner und die Höhe der Offerten gelang oder hinsichtlich derer die Festlegung durch nicht an der Koordination beteiligte Strassenbauunternehmen (mittels tieferer Eingabesummen) unterlaufen wurde. Bezüglich des Ausmasses der Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems sowie der Folgen des MA-Systems sei auf das in Rz 853 dargestellte Beweisergebnis verwiesen.

1077. Das von den genannten Unternehmen betriebene EO-System basierte massgeblich auf den Eigenoffertlisten (EO-Listen). Die acht Unternehmen massen dem EO-System dabei folgende Bedeutung zu:

1078. Mit dem EO-System bezweckten die acht Unternehmen, die auf den EO-Listen aufgeführten Projekte für das meldende Unternehmen vor dem Zugriff der jeweils anderen sieben Unternehmen zu sichern. Wenn eines der acht Unternehmen für einen – in der Regel privaten – Bauherrn eine Eigenofferte erstellte, konnte es das betreffende Projekt für die EO-Listen bei der Implenia bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (Batigroup) melden. Die Implenia bzw. die Batigroup setzte das Projekt daraufhin auf die EO-Liste und vermerkte, welches Unternehmen die Eigenofferte gemeldet hat. Die ständig aktualisierten EO-Listen wurden von der Implenia bzw. der Batigroup vor den in der Regel alle zwei bis vier Wochen stattfindenden MA-Sitzungen an alle Unternehmen versandt. Wenn nun ein weiteres Unternehmen vom Bauherrn eines gemeldeten Projekts um eine Eigenofferte gebeten wurde, so hatte sich dieses Unternehmen bei dem meldenden Unternehmen über den Eingabepreis zu erkundigen und einen höheren Preis für seine Eigenofferte einzugeben. Das EO-System erforderte indes nicht in jedem Fall eine weitere Koordination, denn die acht Unternehmen gingen ja ohnehin davon aus, dass dem meldenden Unternehmen das Projekt, für das das Unternehmen als erstes eine Eigenofferte eingereicht hat, «zusteht». Eine Koordination war nur notwendig, wenn überhaupt ein zweites der acht Unternehmen vom Bauherrn zu einer Eigenofferte angefragt wurde.

1079. Dies wurde von den acht Unternehmen zumeist auch so umgesetzt, so dass in der Regel jeweils dasjenige Unternehmen, welches eine Eigenofferte für ein Strassen- und/oder Tiefbauprojekt im Untersuchungsgebiet erstellt und für die EO-Liste gemeldet hatte, auch den Auftrag erhielt.

1080. Durch die Kombination des MA-Systems und des EO-Systems erreichten die acht Unternehmen, dass grundsätzlich alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte der soeben beschriebenen Koordination zugeführt wurden oder jedenfalls werden konnten. Denn entweder sollte ein Projekt aufgrund seiner Art und Vergabeart für die MA-Listen gemeldet werden, woraufhin eine Interessensabklärung im Hinblick auf eine «Schutz»-Festlegung erfolgte, oder aber ein Unternehmen erstellte auf Anfrage für den Bauherrn eine Eigenofferte, welche es dann für die EO-Listen meldete. Die acht Unternehmen erzielten dementsprechend einen erheblichen Anteil ihres jährlichen Umsatzes im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet mit Projekten, welche auf den MA-Listen oder den EO-Listen geführt waren. Insgesamt bezweckten die acht Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit mithin, sich – soweit möglich – die im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte untereinander aufzuteilen.

1081. Bezüglich der Folgen der Zusammenarbeit insgesamt ist als bewiesen anzusehen, dass sowohl dem EO-System als auch dem Umstand, dass die acht Unternehmen wiederholt vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen betreffend Strassen- und/oder Tiefbauprojekte festgelegt haben, die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent war. Des Weiteren ist anzunehmen, dass die beschriebene Koordination hinsichtlich einer Submission dazu führte, dass sich das Bieterverhalten hinsichtlich «unbelasteten» Submissionen derart veränderte, dass Preiserhöhungen drohten.

1082. Was die Umsätze der Parteien sowie die Konkurrenzsituation im Untersuchungsgebiet angeht, sei auf die Ausführungen in den Rz 1039 ff. und Rz 1045 ff. verwiesen. An dieser Stelle sei lediglich wiederholt, dass die acht Unternehmen bei der Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet eine starke Stellung hatten, da sie zwischen 2002 und Mitte 2009 mehr als die Hälfte des gesamten Auftragsvolumens auf sich vereinen konnten.

B Erwägungen

B.1.1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes

1083. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist in Art. 2 KG festgelegt. Daraus ergibt sich Folgendes:

B.1.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

1084. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus,[1231] Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[1232]

1085. Für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs kommt es also nicht nur darauf an, dass die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt sind, sondern auch darauf, dass eine solche Verhaltensweise Gegenstand der Beurteilung ist, an der mindestens zwei wirtschaftlich unabhängige Subjekte beteiligt waren. Damit sind rein konzerninterne Sachverhalte nicht vom Kartellrecht erfasst. Für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs kommt es dabei darauf an, dass der Unternehmensbegriff im Zeitpunkt des (mutmasslichen) Kartellrechtsverstosses erfüllt ist. Welche juristische Personen wegen des Verhaltens dieser Unternehmen zur Zahlung einer Sanktion und/oder zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung verpflichtet werden können, ist hingegen an anderer Stelle zu prüfen (siehe dazu unten Rz 1128 ff.).

1086. In casu traten die an den oben beschriebenen Verhaltensweisen beteiligten Gesellschaften gegenüber (öffentlichen und privaten) Bauherren allesamt als Anbieter von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen auf. Zugleich waren sie als Nachfrager für solche Leistungen aktiv, welche sie für die Erbringung ihrer eigenen Leistungen benötigten (z. B. Einkauf von Baumaterial). Hinzuweisen ist darauf, dass dies für die Toller Unternehmungen AG ab dem Zeitpunkt gilt, in dem sie das Personal und das Inventar der Toller Strassenbau AG übernahm (ca. 1995); denn ab diesem Zeitpunkt war die Toller Strassenbau AG «inaktiv» (siehe dazu oben Rz 28). Für alle Gesellschaften, welche sich am MA-System sowie am EO-System beteiligten, ist Art. 2 Abs. 1bis KG also erfüllt.

1087. Soweit bekannt, führten die De Zanet AG, die (Jules) Hagedorn AG und die Gebr. P. und J. Reichmuth AG ihre Unternehmung dabei im gesamten untersuchten Zeitraum jeweils stets unbeeinflusst von einer Schwester- oder einer Muttergesellschaft (siehe oben Rz 3 ff.). Diese drei Gesellschaften waren also jeweils Trägerin eines wirtschaftlich selbständigen Strassen- und Tiefbauunternehmens. Vergleichbares gilt für die Toller Unternehmungen AG, die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen sowie später die Oberholzer AG, Eschenbach, da diese Gesellschaften im Zeitraum des mutmasslichen Kartellrechtsverstosses jeweils nie eine Muttergesellschaft oder eine Schwestergesellschaft, welche (gleichzeitig) ebenfalls Strassen- und/oder Tiefbauleistungen erbrachte, hatten.

1088. Etwas anderes gilt für die Implenia Schweiz AG, die Walo Bertschinger AG St. Gallen sowie die Bernet Bau AG, welche jeweils – wenn auch teilweise nur in bestimmten Zeiträumen – Muttergesellschaften hatten (siehe oben Rz 3 ff.). Ob die drei genannten Gesellschaften deshalb wirtschaftlich unselbständig waren, muss bezüglich der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs allerdings nicht geklärt werden. Denn wären die drei genannten juristischen Personen nicht wirtschaftlich selbständig gewesen, so wären sie jeweils zusammen mit ihrer Muttergesellschaft als Trägerinnen einer Anbieterin von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen, und damit jeweils zusammen mit ihrer Muttergesellschaft als Trägerinnen eines *Unternehmens* zu qualifizieren. Wären die drei juristischen Personen trotz des Vorhandenseins einer Muttergesellschaft wirtschaftlich betrachtet selbständig gewesen, so lägen ebenfalls drei Unternehmen (getragen nur von den drei genannten Tochtergesellschaften) vor, welche wirtschaftlich selbständig Strassen- und/oder Tiefbauleistungen angeboten haben.

1089. Aus alledem ergibt sich, dass jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 dieselben acht *Unternehmen* zusammengearbeitet haben. Es handelt sich hierbei um:

- De Zanet,
- Hagedorn,

[1231] JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[1232] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 f., *ADSL II*.

- Oberholzer,
- Implenia/Batigroup,
- Walo,
- Reichmuth,
- Toller und
- Bernet Bau.

1090. Dass es sich bei der Implenia nach dem Zusammenschluss der Batigroup Holding AG und der Zschokke Holding AG zur Implenia im Jahr 2005 um dasselbe *Unternehmen* handelt wie vor dem Zusammenschluss, folgt daraus, dass das Unternehmen Batigroup nach dem Zusammenschluss wirtschaftlich betrachtet dasselbe Unternehmen geblieben ist (siehe dazu Rz 1162).

1091. In Bezug auf Hagedorn/Bernet Bau ist Folgendes hinzuzufügen: Der Umstand, dass die Bernet Bau AG bis August 2008 bzw. Ende 2009 der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] gehörte (siehe oben Rz 3, 14 ff.), ändert nichts daran, dass die Bernet Bau AG als Trägerin eines Strassen- und Tiefbauunternehmens aufgetreten ist. Aus diesem Umstand ist aber immerhin zu folgern, dass Koordinierungen zwischen der (Jules) Hagedorn AG und der Bernet Bau AG bis zur Erlangung der Unabhängigkeit von den Hagedorn-Gesellschaften wegen des oben genannten Konzernprivilegs nicht vom Kartellrecht erfasst werden. Da vorliegend aber auch Koordinierungen der Bernet Bau AG mit der De Zanet AG, der Oberholzer AG Eschenbach bzw. der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, der Implenia Schweiz AG bzw. der Batigroup, der Walo Bertschinger AG St. Gallen, der Gebr. P. und J. Reichmuth AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf die beschriebene Art und Weise koordinierte (siehe dazu insbesondere Rz 515 ff., 701 ff., 880 ff., 893 ff.).

B.1.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

1092. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert.

1093. Da der Gesetzgeber eine möglichst umfassende Anwendung des Kartellgesetzes bezweckt hat, müssen die Wettbewerbsbehörden an dieser Stelle weder prüfen, ob tatsächlich eine Kartell- oder eine andere Wettbewerbsabrede vorliegt, noch auf das tatsächliche Ausmass einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung eingehen.[1233] Eine solche Prüfung ist Gegenstand der materiellen wettbewerbsrechtlichen Prüfung, welche in der Regel zunächst umfassende Sachverhaltsermittlungen durch die Wettbewerbsbehörden erfordert. Sie kann damit sachlogisch nicht vor der Bejahung der Anwendung des Kartellgesetzes erfolgen. Dementsprechend dient die Nennung der drei Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 2 Abs. 1 KG in erster Linie dazu, zu verhindern, dass die Wettbewerbsbehörden Sachverhalte aufgreifen, welche Verhaltensweisen ohne jegliche Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten und ohne negative wettbewerbliche Folgen zum Gegenstand haben.[1234]

1094. Letzteres ist vorliegend aber nicht zu befürchten, da zu Beginn der Untersuchung der Verdacht bestand, dass Strassen- und Tiefbauunternehmen im Untersuchungsgebiet Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen sowie Informationen über Offertpreise, Teilnahmen an Ausschreibungen wie auch die Zuteilung von Aufträgen respektive Kunden austauschten (siehe dazu Rz 1, 47 ff.). Damit bestanden Anhaltspunkte, dass die Strassen- und Tiefbauunternehmen Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben, welchen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG eine besonders schwerwiegende Wirkung zugesprochen wird. Damit war die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellrechts zu bejahen. Ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG getroffen wurden, konnte erst nach entsprechenden Sachverhaltsermittlungen und Durchführung der Untersuchung beurteilt werden. Hinsichtlich des Ergebnisses dieser Prüfung wird auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen und auf eine Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet (siehe Rz 1183 ff.).

B.1.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

1095. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Geltungsbereich des KG insoweit nicht eröffnet ist.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

1096. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

1097. Dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen, wobei der Vorbehalt nur bei Normenkollision die Anwendung des Kartellrechts ausschliessen kann. Bei Art. 3 Abs. 1 KG ist damit durch Auslegung von Vorschriften, welche auf den untersuchten Wirtschaftsbereich einen Einfluss haben, zu prüfen, ob es Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist, Wettbewerb zwischen Unternehmen auszuschliessen. Nur wenn dies bejaht werden kann, liegt eine Kollision dieser Vorschriften mit dem Kartellgesetz vor, welche Art. 3 Abs. 1 KG zugunsten dieser Vorschriften auflösen soll.[1235] Bei der Prüfung, ob vorbehaltene Vorschriften vorliegen, haben die Wettbewerbsbehörden

[1233] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 21, *ADSL II*.
[1234] Vgl. Urteil des BGer 2C_80/2014 vom 28.1.2015, E. 2.4, *Hors-Liste Medikamente*.
[1235] Urteil des BGer 2C_80/2014 vom 28.1.2015, E. 2.2.7, *Hors-Liste Medikamente*.

nicht zu prüfen, ob im konkreten Wirtschaftsbereich oder im konkreten Fall freier Wettbewerb herrscht.[1236] Diese Prüfung ist Gegenstand der Anwendung der Normen des 2. Kapitels des Kartellgesetzes.[1237]

1098. Vorliegend sind keine Vorschriften ersichtlich, deren Zweck darin liegt, für den untersuchten Wirtschaftsbereich freien Wettbewerb auszuschliessen. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die WEKO bereits festgestellt hat, dass zwischen den Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes und der Kantone einerseits sowie dem Kartellgesetz andererseits keine Normenkollision besteht, sondern dass die genannten Vorschriften betreffend Preis- und Geschäftspartnerabreden zwischen (potentiellen) Submittenten parallel zur Anwendung kommen sollen.[1238] Dem ist hinzuzufügen, dass der Sinn und Zweck der beschaffungsrechtlichen Regelung gerade darin besteht, Wettbewerb zwischen Anbietern zu schaffen, hingegen nicht, Wettbewerb auszuschliessen (vgl. Art. 1 BöB[1239]).

1099. Vor dem Hintergrund, dass die Oberholzer und die Toller geltend machen, die öffentlichen Auftraggeber hätten durch ihr Ausschreibungsverhalten dazu beigetragen, dass im Untersuchungsgebiet der Wettbewerb zwischen den Anbietern reduziert oder sogar ausgeschlossen gewesen sei,[1240] ist ferner darauf hinzuweisen, dass ein solches Verhalten – wenn es denn zutreffen sollte – unter keinen Umständen die Anwendbarkeit des Kartellrechts ausschliessen kann. Denn wie einleitend erläutert, kommt es bei der Prüfung, ob vorbehaltene Vorschriften vorliegen, nicht auf das tatsächliche Anbieter- und Nachfrageverhalten an, sondern nur darauf, ob der Gesetzgeber mit einer bestimmten Regelung Wettbewerb ausschliessen wollte. Kommt hinzu, dass selbst wenn die Angaben der Oberholzer und der Toller, wonach die Vergabestellen Fehler bei der Ausschreibung gemacht hätten, stimmen würden, es den Unternehmen gleichwohl möglich gewesen wäre, ihre Offerten einzugeben, ohne vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen der Offerten festzulegen. Mit anderen Worten wäre (Preis-)Wettbewerb selbst dann möglich gewesen, wenn die Behauptungen der Oberholzer und der Toller zutreffen würden.

1100. Die Anwendung des Kartellrechts ist mithin nicht durch vorbehaltene Vorschriften im Sinne des Art. 3 Abs. 1 KG ausgeschlossen.

B.1.3 Formelles, insbesondere Gewährung des rechtlichen Gehörs

1101. Gemäss Art. 39 KG kommen die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes[1241] 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. Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist es, dass die Parteien Beweisanträge stellen können, welche von den Wettbewerbsbehörden behandelt werden müssen. Diese Rechte finden ihre Grenzen in den besonderen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (siehe insbesondere Art. 26 ff., 29 ff. VwVG).

B.1.3.1 Anwaltswechsel der Reichmuth-Gesellschaften

1102. Das Recht auf Akteneinsicht und der Anspruch wurden insbesondere gegenüber den Reichmuth-Gesellschaften gewahrt. Zwar hat das Sekretariat den Reichmuth-Gesellschaften eine zweite Verlängerung der Frist zur Stellungnahme zum Antrag nicht antragsgemäss gewährt (siehe oben Rz 78). Diese Beschränkung des rechtlichen Gehörs war mit Blick auf das Beschleunigungsgebot aber zulässig, da eine zweite Fristerstreckung nur beim Vorliegen von qualifizierten Gründen und einer ausführlichen Begründung möglich ist.[1242]

1103. Bei der Fristansetzung und der Fristerstreckung sind die Umstände des Einzelfalls und eine entsprechende Begründung des Fristerstreckungsgesuchs massgeblich. Massgeblich für die Entscheidung über ein Fristerstreckungsgesuch ist, dass einer Verfahrenspartei genügend Zeit für die Ermöglichung einer angemessenen Rechtsverteidigung zur Verfügung stehen muss. Ein Anwaltswechsel ist nicht per se ein qualifizierter Grund, welcher eine zweite Fristerstreckung rechtfertigt. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot müssen besondere Gründe geltend gemacht werden, welche einen Anwaltswechsel erst zu einem derart späten Verfahrensstand für die angemessene Rechtsverteidigung notwendig erscheinen lassen. Die Reichmuth-Gesellschaften haben derartige Gründe aber keinesfalls vorgebracht und die diesbezüglichen Fragen des Sekretariats auch nicht beantwortet (siehe oben Rz 78).[1243] Kommt hinzu, dass die Reichmuth-Gesellschaften insgesamt über ein Jahr Zeit hatten, um sich in Bezug auf die Vorwürfe des Sekretariats eine angemessene Rechtsverteidigung zu organisieren. Denn die Reichmuth-Gesellschaften kannten die wesentlichen Vorwürfe des Sekretariats bereits seit Anfang März 2015, da ihnen das Sekretariat diese ausführlich als vorläufiges Beweisergebnis an der Einvernahme von [Vertreter der Reichmuth] im März 2015 präsentiert hatte.[1244] Dieses vorläufige Beweisergebnis liegt dem Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 zugrunde, zu welchem die Reichmuth-Gesellschaften – nach einer ersten Fristverlängerung – wiederum bis zum 28. April 2016 hätten Stellung beziehen können. Folglich lag weder ein qualifizierter Grund für eine zweite Fristerstreckung noch eine entsprechende Begründung der Reichmuth-Gesellschaften vor. Die nicht antragsgemässe Erstreckung der bereits einmal erstreckten Frist durch

[1236] Urteil des BGer 2C_80/2014 vom 28.1.2015, E. 2.4.2, *Hors-Liste Medikamente*.
[1237] RPW 2013/4, 524 Rz 134, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1238] Bundesgesetz vom 16.12.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), SR 172.056.1.
[1239] Vgl. Act. n° [...].
[1240] Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (VwVG; SR 172.021).
[1241] Act. n° [...].
[1242] Act. n° [...].
[1243] Siehe Act. n° [...].
[1244] Act. n° [...].

das Sekretariat war mithin rechtmässig. Die ausserhalb der Notfrist eingegangenen Stellungnahmen der Reichmuth-Gesellschaften zum Antrag des Sekretariats wurden in dieser Verfügung berücksichtigt.

B.1.3.2 Einsicht in die Screening-Datensätze

1104. Die Oberholzer und die Toller haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats beantragt, ihnen sei Einsicht in die Resultate und Grundlagen (Datensätze etc.) der ökonometrischen Studie, welche zur Eröffnung des Untersuchungsverfahrens geführt hat, zu gewähren. Zur Begründung führt die Toller aus, hieraus müsse sich ergeben, dass die Toller bei der oben beschriebenen Zusammenarbeit nur eine unbedeutende Rolle gespielt haben könne.[1245]

1105. Diese Anträge sind gegenstandslos und damit abzuweisen. Zur Eröffnung des Verfahrens wurden die Daten aus Offertöffnungsprotokollen betreffend Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen zwischen 2004 und 2010 vergeben wurden, untersucht (siehe Rz 47). Diese Daten sind für das Untersuchungsgebiet jedoch Teil derjenigen Daten, welche im Rahmen der Untersuchung analysiert (siehe Rz 47, 60 f. und Rz 751 ff.) und welche der Oberholzer und der Toller insgesamt zugestellt wurden.[1246] Der Oberholzer und der Toller ist es mithin möglich, nur die Daten aus den Offertöffnungsprotokollen des Kantons St. Gallen aus dem Zeitraum 2004 bis 2010 für das Untersuchungsgebiet zu untersuchen. Dem Begehren ist mithin bereits entsprochen. Für die WEKO ist hingegen nicht ersichtlich, weshalb sich aus der Analyse nur der Offertöffnungsprotokolle des Kantons St. Gallen aus dem Zeitraum 2004 bis 2010 für die Oberholzer und die Toller entlastende Momente ergeben könnten. Denn beide Unternehmen haben im gesamten Untersuchungsgebiet – auch bei den Gemeinden – Offerten eingereicht (siehe oben Rz 751 ff. sowie Act. n° [...]).

B.1.3.3 Keine zusätzlichen Erläuterungen der statistischen Analyse notwendig

1106. Die Oberholzer und die Toller haben mit Blick auf das eingereichte Parteigutachten beantragt, dass die statistischen Analysen insbesondere in Bezug auf die Erfolgsquote und die Codierungen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs genauer zu erläutern seien.

1107. Das Sekretariat hat die Methodik und die Ergebnisse der statistischen Analysen in seinem Antrag an die WEKO sowie in zusätzlichen Akten ausführlich und verständlich erläutert (siehe auch Rz 834, 838 ff.). Diese Erläuterungen wurden den Parteien zugestellt.[1247] Eine weitere Erläuterung ist damit nicht notwendig.

1108. Die WEKO hat sich den ausführlichen und verständlichen Ausführungen angeschlossen. Somit geht auch aus dieser Verfügung ausreichend verständlich hervor, welche Daten der Analyse zugrunde gelegt sind, wie diese Daten analysiert wurden und was die Ergebnisse der Analysen sind (siehe insbesondere Rz 751 ff.).

B.1.3.4 Keine Überarbeitung der statistischen Analyse

1109. Die Oberholzer und die Toller haben mit Blick auf das eingereichte Parteigutachten beantragt, die statistische Analyse des Sekretariats entsprechend den Kritikpunkten des Parteigutachtens zu überarbeiten und den Parteien erneut zur Stellungnahme zuzustellen. Dieser Antrag wird abgelehnt, da die Vorbringen des Parteigutachtens nicht überzeugen (siehe oben Rz 834, 838 ff.). Soweit die WEKO im Zusammenhang mit der statistischen Analyse neue Ausführungen gemacht hat, erfolgten diese lediglich zur Widerlegung der Einwände der Parteien und beruhen auf den Datensätzen, welche die Parteien bereits erhalten haben.[1248] Der bedingte Antrag, die überarbeitete Analyse den Verfahrensparteien erneut zur Stellungnahme zuzustellen, ist damit gegenstandslos.

B.1.3.5 Schutz von Geschäftsgeheimnissen

1110. Die Wettbewerbsbehörden wahren gemäss Art. 25 KG Amts- und Geschäftsgeheimnisse. Aus Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG ergibt sich dementsprechend, dass die Einsicht in Akten zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verweigert werden darf.

B.1.3.5.1 Keine Offenlegung von abgedeckten Informationen

1111. Die Toller beantragt, die HA- bzw. BB-Listen seien ihr vollständig offen zulegen. Ausserdem sei der Toller mitzuteilen, welche Unternehmen den Ziffern in Tabelle 12 entsprechen. Sie begründet dies damit, dass sie die Informationen für eine Rechtsverteidigung benötige.

1112. Die Informationen, in welche die Toller Einsicht begehrt, stellen Geschäftsgeheimnisse dar. Denn bei den Informationen, für welche Bauprojekte die Hagedorn und die Bernet Bau Offerten mit welcher Eingabesumme eingereicht haben und welche Unternehmen ausser den acht Unternehmen in welchem Umfang Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet gewonnen haben, ist eine nicht offenkundige Information, für die auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Insbesondere liesse sich daraus die Marktstellung der betroffenen Unternehmen genauer erkunden. Solche Informationen stehen der Toller normalerweise nicht zur Verfügung; sie sind damit von wirtschaftlichem Wert. Eine Verweigerung der Einsicht in Geschäftsgeheimnisse ist damit gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zulässig, wenn hierdurch die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten nicht unangemessen beeinträchtigt werden.

1113. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Toller für ihre Rechtsverteidigung wissen muss, für welche Bauprojekte die Hagedorn und die Bernet Bau – neben den «Schutz»- und «Freigabe»-Projekten – Offerten mit welcher Eingabesumme eingereicht haben. Auf die HA- und BB-Listen wird bei der Beweiswürdigung nur insoweit abgestellt als ihnen entnommen wird, bei welchen Projekten «Schutz» bzw. «Freigabe» festgelegt wurde. Ob die Interpretation dieser Eintragungen richtig ist, kann die Toller überprüfen, ohne dass ihr die gesamten HA- und BB-Listen offengelegt werden.

[1245] Act. n° [...].
[1246] Siehe Act. n° [...].
[1247] Siehe Act. n° [...].
[1248] Act. n° [...], Rz 1136 ff. des Antrags.

1114. Weiter bedarf es für die wirksame Rechtsverteidigung nicht der Kenntnis der Identität der externen Unternehmen in Tabelle 12. Aus den Angaben in der Tabelle leitet die WEKO lediglich die gemeinsame Zuschlagsquote und die Zahl und den Wert der Zuschläge (u. a. der Toller) ab; insbesondere wird ausgeführt, die Toller habe im Vergleich zu den Unternehmen mit den Nr. 39, 161, 153 eher viele Zuschläge erhalten – allerdings für eher kleinere Projekte (siehe oben Rz 781). Diese Angaben sind für die Toller ohne weiteres überprüfbar, auch wenn sie nicht die Identität der hinter den Ziffern stehenden Unternehmen kennt.

1115. Auf die der Toller nicht zugänglich gemachten Informationen wird gemäss Art. 28 VwVG zudem nicht zum Nachteil der Toller abgestellt. Zu den entscheidenden Informationen der HA- und BB-Listen (insbesondere Eintragungen von «Schutz» und «Freigabe») hatte die Toller hingegen Zugang und hätte auch Gegenbeweise erbringen können. Die Anträge der Toller auf vollständige Einsicht in die HA- und BB-Listen sowie auf Offenlegung der Identität der in Tabelle 12 aufgeführten externen Unternehmen sind mithin abzulehnen.

B.1.3.5.2 Keine Offenlegung der Umsätze und Sanktionshöhen der anderen Unternehmen

1116. Die Toller beantragt, die Umsätze und Sanktionshöhen der anderen Unternehmen, welche im Antrag des Sekretariats aufgeführt sind, seien der Toller bekannt zu geben. Auch sei der Toller genau zu begründen, wie die Sanktion der De Zanet berechnet worden sei. Letzteres verlangt auch die Oberholzer in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats. Diese Informationen seien für die Rechtsverteidigung notwendig.

1117. Die Information, welche Umsätze die anderen acht Unternehmen mit Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet erzielten, stellt ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG dar. Vergleichbares gilt für weitere Kennzahlen zum Unternehmen De Zanet. 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 der Toller normalerweise nicht zur Verfügung; sie sind damit von wirtschaftlichem Wert. Auch die Information der Sanktionshöhe stellt ein Geschäftsgeheimnis dar. Da der Antrag des Sekretariats und auch die Verfügung erläutern, welche Umstände inwiefern bei der Sanktionsfestlegung berücksichtigt werden, liesse sich aus der Sanktionshöhe auf den Umsatz eines Unternehmens schliessen. Eine Verweigerung der Einsicht in Geschäftsgeheimnisse ist damit gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zulässig, wenn hierdurch die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten nicht unangemessen beeinträchtigt werden.

1118. Vorliegend steht keine Beeinträchtigung der Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der Toller zu befürchten. Denn im Antrag des Sekretariats wurde der Toller genau dargelegt, wie sich ihre Sanktion berechnet.[1249] Sie konnte damit überprüfen, ob das Sekretariat die sie betreffenden Tat- und Rechtsfragen richtig entschieden hat, und entsprechende Einwände erheben. Darüber hinaus ist aus dem Antrag des Sekretariats für die Toller sogar ersichtlich, nach welchen rechtlichen Kriterien sich die Sanktionen der anderen Unternehmen berechnen.[1250] So ist insbesondere in Bezug auf die De Zanet aus dem Antrag des Sekretariats ersichtlich, dass die De Zanet aus Gründen der Verhältnismässigkeit eine Reduktion ihrer Sanktion gefordert hat.[1251] Auch die Gründe, aus welchen eine solche Reduktion möglich ist, sind im Antrag aufgeführt.[1252] Der Toller und der Oberholzer stand es frei, für sich selbst derartige Gründe geltend zu machen.

1119. Zuletzt sei Folgendes betont: Es besteht kein Anspruch auf Gleichheit im Unrecht. Selbst wenn das Sekretariat die Sanktion der De Zanet oder von anderen Unternehmen falsch berechnet hätte, würde daraus kein Anspruch folgen, dass auch die Sanktion der Toller falsch zu berechnen sei. Für die Toller ist es folglich allein massgeblich, aus welchen Gründen ihre Sanktion so ausfällt wie vom Sekretariat beantragt. Diese Informationen kann sie dem Antrag des Sekretariats (und dieser Verfügung) entnehmen.

1120. Die Anträge der Toller und der Oberholzer betreffend die Offenlegung der Umsatzzahlen und der Sanktionshöhen der anderen sieben Unternehmen sowie sämtlicher Informationen, welche für die Sanktion der De Zanet entscheidend sind, wird mithin abgewiesen.

B.1.3.6 Keine weiteren Beweismassnahmen

1121. Die Oberholzer und die Toller haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats weitere Untersuchungsmassnahmen beantragt. Die Toller machte geltend, die Rolle des Baumeisterverbands sei genauer zu untersuchen; zudem müsse die Vergabepraxis im Untersuchungsgebiet analysiert werden. Die Oberholzer forderte ebenfalls, dass die Vergabepraxis im Untersuchungsgebiet untersucht werden müsse. Zudem sei zu untersuchen, ob das Preisniveau im Untersuchungsgebiet zu hoch gewesen sei. Die Oberholzer beantragte dementsprechend, dass der ehemalige […] der Gemeinde [E im Bezirk See-Gaster], [Name], zum Thema Vergabepraxis und zum Thema Preisniveau im Untersuchungsgebiet zu befragen sei.

1122. Im Hinblick auf die Rolle des Baumeisterverbands sind keine weiteren Beweismassnahmen zu ergreifen, da dessen Rolle mit Blick auf den hier festzustellenden Sachverhalt bereits ausreichend abgeklärt und in dieser Verfügung – soweit dies notwendig war – auch berücksichtigt worden ist (siehe dazu Rz 648, 917, 947, 964, 969 ff., 977).

1123. Vergleichbares gilt in Bezug auf die Vergabepraxis im Untersuchungsgebiet. Die WEKO ist mit Blick auf die vorliegenden Akten davon überzeugt, dass das Vergaberecht und die Vergabepraxis im Untersuchungsgebiet den Wettbewerb nicht ausgeschlossen haben (siehe

[1249] Act. n° [...], Rz 1136 ff. des Antrags.
[1250] Act. n° [...], 1193. des Antrags.
[1251] Act. n° [...], Rz 1192. des Antrags.
[1252] Als Ausnahmen von diesem Grundsatz sind die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 562, 602 OR) sowie die Stockwerkseigentümergemeinschaft (Art. 712l Abs. 2 ZGB) anerkannt.

dazu insbesondere Rz 1049 ff.). Einen derartigen Ausschluss haben auch die Verfahrensparteien nicht behauptet. Damit wäre Wettbewerb zwischen Untersuchungsadressaten grundsätzlich möglich gewesen. Mithin konnte dieser grundsätzlich mögliche Wettbewerb auch durch eine unzulässige Wettbewerbsabrede erheblich beeinträchtigt werden (siehe dazu 1266 ff.). Weitere Untersuchungsmassnahmen sind damit auch nicht hinsichtlich der Vergabepraxis zu ergreifen.

1124. Wie bereits erläutert (siehe oben Rz 1056), müssen die Wettbewerbsbehörden für den Nachweis einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Wettbewerbsabrede nicht nachweisen, dass das Preisniveau zu hoch war (siehe unten Rz 1278 ff.). Welches Preisniveau im Untersuchungsgebiet bzw. in der Gemeinde [E im Bezirk See-Gaster] im Bereich Strassen- und Tiefbau herrschte, ist damit für die Entscheidung nicht von Bedeutung. Denn das Kartellgesetz schützt den freien Wettbewerb und nicht ein bestimmtes Preisniveau. Ohnehin wäre es gar nicht feststellbar, wie das Preisniveau im Untersuchungsgebiet im relevanten Markt in der Zeit vor Mitte 2009 gewesen wäre, wenn keine unzulässige Wettbewerbsabrede vorgelegen hätte. Dies wäre eine rein hypothetische Prüfung. Die von der Oberholzer vorgeschlagenen Beweismittel (Einforderung von Kostenvoranschlägen, Befragung des ehemaligen […] der Gemeinde [E im Bezirk See-Gaster]) wären hierfür untauglich. Mit diesen könnte lediglich eruiert werden, wie das Preisniveau im Untersuchungsgebiet tatsächlich war bzw. welche Erwartungen an die Höhe der Preise gestellt wurden, während über einen langen Zeitraum hinweg eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Untersuchungsgebiet tatsächlich vorlag (siehe unten Rz 1186 ff.).

1125. Die in Rz 1121 genannten Anträge betreffend weitere Untersuchungsmassnahmen sind mithin abzulehnen. Der bedingte Antrag der Oberholzer auf erneute Anhörung nach Durchführung von weiteren Untersuchungsmassnahmen ist damit gegenstandslos.

B.1.3.7 Anhörung eines Gutachters von Swiss Economics als sachverständiger Zeuge

1126. Die Hagedorn hat beantragt, einen Gutachter als «sachverständigen Zeugen» zu befragen. Dieser Antrag wird als gegenstandslos betrachtet, da die WEKO einen Vertreter von Swiss Economics angehört hat (siehe oben Rz 117). Ob dieser Vertreter als Zeuge oder Parteivertreter angehört wurde, ist für die Erfüllung des Rechtsbegehrens ohne Bedeutung. Zu betonen ist allerdings, dass die WEKO Gutachter nur dann als Zeugen – und nicht als Parteivertreter – anhört, wenn sie selbst ein Gutachten bei externen Expertinnen und Experten in Auftrag gibt.

B.1.3.8 Zwischenergebnis

1127. Der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Akteneinsicht wurde mithin gewahrt.

B.1.4 Verfügungsadressatinnen

B.1.4.1 Allgemeines

1128. Insbesondere wenn mehrere Gesellschaften als Trägerinnen eines Unternehmens i.S.d. KG zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft bzw. Gesellschaften Verfügungsadressatin(nen) ist resp. sind. Denn Rechtssubjekt der materiellen kartellrechtlichen Vorschriften ist zwar das *Unternehmen*. Ein solches Unternehmen i.S.d. KG ist aber in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Verwaltungsrecht, nicht als Rechtssubjekt anerkannt. Denn nach dem VwVG kann Verfügungsadressat nur sein, wer im Sinne des Verwaltungsrechts über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Deshalb können grundsätzlich nur natürliche und juristische Personen Parteien im Verwaltungsverfahrensrecht sein und mittels einer Verfügung zu einer Handlung oder einer Unterlassung verpflichtet werden.[1253]

1129. Da das Kartellrecht zur Frage des Adressaten einer Verfügung nach KG keine abweichende Regelung getroffen hat, gilt dies auch für Verfügungen der Wettbewerbsbehörden. Wie zuletzt auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, können dementsprechend lediglich diejenigen natürlichen oder juristischen Personen Adressatinnen einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.[1254]

B.1.4.2 Adressaten der Verfügung nach Unternehmenszusammenschlüssen und Umstrukturierungen

B.1.4.2.1 Umstrukturierungen vor Erlass der Verfügung

1130. Vorliegend haben einzig die Unternehmen De Zanet, Hagedorn und Toller im gesamten sanktionsrelevanten Zeitraum (1. April 2004 bis Mitte 2009) jeweils nur eine einzige Rechtsträgerin gehabt (die De Zanet AG, die [Jules] Hagedorn AG[1255] bzw. die Toller Unternehmungen AG). Bei diesen drei Unternehmen sind die Rechtsträgerinnen jeweils auch mit den Rechtsträgerinnen zum jetzigen Zeitpunkt identisch. Die Trägergesellschaften sind somit für die Verhaltensweisen der Unternehmen De Zanet, Hagedorn und Toller als materielle Verfügungsadressatinnen heranzuziehen.

1131. Auch die Walo hatte im gesamten massgeblichen Zeitraum stets dieselbe bzw. dieselben Rechtsträgerin(nen). Diese Rechtsträgerin(nen) ist (bzw. sind) bis heute unverändert geblieben. Welche Gesellschaft(en) für die Verhaltensweisen des Unternehmens Walo herangezogen werden soll(en), wird an anderer Stelle erläutert (siehe dazu Rz 1178 ff.).

1132. Wie nachfolgend gezeigt wird, hat sich die Identität der Rechtsträgerin(nen) bei den anderen Unternehmen seit dem 1. April 2004 hingegen (wiederholt) verändert:

- Das Unternehmen Oberholzer hatte in der Zeit zwischen dem 1. April 2004 und Mitte 2009 jedenfalls die Oberholzer AG Eschenbach als Rechtsträgerin. Welche Rolle die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen in dieser Zeit spielte, ist nicht geklärt. Ein

[1253] Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.
[1254] Die Namensänderung gilt nicht als Umstrukturierung.
[1255] RPW 2013/4, 540 Rz 84, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Teil des Vermögens dieser Gesellschaft wurde gemäss Spaltungsvertrag erst im Jahr 2006 auf die Oberholzer AG Eschenbach übertragen. Die Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen und die Oberholzer AG Eschenbach haben zudem seit 2012 eine Muttergesellschaft, die ANOBA Holding AG, und wurden ausserdem im Jahr 2013 umbenannt in OBERHOLZER Immobilien AG einerseits und OBERHOLZER Bauleistungen AG andererseits.

- Das Unternehmen Batigroup/Implenia hatte im sanktionsrelevanten Zeitraum u. a. die Batigroup Holding AG (bis Ende 2005) und die ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG (ab 2006) als Rechtsträgerin(nen).
- Würde man annehmen, dass das Unternehmen Bernet Bau bis August 2008 bzw. Dezember 2009 wegen der Verbundenheit der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] und der Bernet Bau AG nicht nur von der Bernet Bau AG getragen worden wäre (siehe dazu bereits Rz 1088, 1091), so wäre auch für dieses Unternehmen anzunehmen, dass es sich verändert und unterschiedliche Rechtsträgerinnen gehabt hätte. Dies würde nur dann nicht gelten, wenn man annehmen würde, dass das Unternehmen Bernet Bau stets nur von der Bernet Bau AG getragen worden wäre. Jedenfalls zu berücksichtigen ist, dass die [...] seit Dezember 2009 alle Anteile an der Bernet Bau AG hält.
- Das Unternehmen Reichmuth wurde im sanktionsrelevanten Zeitraum zwar stets von der Gebr. P. und J. Reichmuth AG getragen. Im Jahr 2013 wurde aber die 100-%ige Tochtergesellschaft, die Reichmuth Bauunternehmung AG, gegründet, welche von der Gebr. P. und J. Reichmuth Aktiven und Passiven übernahm und seitdem für den Betrieb des Strassen- und Tiefbauunternehmens zuständig ist.

1133. Kartellrechtlich ist bisher kaum geklärt, wie es sich im Hinblick auf den Verfügungsadressaten auswirkt, wenn es während eines Dauerkartellrechtsverstosses oder danach – aber jedenfalls vor Erlass einer Verfügung der WEKO – zu einem Unternehmenszusammenschluss (z. B. Verkauf des Unternehmens oder eines Unternehmensteils), zu einer internen Umstrukturierung (z. B. Gründung einer neuen Muttergesellschaft oder Übertragung des Unternehmens auf eine neue Tochtergesellschaft) oder zur Auflösung des Unternehmens (z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit) kommt.

1134. Im Folgenden werden die bisherigen Stellungnahmen aus Praxis und Literatur dazu dargestellt (siehe dazu Rz 1135 ff.) und diesbezüglich Stellung bezogen (siehe dazu Rz 1143 ff.). Anschliessend werden die anzuwendenden rechtlichen Massstäbe auf die gerade beschriebenen Unternehmenszusammenschlüsse und Umstrukturierungen angewandt (siehe dazu Rz 1148 ff.).

B.1.4.2.2 Praxis und Literatur

a. WEKO-Entscheidung im Fall Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

1135. Zur obigen Frage liegt erst eine Entscheidung der WEKO vor. Diese Entscheidung betrifft eine Konstellation, in der die Gesellschaft, welche Trägerin eines Strassen- und Tiefbauunternehmens war, zeitlich nach dem Kartellrechtsverstoss, aber vor der WEKO-Verfügung, von einer anderen Gesellschaft absorbiert wurde. Diesbezüglich entschied die WEKO, dass die absorbierende Gesellschaft die Sanktion zu tragen habe, die der absorbierten Gesellschaft aufzuerlegen gewesen wäre, wenn diese noch existieren würde.[1256] Eine weitergehende Begründung ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

b. Rechtsprechung

1136. Auch der Gerichtspraxis ist kein Massstab für die aufgeworfene Problematik zu entnehmen. Dies gilt insbesondere, da die genannte WEKO-Entscheidung bisher noch vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig ist. Daran ändert grundsätzlich auch nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht jüngst entschieden hat, dass eine WEKO-Verfügung im Falle eines Unternehmens, welches von mehreren (natürlichen oder juristischen) Personen getragen wird, ohne weiteres an alle Unternehmensträger gerichtet werden könne (siehe dazu unten Rz 1178 ff.).[1257] Denn diese Entscheidung betrifft den Fall, dass die von der WEKO ins Recht gefassten Gesellschaften ab Beginn des Wettbewerbsverstosses bis zum Zeitpunkt der WEKO-Entscheidung unverändert Träger des sanktionierten Unternehmens waren. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht mit dieser Entscheidung die Sichtweise der WEKO bestätigt, wonach es im Ermessen der WEKO steht, die Adressaten einer Sanktionsverfügung aus den (natürlichen oder juristischen) Personen auszuwählen, welche Unternehmensträgerinnen sind.[1258]

c. Literatur

1137. In der Literatur gibt es bisher nur wenige Stellungnahmen. Hier heisst es, dass ein «verantwortliches Unternehmen» so lange «haftbar» bleibe, «als es als (juristische) Person» existiere.[1259] Wenn das Unternehmen infolge Übernahme nicht mehr existiere, so sei eine allfällige Sanktion dem «Rechtsnachfolger aufzuerlegen».[1260] Wenn eine herrschende Muttergesellschaft ihre gesamte operative Tätigkeit veräussere und dadurch zu einer reinen Holdinggesellschaft werde, solle entsprechend der EU-Praxis der Erwerber des betreffenden Betriebsteils zur Verantwortung gezogen werden.[1261] Jüngst wurde im Schrifttum geltend gemacht, dass die «Zurechnung des Fehlverhaltens auf den Erwerber eines Unternehmens überragenden strafrechtlichen Grundsätzen» widerspreche: Eine solche Zurechnung lasse Friktionen mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip aufkommen, da der neue Unternehmensträger, der letztendlich als Täter und Bussenadressat in Frage

[1256] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., E. 67, *ADSL II*.
[1257] RPW 2015/2, 297 Rz 270, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, *ADSL II*.
[1258] CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 100; ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, S. 135.
[1259] SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 135, mit Verweis auf BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), N 100.
[1260] SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 135.
[1261] DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen, GesKR 2015, 356, 364.

komme, schuldunabhängig bestraft werde. Solange der Veräusserer noch existiere, habe folglich dieser in jedem Fall die kartellrechtlichen Konsequenzen zu tragen. Eine Sanktionierung des Erwerbers komme selbst dann nicht in Betracht, wenn der Erwerber das gesamte operative Geschäft des delinquierenden Veräusserers übernommen habe oder der kriminelle Unternehmensträger gerade durch Umstrukturierung untergegangen sei.[1262]

d. EU-Kartellrecht

1138. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ergeben sich auch aus dem EU-Kartellrecht Hinweise, wie die übrigen drei Konstellationen betreffend die Oberholzer, die Hagedorn/Bernet Bau und die Reichmuth beurteilt werden könnten. Vorab ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass eine rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Kartellrechts bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich zulässig ist.[1263] Dies haben auch das Bundesgericht sowie das Bundesverwaltungsgericht anerkannt[1264]. Massgeblich folgt dies daraus, dass sich der Schweizer Kartellgesetzgeber stark am EU-Kartellrecht orientiert hat[1265]. 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 (z. B. keine Verbotsgesetzgebung im Schweizer Kartellrecht) eine spezifische Lösung notwendig ist.[1266]

1139. Im EU-Kartellrecht besteht ebenfalls die Problematik, dass die Adressaten der Wettbewerbsregeln («Unternehmen») und die Adressaten von Entscheiden der EU-Wettbewerbsbehörde nicht notwendigerweise identisch sind. Denn auch im EU-Recht muss eine Entscheidung an eine konkrete (natürliche oder juristische) Person gerichtet werden, während für den Unternehmensbegriff eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend ist.[1267]

1140. Für den Fall, dass es vor Erlass einer Sanktionsentscheidung zu einer Umstrukturierung kommt, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (nachfolgend: EuGH) grundsätzlich massgebend, ob die Gesellschaft(en), welche das «Täterunternehmen» im Zeitpunkt des Kartellrechtsverstosses betrieben hat (haben), *rechtlich* oder *wirtschaftlich* noch existiert (existieren). Existiert noch eine ehemalige Unternehmensträgerin, so sei diese zu sanktionieren.[1268] Existieren die alten Unternehmensträgerinnen rechtlich oder wirtschaftlich betrachtet nicht mehr, so komme das sogenannte Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität zum Zug.[1269] Danach wird geprüft, ob es ein Unternehmen gibt, welches wirtschaftlich betrachtet mit dem Unternehmen identisch ist, welches gegen das Kartellrecht verstossen hat.[1270] Kann dies bejaht werden, so ist (sind) dessen (neue) Unternehmensträgerin(nen) heranzuziehen.[1271]

1141. Zu beachten ist, dass im EU-Kartellrecht bisher nicht abschliessend geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass eine ehemalige Unternehmensträgerin *rechtlich oder wirtschaftlich* noch existent ist. Mit Blick auf die bisher ergangenen Entscheidungen kann eine Existenz jedenfalls dann verneint werden, wenn die juristische(n) Person(en), welche das Unternehmen zur Zeit des Kartellrechtsverstosses betrieben hat (haben), juristisch aufgelöst wird (werden).[1272] Der EuGH verneint darüber hinaus auch dann das rechtliche oder wirtschaftliche Fortbestehen einer ehemaligen Unternehmensträgerin, wenn diese zwar juristisch noch existiert, aber «keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt».[1273] Dies begründet das Gericht damit, dass eine Sanktion gegen ein Unternehmen, welche keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübe, unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung kaum wirksam wäre.[1274] Ob es für die Erfüllung der Voraussetzung der *wirtschaftlichen Untätigkeit* ausreicht, dass eine (natürliche oder juristische) Person – wie z. B. eine reine Beteiligungsgesellschaft (Familienholding) – keine operative Tätigkeit mehr ausübt,[1275] oder ob die ehemalige Unternehmensträgerin hierfür gänzlich inaktiv sein muss, hat der EuGH bislang nicht entschieden.

1142. Abweichend von dem in Rz 1140 genannten Grundsatz können nach der EuGH-Rechtsprechung neue Unternehmensträgerinnen unter bestimmten Voraussetzungen auch im Falle des rechtlichen oder wirtschaftlichen Fortbestehens von Gesellschaften, welche zur Zeit des Kartellrechtsverstosses Unternehmensträgerinnen waren, herangezogen werden. Dafür muss zwischen der neuen und der bisherigen Unternehmensträgerin eine strukturelle Verbindung bestehen.[1276] Diese

[1262] RPW 2015/2, 299 Rz 293, *Türprodukte*.
[1263] Vgl. 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*.
[1264] Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531.
[1265] Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 170, *ADSL II*.
[1266] Generalanwältin KOKOTT, Schlussanträge C-280/06 vom 3.7.2007, N 68 f., ETI u. a. vgl. zuletzt EuGH C-352/09 P vom 28.3.2011, N 143 f., *Thyssen Krupp/Kommission*; EuGH C-511/11 P vom 13.6.2013, N 51 ff.; *Versalis/Kommission*; EuGH C-434/13 P vom 14.12.2014, N 39 ff., *Kommission/Parker Hannifin u. a.*
[1267] EuGH C-49/92 P vom 8.7.1999, N 145, *Anic Partecipazioni SpA/Kommission*; EuGH C-204/00 P, u. a. vom 7.1.2004, N 359, *Aalborg Portland u. a./Kommission*; EuGH C-280/06 vom 11.12.2007, N 40, ETI u. a.; EuGH C-352/09 P vom 28.3.2011, N 143 f., *Thyssen Krupp/Kommisison*.
[1268] EuGH C-49/92 P vom 8.7.1999, N 145, *Anic Partecipazioni SpA/Kommission*.
[1269] Vgl. dazu EuGH verb. Rs 40/73, u. a. vom 16.12.1975, N 77/80 und 84/87, *Suiker Unie u. a./Kommission*; EuGH verb. Rs. 29/83 und 30/83, N 9, *CRAM und Rheinzink/Kommission*; EuGH C-280/06 vom 11.12.2007, N 41 f., *ETI u. a.*
[1270] SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 91 f. m.w.N.
[1271] Vgl. Nachweise in Fn 1275. EuGH verb. Rs 40/73, u. a. vom 16.12.1975, N 77/80 und 84/87, *Suiker Unie u. a./Kommission*; EuGH verb. Rs. 29/83 und 30/83, N 9, *CRAM und Rheinzink/Kommission*; EuGH C-280/06 vom 11.12.2007, N 41 f., *ETI u. a.*
[1272] EuGH C-352/09 P vom 28.3.2011, N 144, *Thyssen Krupp/Kommisison*.
[1273] Siehe Fn 1278.
[1274] Dies bejaht SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 93 mit Verweis auf EuGH C-204/00 P, u. a. vom 7.1.2004, N 359, *Aalborg Portland u. a./Kommission*. In dieser Entscheidung wird aber (auch) als massgeblich angesehen, dass eine strukturelle Verbindung zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber vorliegt; s. dazu Rz 1142 sowie Fn 1281.
[1275] EuGH C-204/00 P, u. a. vom 7.1.2004, N 359, *Aalborg Portland u. a./Kommission*; bestätigt durch: EuGH C-280/06 vom 11.12.2007, N 48 ff., ETI u. a.; EuGH C-511/11 P vom 13.6.2013, N 51 f., *Versalis/Kommission*; EuGH C-434/13 P vom 14.12.2014, N 41, *Kommission/Parker Hannifin u. a.*
[1276] EuGH C-280/06 vom 11.12.2007, N 48 ff., ETI u. a.; EuGH C-511/11 P vom 13.6.2013, N 52, *Versalis/Kommission*; EuGH C-434/13 P vom 14.12.2014, N 41, *Kommission/Parker Hannifin u. a.*

ist nach EuGH-Rechtsprechung insbesondere dann anzunehmen, wenn die Unternehmensträgerinnen, zwischen denen ein Unternehmen transferiert wird, der Kontrolle derselben Person unterstehen und sie somit in Anbetracht der zwischen ihnen auf wirtschaftlicher und organisatorischer Ebene bestehenden engen Bindungen im Wesentlichen dieselben geschäftlichen Leitlinien anwenden.[1277] Die strukturelle Verbindung muss dabei im Zeitpunkt der Übertragung des Unternehmens auf andere oder weitere Unternehmensträger vorliegen.[1278]

B.1.4.2.3 Sichtweise der WEKO

1143. Vorliegend besteht kein Anlass, die genannte EuGH-Rechtsprechung bei der Anwendung des Schweizer Kartellrechts nicht entsprechend anzuwenden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Unternehmensbegriff im Schweizer Kartellrecht wie im EU-Kartellrecht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise abhängt. Zudem besteht genau aus diesem Grund in beiden Rechtsordnungen die aufgezeigte Problematik, dass der Adressat der kartellrechtlichen Normen (Unternehmen) vom Adressat der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde(n) (natürliche oder juristische Personen) zu unterscheiden ist. Auch sind keine Besonderheiten des Schweizer Kartellrechts oder sonstige Rechtsätze ersichtlich, welche gegen ein vergleichbares Verständnis in Bezug auf das Schweizer Kartellrecht sprechen. Dies gilt insbesondere auch, weil das Schweizer Schrifttum – soweit es sich äussert – weitgehend identische Lösungen der Problematik vorschlägt.

1144. Der geäusserten Ansicht, wonach eine Sanktionierung des Erwerbers in jedem Fall ausser Betracht falle, selbst wenn er das gesamte operative Geschäft des delinquierenden Veräusserers übernommen habe oder der kriminelle Unternehmensträger gerade durch Umstrukturierung untergegangen sei,[1279] ist nicht zuzustimmen: Denn das Kartellrecht knüpft für die Sanktionierbarkeit an die Verhaltensweise eines *Unternehmens* an. Wenn dieses Unternehmen, welches den Kartellrechtsverstoss persönlich zu verantworten hat, wirtschaftlich betrachtet gerade fortbesteht, so muss auch die neue Unternehmensträgerin für dieses Verhalten einstehen. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist dies damit zu rechtfertigen, dass die neue Unternehmensträgerin – im Falle der wirtschaftlichen Kontinuität des Unternehmens – gerade ein solches Unternehmen erwirbt, dessen aktuelle Wirtschaftskraft und dessen Vermögen (zumindest auch) auf der früheren (unzulässigen) Kartellrente basieren. Müsste die neue Unternehmensträgerin nicht für die Kartellrechtsverstösse einstehen, so hätte sie sich die Kartellrente oder zumindest einen Teil davon für sich gesichert. Dies würde insbesondere drohen, wenn ein Unternehmen mittels einem Asset-Deal übertragen wird und die ehemalige Unternehmensträgerin sodann aufgelöst wird. Eine Abschöpfung der Kartellrente bei der neuen Unternehmensträgerin würde in diesem Fall auch nicht gegen das Schuldprinzip verstossen, da dasjenige Unternehmen, welches den Kartellrechtsverstoss persönlich zu verantworten hat, wirtschaftlich betrachtet eben noch fortbesteht.[1280]

1145. Auch der Ansicht, dass eine Gesellschaft, welche ihre operative Tätigkeit an eine Tochtergesellschaft «veräussere» und dadurch zu einer reinen Holdinggesellschaft werde, unter keinen Umständen ins Recht zu fassen sei,[1281] ist zu widersprechen: Dies folgt schon daraus, dass derartiges nicht aus der EU-Rechtsprechung hervorgeht. In der EuGH-Entscheidung, auf die zur Stützung dieser Sichtweise Bezug genommen wird, führt das Gericht nämlich lediglich aus, dass es eine strukturelle Verbindung zwischen der übertragenden und der empfangenden Gesellschaft geben muss, wenn die empfangende Gesellschaft, d.h. die nachträglich geschaffene Tochtergesellschaft, sanktioniert werden soll, obwohl die übertragende Gesellschaft, d.h. die übertragende Muttergesellschaft, noch besteht.[1282] Der EuGH hat in dieser Entscheidung aber keinesfalls ausgeschlossen, dass eine ehemalige Muttergesellschaft nicht gleichwohl sanktioniert werden kann, auch dann nicht, wenn es sich um eine Holding handelt. Dementsprechend wurden in der Vergangenheit in der EU auch Holding-Gesellschaften sanktioniert. Zudem ist es häufig so, dass auch eine Familienholding andere Unternehmen – je nach Ausgestaltung der Verträge – wirtschaftlich betrachtet kontrolliert. Ist dies der Fall, so sind Tochtergesellschaften nicht wirtschaftlich selbständig, so dass im Falle der Kontrolle durch die Holdinggesellschaft Letztere auch als (oberste) Unternehmensträgerin bezeichnet werden muss.

1146. Zusammenfassend ist damit Folgendes anzunehmen: Solange ein ehemaliger Unternehmensträger rechtlich oder wirtschaftlich noch existiert, ist jedenfalls diese (natürliche oder juristische) Person für solche kartellrechtswidrige Verhaltensweisen heranzuziehen, welche ein Unternehmen in der Zeit begangen hat, in der diese (natürliche oder juristische) Person Unternehmensträgerin war. Existiert diese Person rechtlich oder wirtschaftlich betrachtet nicht mehr, so ist zu prüfen, ob das *Unternehmen*, welches gegen das Kartellrecht verstossen hat, wirtschaftlich betrachtet fortbesteht (wirtschaftliche Kontinuität). Ist dies der Fall, so sind dessen neue Unternehmensträger heranzuziehen. Die Heranziehung eines «neuen» Unternehmensträgers ist auf jeden Fall zulässig, soweit zwischen der übertragenden Person und der empfangenden Person im Zeitpunkt der Übertragung eine strukturelle Verbindung besteht, insbesondere wenn sich die Unternehmensträgerschaft bei konzerninternen Umstrukturierungen verändert.

1147. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass allein aus dem Umstand, dass eine (natürliche oder juristische) Person als Unternehmensträgerin zu qualifizieren ist, nicht folgt, dass diese auch zum Adressat einer (Sanktions-)Verfügung gemacht werden *muss*. Vielmehr

[1277] EuGH C-434/13 P vom 14.12.2014, N 49 ff., *Kommission/Parker Hannifin u. a.*

[1278] DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen, GesKR 2015, 356, 364.

[1279] x Vgl. auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 77, *ADSL II*.x

[1280] SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit (Fn 1259), 135.

[1281] EuGH C-204/00 P, u. a. vom 7.1.2004, N 359, *Aalborg Portland u. a./Kommission*.

[1282] RPW 2015/2, 297 Rz 270, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, *ADSL II*.

steht es im Ermessen der WEKO, aus den als Unternehmensträgerinnen zu qualifizierenden Personen diejenigen auszuwählen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden (siehe dazu auch unten Rz 1337).[1283]

B.1.4.2.4 Anwendung im vorliegenden Fall

1148. Nachfolgend wird unter Anwendung der aufgezeigten rechtlichen Massstäbe in Bezug auf die Unternehmen Oberholzer, Implenia/Batigroup, Bernet Bau, Hagedorn sowie Reichmuth jeweils dargestellt, welche Gesellschaften für das Handeln der vier bzw. sechs Unternehmen ins Recht gefasst werden *können*.

a. Oberholzer

1149. In Bezug auf das Unternehmen Oberholzer kann jedenfalls die OBERHOLZER Bauleistungen AG (ehemals unter dem Namen «Oberholzer AG Eschenbach» tätig) für das Verhalten des Unternehmens ins Recht gefasst werden, denn ihr Zweck bestand seit ihrer Gründung am 14. Mai 2003 bis heute darin, ein Strassen- und Tiefbauunternehmen – die Unternehmung Oberholzer – zu betreiben. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass das Strassen- und Tiefbauunternehmen Oberholzer jedenfalls mit dem Spaltungsvertrag aus dem Jahr 2006 von der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen auf die Oberholzer AG Eschenbach übergegangen ist.

1150. Unabhängig davon muss sich die Oberholzer AG Eschenbach bzw. die OBERHOLZER Bauleistungen AG das Verhalten der Vertreter der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen auch zurechnen lassen, da zwischen ihr und der Oberholzer AG Eschenbach stets eine strukturelle Verbindung im oben genannten Sinne (siehe dazu oben Rz 1142) bestand. Denn die beiden Gesellschaften standen schon vor der Gründung der neuen Muttergesellschaft, der ANOBA Holding AG, im Jahr 2012 unter der Kontrolle derselben natürlichen Personen, wodurch zwischen ihnen auf wirtschaftlicher und organisatorischer Ebene enge Bindungen bestanden. So weisen die Handelsregisterauszüge der beiden Gesellschaften enge personelle Verflechtungen auf, da die bei der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen im Verwaltungsrat vertretenen Personen dieselben waren und sind, welche auch bei der Oberholzer AG Eschenbach in dieser Funktion tätig waren und sind. Diese Personen sind [Vertreter der] Oberholzer als Präsident der beiden Verwaltungsräte sowie […] als Mitglied des Verwaltungsrats. Auch die Revisionsstelle war bei beiden Gesellschaften stets dieselbe (OBT AG). Zudem hat [Vertreter der Oberholzer] dem Sekretariat an Einvernahmen auch Fragen betreffend die Zeit vor der Gründung der […] beantwortet, ohne anzugeben, dass damals ein anderes Bauunternehmen gehandelt habe.[1284] Kommt hinzu, dass Herr [Vertreter der Oberholzer], heute […] bei der OBERHOLZER Bauleistungen AG, und bis heute für die Gesellschaft zeichnungsberechtigt mit Einzelprokura, zuvor bei der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen Einzelprokura hatte. Letztere Einzelprokura wurde mittlerweile gelöscht. Wegen dieser personellen und organisatorischen Verflechtungen ist anzunehmen, dass die beiden Gesellschaften stets dieselben geschäftlichen Leitlinien angewandt haben und damit eine strukturelle Verbindung bestand und besteht.

1151. Im Einklang mit den obigen Ausführungen kann die OBERHOLZER Bauleistungen AG somit für das Handeln der Unternehmung Oberholzer in der Zeit von 1988 bis Mitte 2009 ins Recht gefasst werden. Dies gilt aber auch für die OBERHOLZER Immobilien AG, da diese die Bauunternehmung ebenfalls betrieben hat, rechtlich und wirtschaftlich noch existiert und noch heute zum Konzern Oberholzer gehört. Im Folgenden wird darauf eingegangen, inwiefern die ANOBA Holding AG für das Verhalten des Unternehmens Oberholzer einstehen muss.

1152. Die Heranziehung der ANOBA Holding AG ist jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Gesellschaft erst 2012 gegründet worden ist. Zwar ist ein Erwerberunternehmen grundsätzlich nicht ins Recht zu fassen, wenn diejenigen Unternehmensträger rechtlich oder wirtschaftlich noch bestehen, welche das Unternehmen zum Zeitpunkt des KG-Verstosses betrieben haben. Wie erläutert besteht hiervon aber jedenfalls dann eine Ausnahme, wenn zwischen den an der Transaktion beteiligten Gesellschaften im Zeitpunkt der Übertragung eine strukturelle Verbindung besteht. Dies ist vorliegend der Fall, da [Vertreter der Oberholzer] bei allen drei Gesellschaften als Präsident des Verwaltungsrats und […] als […] des Verwaltungsrats fungiert hat und fungiert. Die Gründung der ANOBA Holding AG durch Vertreter der Oberholzer AG Eschenbach sowie der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen, welche dann die beiden anderen Oberholzer-Gesellschaften übernommen hat, stellt lediglich eine Umstrukturierung des Unternehmens Oberholzer und keinen Erwerb der beiden Oberholzer-Gesellschaften durch eine andere wirtschaftlich selbständige Unternehmung dar.

1153. Voraussetzung für die Heranziehung der ANOBA Holding AG ist entsprechend der obigen Ausführungen allerdings, dass die OBERHOLZER Bauleistungen AG, welche derzeit jedenfalls das Strassen- und Tiefbauunternehmen betreibt, heute auch von der ANOBA Holding AG betrieben wird. Davon ist auszugehen, wenn zwischen der ANOBA Holding AG und der OBERHOLZER Bauleistungen AG ein Konzernverhältnis vorliegt.

1154. Die WEKO nimmt an, dass ein Konzern vorliegt, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.[1285] Die von den einzelnen Tochtergesellschaften betriebenen Unternehmen gelten in der Regel nicht als eigene Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat bzw. ausübt, so dass die betroffene Konzerngesellschaft nicht in der Lage war bzw. ist, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten.

[1283] Vgl. z. B. Act. n° […].

[1285] RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*. Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

1155. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, es könne aufgrund einer 100-prozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor,[1286] in dem die leitende Muttergesellschaft «Repräsentantin» der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1bis KG sei.[1287] Das Bundesgericht hat diese Rechtsauslegung im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht beanstandet.[1288]

1156. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH kann die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse eines Unternehmens herangezogen werden, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft, deren Vertreter den Kartellrechtsverstoss begangen haben, auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht in diesem Fall die Vermutung, dass die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.[1289] Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt[1290] und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.[1291]. Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter 50 %,[1292] bestehen kann,[1293] nur ist die Beherrschungsmöglichkeit in diesem Fall nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Damit ist im europäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten heranzuziehen, welche auch vom Bundesverwaltungsgericht als relevant betrachtet wurden.

1157. Die praktisch bedeutsamste Art und Weise der Ausübung von bestehenden Kontrollmöglichkeiten ist in der Installierung von personellen Verflechtungen und in Entscheidungen der in beiden Gesellschaften vertretenen Personen zu sehen. Denn wenn an den massgeblichen Entscheidungsstellen der Mutter- und der Tochtergesellschaft dieselben Personen sitzen, so wird eine doppelt vertretene Person in dem Entscheidungsgremium der einen Gesellschaft keine Entscheidung fällen können, ohne dabei die Interessen der anderen Gesellschaft zu berücksichtigen, in deren Entscheidungsgremium die Person ebenfalls sitzt. Dementsprechend muss angenommen werden, dass eine Muttergesellschaft auf die Entscheide einer Tochtergesellschaft tatsächlich Einfluss genommen hat, wenn eine natürliche Person sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne hat und diese Person unternehmerische Entscheidungen (mit) getroffen hat.[1294]

1158. Nach alledem ist anzunehmen, dass auch die ANOBA Holding AG Trägerin des Unternehmens Oberholzer ist, welches den KG-Verstoss zu verantworten hat. Denn die ANOBA Holding AG hält […] % der Anteile der OBERHOLZER Bauleistungen AG. Die Anteile der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen (bzw. der OBERHOLZER Immobilien AG) werden zwar nur zu […] % von der ANOBA Holding AG gehalten – wer die sonstigen Anteile an der OBERHOLZER Immobilien AG hält, ist den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt. Wie erläutert bestand in casu zum Zeitpunkt der Umstrukturierung aber – mit Blick auf die personellen Verflechtungen – eine strukturelle Verbindung zwischen der Oberholzer AG Eschenbach, der Oberholzer AG, Hoch- und Tiefbau, Goldingen sowie der ANOBA Holding AG (siehe oben Rz 1150). Diese besteht auch noch heute, da [Vertreter der Oberholzer] Präsident des Verwaltungsrats aller drei Gesellschaften ist und in der Geschäftsführung, d.h. der operativen Leitung der OBERHOLZER Bauleistungen AG tätig ist. Es ist nicht ersichtlich, wie [Vertreter der Oberholzer] die Aufgaben bei der OBERHOLZER Bauleistungen AG wahrzunehmen vermag, ohne dabei die Interessen der Muttergesellschaft zu beachten, welcher er als Präsident des Verwaltungsrats vorsteht. Aufgrund dieser Umstände ist anzunehmen, dass die ANOBA Holding AG Kontrollmöglichkeiten gegenüber den Tochtergesellschaften hat und diese – jedenfalls wegen der personellen Verflechtungen – auch ausgeübt hat.

[1286] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[1287] Vgl. auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 28 ff., *ADSL II*.

[1288] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1289] Urteil des EuGH C-90/09 P vom 20.1.2011, *General Quimica et al./Kommission*; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH 107/82 vom 25.10.1983, *AEG Telefunken/Kommission*, Slg. 1983 3151 N 50; Urteil des EuGH C-286/98 P vom 16.11.2000, *Stora/Kommission*, Slg. 2000 I-9925 N 29; Urteil des EuGH C-97/08 P vom 10.9.2009, *Akzo Nobel et. al./Kommission*, Slg. 2009 I-8237 N 60.

[1290] Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

[1291] Urteil des EuGH C-97/08 P vom 10.9.2009, *Akzo Nobel et al./Kommission*, Slg. 2009 I-8237 N 72 ff. Vgl. auch die kurze Darstellung der europäischen Praxis in CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschen Recht, WuW 2011/2, 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter 2010/1, 23 ff.; ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.4.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel et al./Kommission*, Rz 35 ff.

[1292] Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z. B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft).

[1293] Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAS (Fn 1259), 113 f.

[1294] In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*; RPW 2003/1, 92 Rz 23 drittes Lemma, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

1159. Gemäss den vorangehenden Ausführungen können die ANOBA Holding AG, die OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie die OBERHOLZER Immobilien AG für das Handeln des Strassen- und Tiefbauunternehmens Oberholzer ins Recht gefasst werden. Dies gilt obwohl die ANOBA Holding AG erst nach dem KG-Verstoss gegründet worden ist. Dies deshalb, da zwischen der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG zum Zeitpunkt der Gründung und bis heute strukturelle Verbindungen bestanden bzw. bestehen. Daher ist die Gründung der ANOBA Holding AG und die «Übernahme» der beiden anderen Gesellschaften lediglich als Umstrukturierung des Strassen- und Tiefbauunternehmens Oberholzer zu qualifizieren.

b. Batigroup/Implenia

1160. Auf das Unternehmen Batigroup ist die oben zitierte WEKO-Entscheidung i.S. *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*[1295] anwendbar. Denn im Falle des Unternehmens Batigroup/Implenia ist die ehemalige Unternehmensträgerin Batigroup Holding AG infolge einer Absorptionsfusion untergegangen. Aus der WEKO-Entscheidung kann damit gefolgert werden, dass das Unternehmen Implenia, welches von der ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. Implenia Schweiz AG getragen wird, die Sanktion des Unternehmens Batigroup, welche der Batigroup Holding AG hätte auferlegt werden können, zu zahlen hätte. Da das Unternehmen Batigroup wegen der Verjährung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG jedoch nicht mehr sanktioniert werden könnte, ist diese Möglichkeit nicht von Bedeutung.

1161. Aus der ratio der genannten WEKO-Entscheidung, welche gerade keinen Dauerverstoss zum Gegenstand hatte, kann aber auch gefolgert werden, dass die neu entstehende Gesellschaft bei einem Dauerverstoss auch für den KG-Verstoss einstehen muss, welchen die absorbierte Gesellschaft handelnd für das Vorgängerunternehmen verursacht hat. Damit kann die (Sanktions-)Verfügung auch hinsichtlich Verhaltensweisen des Unternehmens Batigroup an die Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. Implenia Schweiz AG gerichtet werden, obwohl damals die ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. die Implenia Schweiz AG noch gar nicht existierten.

1162. Ein solches Ergebnis entspricht im Übrigen auch (weitgehend) den Lösungsansätzen im Schrifttum sowie in der EU-Praxis. Denn die ehemalige Unternehmensträgerschaft (insbesondere die Batigroup Holding AG) existiert im Falle der Implenia nicht mehr. Gleichzeitig ist das Strassen- und Tiefbauunternehmen Implenia wirtschaftlich betrachtet dasselbe wie das Strassen- und Tiefbauunternehmen Batigroup. Letzteres folgt insbesondere aus der personellen Kontinuität, aus dem Umstand, dass die ZB Didumos AG/Implenia AG/Implenia Bau AG bzw. die Implenia Schweiz AG gemäss Fusionsvertrag die Aktiven und Passiven der Batigroup Holding AG übernommen hat, sowie daraus, dass sich das Unternehmen Implenia selbst als Nachfolgerin der Batigroup und der Zschokke Holding AG bezeichnet[1296]. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach eine Sanktionierung des Erwerbers in jedem Fall ausser Betracht falle, selbst wenn er das gesamte operative Geschäft des delinquierenden Veräusserers übernommen habe oder der kriminelle Unternehmensträger gerade durch Umstrukturierung untergegangen sei,[1297] ist aus den bereits erläuterten Gründen nicht zu folgen (siehe dazu Rz 1144).

1163. Damit kann jedenfalls die die Bauunternehmung Implenia betreibende Implenia Bau AG bzw. Implenia Schweiz AG für einen Kartellrechtsverstoss des Unternehmens Batigroup/Implenia herangezogen werden. Das gleiche gilt im Übrigen mit Blick auf die anzuwendenden rechtlichen Massstäbe auch für Verhaltensweisen des Unternehmens vor der Gründung der Batigroup Holding AG. Denn auch diesbezüglich liegen Absorptionsfusionen vor (siehe dazu Rz 19), wobei das *Unternehmen* wirtschaftlich betrachtet jeweils weiter existierte. Wie die Implenia selbst ausführt, ist die Implenia AG als Konzernmuttergesellschaft zu bezeichnen.[1298] Auch sie kann damit neben der Implenia Schweiz AG als Verfügungsadressatin herangezogen werden.

c. Bernet Bau

1164. Würde man annehmen, dass das Unternehmen Bernet Bau bis August 2008 bzw. Dezember 2009 wegen der Verbundenheit der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] und der Bernet Bau AG nicht ausschliesslich von der Bernet Bau AG getragen worden ist (siehe dazu Rz 1088, 1091), so wäre auch für dieses Unternehmen anzunehmen, dass es sich veränderte und unterschiedliche Rechtsträgerinnen hatte. Dies würde nur nicht gelten, wenn man annehmen würde, dass das Unternehmen Bernet Bau stets wirtschaftlich selbständig gewesen wäre. Zudem ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass die [...] seit Dezember 2009 alle Anteile an der Bernet Bau AG hält.

1165. Die Bernet Bau AG war stets Trägerin des Unternehmens Bernet Bau und kann damit für das Verhalten der Bernet Bau ins Recht gefasst werden.

1166. Für die Hagedorn AG und die [...] könnte dies indes nur gelten, wenn die Bernet Bau AG wegen des Einflusses der Hagedorn-Gesellschaften nicht wirtschaftlich selbständig handelte. Dies wäre anzunehmen, wenn zwischen der (Jules) Hagedorn AG bzw. der [...] einerseits und der Bernet Bau AG ein Konzernverhältnis vorlag.

1167. Wie bereits erläutert, ist ein Konzernverhältnis anzunehmen, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.[1299] Die von den einzelnen Tochtergesellschaften betriebenen Unternehmen

[1295] RPW 2013/4, 540 Rz 84, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1296] Vgl. Act. n° [...]; s. a. http://www.implenia.com/de-ch/ueber-uns/geschichte.html (zuletzt aufgerufen am: 8.7.2016).

[1297] DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen, GesKR 2015, 356, 364.

[1298] Vgl. Act. n° [...].

[1299] RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*. Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

gelten in der Regel nicht als eigene Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat bzw. ausübt, so dass die betroffene Konzerngesellschaft nicht in der Lage war bzw. ist, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten (vertiefend dazu Rz 1154 ff.).

1168. Vorliegend hielt die Hagedorn AG bis zum 17. September 2006 […] % der Anteile der Bernet Bau AG. Der Stimmenanteil der Hagedorn AG im Verwaltungsrat betrug damit […] %. Zudem gab es eine enge personelle Verflechtung derart, dass [Vertreter der Hagedorn] in beiden Unternehmen seit 2002 stets in Leitungsfunktion tätig war. Denn wie bereits erläutert, ist [Vertreter der Hagedorn], der mindestens seit 1999 in leitender Funktion bei der Hagedorn tätig ist,[1300] bis heute Vizepräsident des Verwaltungsrats der Bernet Bau AG mit Berechtigung zur Einzelunterschrift. Zuvor war [Vertreter der Hagedorn] zudem Präsident des Verwaltungsrats und davor Delegierter des Verwaltungsrats der Bernet Bau AG, jeweils mit Berechtigung zur Einzelunterschrift.[1301] Jedenfalls bis zum 17. September 2006 lag damit ein Konzernverhältnis vor, weshalb sich die Hagedorn das Verhalten des Anbieters Bernet Bau für diese Zeit zurechnen lassen muss. Vergleichbares gilt für die Zeit zwischen dem 17. September 2006 und dem 6. August 2008. Zwar hielt die Hagedorn AG in dieser Zeit nur noch […] % der Anteile an der Bernet Bau AG. Allerdings bestanden in diesem Zeitraum die aufgezeigten personellen Verflechtungen im gleichen Masse.

1169. In der Zeit zwischen dem 7. August 2008 und dem 28. Dezember 2009 hielt zwar nicht mehr die Hagedorn AG Anteile an der Bernet Bau AG, wohl aber die [...], welcher die Hagedorn AG am 6. August 2008 fast ihre gesamten an der Bernet Bau AG gehalten Aktien übertragen hatte ([…] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG). […] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG übertrug die Hagedorn AG zu diesem Zeitpunkt an Herrn [Vertreter der Bernet]. Der Umstand, dass nun die [...] % des Aktienkapitals der Bernet Bau AG hielt, führte jedoch nicht zu einem Verlust der Kontrollmöglichkeiten. Denn die [...] war in dieser Zeit eng mit der Hagedorn AG verflochten. So hielt die [...] zum Zeitpunkt der Übertragung zwar keine Aktien an der Hagedorn AG. Allerdings sind die Aktieninhaber der Hagedorn AG sowie der [...] letztlich die gleichen Personen (u .a. Mitglieder der Familie […]) und zugleich war [Vertreter der Hagedorn], Verwaltungsratspräsident, [Vertreter] und Inhaber der Hagedorn AG, der Präsident des Verwaltungsrats der [...]. Mit Blick darauf ist anzunehmen, dass die Bernet Bau AG nach wie vor nicht unabhängig von den Hagedorn-Gesellschaften agieren konnte.

1170. Vor dem Hintergrund der Ausführungen zur Möglichkeit der Heranziehung der ANOBA Holding AG für das Verhalten des Unternehmens Oberholzer vor der Gründung der ANOBA Holding AG (siehe oben Rz 1152), ist eine Heranziehung der [...] für das Verhalten der Bernet Bau AG *vor der Übernahme von […] % des Aktienkapitals*, d. h. vor dem 7. August 2008, nicht ausgeschlossen. Denn wie erläutert kann selbst dann, wenn die ehemaligen Unternehmensträger rechtlich oder wirtschaftlich noch existieren, ein Unternehmensträger herangezogen werden, wenn zwischen der übertragenden Gesellschaft und der empfangenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Übertragung eine strukturelle Verbindung bestand (siehe oben Rz 1146). Dies ist in casu gegeben, da die Aktieninhaber und verantwortlichen Personen der [...] und der Hagedorn AG zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile von der Hagedorn AG weitgehend identisch waren (siehe oben Rz 1169). Die Hagedorn AG und die [...] waren damit im Zeitpunkt der Übertragung des Aktienpaktes personell und somit auch wirtschaftlich eng verflochten.

1171. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Hagedorn AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau in der Zeit bis zum 6. August 2008 und die [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau in der Zeit bis zum 29. August 2009 ins Recht gefasst werden *können*. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, die Bernet Bau AG, welche stets Trägerin des Unternehmens war, zum Adressat der (Sanktions-) Verfügung zu machen (siehe oben Rz 1165).

1172. Die [...] kann vorliegend hingegen nicht für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau vor der Übernahme von 100 % des Aktienkapitals im Dezember 2009 ins Recht gefasst werden. Denn anders als bei den geschilderten Übertragungsvorgängen zwischen den Oberholzer-Gesellschaften und den Hagedorn-Gesellschaften, wurde das Unternehmen Bernet Bau nicht zwischen zwei Rechtsträgerinnen übertragen, welche strukturelle Verbindungen hatten. So erwarb die [...] die Anteile an der Bernet Bau AG zu fast […] von der [...].[1302] Die [...] und die [...] haben untereinander aber keine Querbeteiligungen. Zudem gibt es zwischen diesen beiden Gesellschaften auch keine personellen Verflechtungen (siehe oben Rz 5 ff., 15 ff.) und es bestehen auch noch alle (ehemaligen) Unternehmensträgerinnen (die Hagedorn AG, die [...] sowie die Bernet Bau AG).

d. Reichmuth

1173. Die Gebr. P. und J. Reichmuth AG war bis Mitte 2009 alleinige Trägerin des Unternehmens Reichmuth. Da diese Gesellschaft rechtlich und wirtschaftlich noch existiert, kann sie für das Verhalten der Unternehmung Reichmuth ins Recht gefasst werden.

1174. Die Reichmuth Bauunternehmung AG wurde erst im Jahr 2013 gegründet, wobei die Gebr. P. und J. Reichmuth AG 100 % der Anteile an der Reichmuth Bauunternehmung AG hält. Die Führung der Bauunternehmung wurde nach ihrer Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG übertragen.

1175. Entsprechend der obigen Ausführungen kann die Reichmuth Bauunternehmung AG ebenfalls für das Verhalten der Bauunternehmung Reichmuth herangezogen werden. Zwar ist grundsätzlich der Unternehmensträger ins Recht zu fassen, der rechtlich oder wirtschaftlich noch existiert. Die Heranziehung eines neuen Unternehmensträgers ist aber auf jeden Fall zulässig, soweit

[1300] https://www.hagedorn.ch/hagedorn-geschichte (zuletzt aufgerufen am 8.7.2016).
[1301] Vgl. Auszug aus dem Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-106.630.654.
[1302] Vgl. Act. n° [...].

zwischen der übertragenden Person und der empfangenden Person eine strukturelle Verbindung besteht, insbesondere, wenn sich die Unternehmensträgerschaft bei konzerninternen Umstrukturierungen verändert (siehe oben Rz 1146, 1152, 1170).

1176. Letzteres ist vorliegend der Fall, da die Reichmuth Bauunternehmung AG von Vertretern der Gebr. P. und J. Reichmuth AG gegründet wurde und Herr […], welcher in den Zeitpunkten der Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG sowie der Übertragung der Bauunternehmung auf die neue Tochtergesellschaft Verwaltungsratspräsident der Gebr. P. und J. Reichmuth AG war, zugleich auch Verwaltungsratspräsident der Reichmuth Bauunternehmung AG wurde bzw. war und bis heute [Vertreter] der Bauunternehmung ist. Die Gründung der Reichmuth Bauunternehmung AG und die Übertragung der Bauunternehmung auf die neue Tochtergesellschaft stellt somit lediglich eine Umstrukturierung dar, weshalb auch die Reichmuth Bauunternehmung AG für das Verhalten des Bauunternehmens in der Zeit bis Mitte 2009 ins Recht gefasst werden kann. Dies gilt im Übrigen auch, weil die Reichmuth Bauunternehmung AG eine Gesellschaft «erworben» hat, deren damalige Wirtschaftskraft und deren Vermögen (zumindest auch) auf der früheren (unzulässigen) Kartellrente basierten.

1177. Die Reichmuth Bauunternehmung AG wendet hiergegen ein, sie könne gar nicht herangezogen werden, weil sie im Zeitpunkt des Kartellrechtsverstosses noch gar nicht existiert habe.[1303] Dieser Einwand überzeugt nicht. Es ist zwar unstrittig, dass die Reichmuth Bauunternehmung AG erst im Jahr 2013 gegründet wurde. Welche *Unternehmensträger* für das Verhalten des kartellrechtlichen Rechtssubjekts «*Unternehmen*» herangezogen werden kann, ist indessen eine Rechtsfrage. Wie bereits erläutert (siehe oben Rz 1130 ff.), vertritt die WEKO in dieser Rechtsfrage die Auffassung, dass die aktuellen Unternehmensträger für das Verhalten des kartellrechtlichen Rechtssubjekts in der Vergangenheit einstehen müssen, wenn das Unternehmen wirtschaftlich betrachtet noch fortbesteht (wirtschaftliche Kontinuität) und dieses Unternehmen von der sanktionierten Gesellschaft aktuell getragen wird. Hiermit wird die spezialpräventive Wirkung der kartellrechtlichen Sanktionen gewährleistet und erreicht, dass aktuelle Unternehmensträger als Profiteure eines vergangenen Kartellrechtsverstosses des «Unternehmens» ins Recht gefasst werden können (Rz 1145 f.). Dies verstösst auch nicht gegen die Unschuldsvermutung (siehe unten Rz 1353).

B.1.4.3 Adressaten der Verfügung bei gleichbleibenden Konzernverhältnissen

1178. Wie bereits erläutert, hatte nur das Bauunternehmen Walo – zumindest in der Zeit zwischen 2002 und heute eine gleichbleibende Struktur der Unternehmensträgerschaft. Damit stellt sich bei ihr «nur» die Frage, welche Gesellschaften für das Verhalten der Walo herangezogen werden können.

1179. Die Walo Bertschinger AG St. Gallen war stets Trägerin der Unternehmung und kann damit für das Verhalten der Walo ins Recht gefasst werden. Entsprechend der oben aufgeführten Massstäbe (siehe insbesondere Rz 1154 ff.) gilt dies aber auch für die [...]. Denn diese Gesellschaft hielt und hält […] % der Anteile an der Walo Bertschinger AG St. Gallen. Zwar hat die [...] Befugnisse betreffend operative Entscheidungen auf die […] übertragen. An der zuletzt genannten Gesellschaft hält die [...] allerding ebenfalls […] % der Anteile (siehe oben Rz 33 ff.). Kommt hinzu, dass neben den aus den Beteiligungsverhältnissen folgenden Kontrollmöglichkeiten zudem personelle Verflechtungen der Verwaltungsräte der [...], der operativ handelnden […] sowie der Walo Bertschinger AG St. Gallen bestehen. So ist Herr […] Verwaltungsratspräsident der [...], Delegierter des Verwaltungsrats der […] sowie Vizepräsident des Verwaltungsrats und Delegierter des Verwaltungsrats der Walo Bertschinger AG St. Gallen. Bei allen drei Gesellschaften ist laut Handelsregister nur er mit Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt. Darüber hinaus haben auch andere Personen in mindestens zwei der drei Gesellschaften Funktionen inne.[1304] Damit ist anzunehmen, dass die Kontrollmöglichkeiten auch ausgeübt worden sind.

1180. Daraus folgt, dass für das Handeln der Unternehmung Walo sowohl die Walo Bertschinger AG St. Gallen als auch die [...] und die […] ins Recht gefasst werden können.

B.1.4.4 Zwischenergebnis

1181. Aus den vorgängigen Ausführungen ergibt sich somit, dass folgende juristische Personen jeweils für das Handeln der Unternehmen ins Recht gefasst werden können:

- De Zanet AG für das Unternehmen De Zanet,
- Hagedorn AG für das Unternehmen Hagedorn,
- OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG sowie ANOBA Holding AG für das Unternehmen Oberholzer,
- Implenia Schweiz AG und Implenia AG für das Unternehmen Batigroup/Implenia,
- Walo Bertschinger AG St. Gallen, [...] sowie [...] für das Unternehmen Walo,
- Reichmuth Bauunternehmung AG und Gebr. P. und J. Reichmuth für das Unternehmen Reichmuth,
- Toller Unternehmungen AG für das Unternehmen Toller und
- Bernet Bau AG, Hagedorn AG und [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 sowie Bernet Bau AG und [...] für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau zwischen dem 7. Dezember 2008 und Mitte 2009.

[1303] Act. n° [...].

[1304] Vgl. Handelsregisterauszüge der […] AG (Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich; […]), der […] (Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich; […]) und der Walo Bertschinger AG St. Gallen (Auszug des Handelsregisters des Kantons St. Gallen; CHE-105.782.853).

1182. Zu Klarstellung sei erneut darauf hingewiesen, dass allein aus dem Umstand, dass eine (natürliche oder juristische) Person als Unternehmensträgerin zu qualifizieren ist, nicht folgt, dass diese auch zum Adressat einer (Sanktions-)Verfügung gemacht werden *muss*. Vielmehr steht es im Ermessen der WEKO, aus den als Unternehmensträgerinnen zu qualifizierenden Personen diejenigen auszuwählen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden.[1305] Gegen welches Unternehmen in casu die Massnahmen ergehen sollen, wird an anderer Stelle geklärt (siehe dazu unten Rz 1337).

B.1.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

1183. 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). Inwiefern dies auf die Zusammenarbeit der acht Unternehmen zutrifft, wird nachfolgend dargestellt.

B.1.5.1 Vorbemerkungen zum Beweismass

1184. Wie bereits erläutert gelten je nach von Gesetzes wegen festzustellendem Sachverhalt Unterschiede bezüglich des zu erfüllenden Beweismasses (siehe oben Rz 129 ff.). Massgeblich für das zu erfüllende Beweismass ist danach insbesondere, ob der Nachweis einer bestimmten Tatsache die Klärung komplexer, multikausaler Wirtschaftsprozesse erfordert oder nicht. Ist dies der Fall, so muss kein Vollbeweis erbracht werden, sondern es genügt, wenn die Wettbewerbsbehörden davon überzeugt sind, dass eine bestimmte Tatsache mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorgelegen hat.

1185. Dementsprechend muss z. B. bei der Prüfung, ob eine Preisabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a. KG vorliegt, hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen Preisabrede grundsätzlich der Vollbeweis erbracht werden. Denn die Klärung der inneren Tatsache, ob ein Einverständnis über die gemeinsame Preisfestlegung vorliegt, erfordert in der Regel nicht die Aufklärung komplexer, multikausaler Wirtschaftsprozesse. Etwas anderes gilt demgegenüber im Hinblick auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Marktabgrenzung, der Widerlegung der Vermutung, dass eine Abrede den Wettbewerb beseitigt, oder – soweit dies rechtlich überhaupt geklärt werden muss (siehe dazu unten Rz 1267 ff.) – bezüglich der Prüfung der Erheblichkeit nach quantitativen Kriterien.

B.1.5.2 Wettbewerbsabrede

1186. 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).

B.1.5.2.1 Unternehmen gleicher Marktstufen

1187. Eine Wettbewerbsabrede erfordert mithin zunächst das Zusammenwirken von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen. Bei der vorliegend untersuchten Zusammenarbeit haben acht Unternehmen zusammengearbeitet (siehe oben Rz 1089).

1188. Unternehmen sind dann auf der gleichen Marktstufe tätig, wenn sie infolge der Austauschbarkeit der von ihnen angebotenen Güter und/oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob sie nur der Möglichkeit nach (potentiell) in Konkurrenz zueinander stehen.[1306] Unternehmen, welche auf der derselben Marktstufe den Wettbewerb durch eine Vereinbarung oder eine Abstimmung der Verhaltensweise beschränken, haben eine horizontale Abrede getroffen.[1307]

1189. In casu handelt es sich bei den acht Unternehmen um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle acht als Anbieter von Strassen- und Tiefbauleistungen auf dem Markt für die Erbringung solcher Arbeiten im Untersuchungsgebiet (zur Bestimmung des relevanten Markts, siehe unten Rz 1228 ff.) tätig waren. Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten die acht Unternehmen bezüglich der von ihnen angebotenen Leistungen – soweit nicht wie bei der Hagedorn und der Bernet Bau identische Unternehmensträger vorlagen – miteinander in Konkurrenz gestanden.

B.1.5.2.2 Vereinbarung

a. Voraussetzungen einer Vereinbarung

1190. Vereinbarungen unterscheiden sich von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch einen stärkeren Bindungswillen[1308]. Tatbestandlich erfordert eine abgestimmte Verhaltensweise zudem zwingend ein der Abstimmung entsprechendes Verhalten der beteiligten Unternehmen, während eine Vereinbarung «nur» einen Konsens der beteiligten Unternehmen über die wettbewerbswidrige Zusammenarbeit erfordert.[1309] Bei einer Vereinbarung wird die Umsetzung des Konsenses durch die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen erst im Rahmen der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung, der allfälligen Erheblichkeitsprüfung sowie der allfälligen Festsetzung einer angemessenen Sanktion thematisiert.

1191. Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf Vereinbarungen, da in der vorliegenden Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweisen nicht einschlägig ist. Der Begriff der Vereinbarung ist dabei recht weit zu verstehen und geht insbesondere über den zivilrechtlichen Begriff eines

[1305] RPW 2015/2, 246 Rz 270, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, *ADSL II*.

[1306] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, *SFS unimarket AG/WEKO*.

[1307] Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

[1308] THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

[1309] Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 4 I LCart N 31 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 100 ff.

Vertrags hinaus. Für eine Vereinbarung bedarf es jedenfalls keiner formellen vertraglichen Grundlage (z. B. Vertragsdokument).[1310] Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten ausserdem sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;[1311] es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht werden muss, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.[1312] Es genügt auch ein «Gentlemen's Agreement»,[1313] wobei allein entscheidend ist, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen derart kooperieren, dass sie bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.[1314]

1192. Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, ist für das Vorliegen einer Vereinbarung erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht ist anzunehmen, dass ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande kommt (Art. 1 Abs. 1 OR[1315]), wobei die entsprechenden Erklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder auch nur durch konkludentes Verhalten erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR).

1193. Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage und keine Rechtsfrage.[1316] Eine Rechtsfrage wäre diesbezüglich nur zu entscheiden, wenn kein tatsächlicher Konsens bestünde und die Frage geklärt werden müsste, welchen Sinn die Unternehmen ihren gegenseitigen Äusserungen nach Treu und Glauben zumessen durften und mussten.[1317] Bei der Prüfung eines solch normativen Konsenses wäre(n) wiederum nicht nur die Erklärungen der Parteien massgebend, sondern ebenso die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind.[1318] Da nachfolgend gezeigt wird, dass ein natürlicher Konsens vorliegt, ist Letzteres aber nicht von Bedeutung.

b. Anwendung in casu

1194. In casu hat die Beweiswürdigung ergeben, dass die acht Unternehmen tatsächlich zu einem Konsens gekommen sind. Dabei wurde dies nicht aus ausdrücklichen (Rahmen-)vereinbarungen oder entsprechenden Vertragsdokumenten gefolgert, sondern aus der Art und Weise der Zusammenarbeit und aus entsprechenden Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie der Toller (siehe zum Ergebnis der Beweiswürdigung Rz 1068 ff.). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle nur Folgendes auszuführen:

1195. Die Beweiswürdigung hat ergeben, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des MA-Systems erfolgte, um im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, für welche nicht bloss eine Eigenofferte einzureichen war, zwischen den acht Unternehmen einvernehmlich aufzuteilen. So wollten die acht Unternehmen mit Hilfe der MA-Listen, der MA-Sitzungen sowie der Interessensabklärung ermöglichen, hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet zu vergebenden Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich den Zuschlaggewinner (schutznehmendes Unternehmen) und die Höhe der Gewinneroffertsumme sowie der Stützoffertsummen vor Ablauf der Eingabefrist festlegen. Es erfolgte also eine (konkludente) Einigung über die Art und Weise der Zusammenarbeit sowie über das Ziel dieser Zusammenarbeit. Diese Einigung bestand nach dem Beweisergebnis jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 zwischen allen acht Unternehmen (zur Art und Weise der Zusammenarbeit sowie zum Zweck siehe insbesondere Rz 282 ff., 602 ff., 649 ff., 664 ff., 671 ff., 854 ff.).

1196. Weiter hat die Beweiswürdigung ergeben, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des EO-Systems erfolgte, um im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, für welche der Bauherr jeweils die Einreichung einer Eigenofferte verlangte, zwischen den acht Unternehmen aufzuteilen. So wollten die acht Unternehmen mit Hilfe der EO-Listen gewährleisten, dass dasjenige Unternehmen, welches als Erstes auf Anfrage des Bauherrn eine Eigenofferte erstellte und das Projekt für die EO-Listen meldete, auch den Zuschlag für das Projekt erhielt. Der Modus operandi, von dem alle acht Unternehmen gleichermassen ausgingen, war der Folgende: Wenn eines der acht Unternehmen für einen – in der Regel privaten – Bauherrn eine Eigenofferte erstellte, konnte es das betreffende Projekt für die EO-Listen bei der Implenia bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (Batigroup) melden. Die Implenia (bzw. die Batigroup) setzte das Projekt daraufhin auf die EO-Liste und vermerkte, welches Unternehmen die Eigenofferte gemeldet hat. Die ständig aktualisierten EO-Listen wurden von der Implenia bzw. der Batigroup vor den in der Regel alle zwei bis vier Wochen stattfindenden MA-Sitzungen an alle Unternehmen versandt. Wenn nun ein weiteres Unternehmen vom Bauherrn eines gemeldeten Projekts um eine Eigenofferte gebeten wurde, so hatte sich dieses Unternehmen bei dem meldenden Unternehmen über den Eingabepreis zu erkundigen und einen höheren Preis für seine Eigenofferte einzugeben. Es bestand

[1310] Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

[1311] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

[1312] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

[1313] Vgl. zum Ganzen BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 83 und N 94 m.w.H.

[1314] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

[1315] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

[1316] Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

[1317] BGE 123 III 35, 39 f. E. 2b.

[1318] BGE 126 III 119, 120 E. 2a; BGE 125 III 435, 436 f. E. 2a/aa m.w.H.

also auch diesbezüglich eine (konkludente) Einigung über die Art und Weise der Zusammenarbeit sowie über das Ziel dieser Zusammenarbeit. Diese Einigung bestand zwischen den acht Unternehmen nach dem Beweisergebnis jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 (zur Art und Weise der Zusammenarbeit sowie zum Zweck siehe insbesondere Rz 864 ff., 924 ff., 988 ff., 990 ff., 1031 ff.).

1197. Da die acht Unternehmen durch die Kombination des MA-Systems und des EO-Systems erreichten, dass grundsätzlich alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte der soeben beschriebenen Koordination zugeführt wurden oder jedenfalls werden konnten, hat die Beweiswürdigung weiter ergeben, dass die acht Unternehmen mindestens zwischen 2002 und Mitte 2009 möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuteilen wollten (siehe Rz 1080).

1198. Die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sind vorliegend also erfüllt: Es liegt ein Konsens zwischen den acht Unternehmen darüber vor, dass sie möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich zuteilen wollten (nachfolgend: «Gesamtabrede»). Dabei ist davon auszugehen, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das «Wie» der Zuteilung enthält. Diese ist in dem geschilderten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des MA-Systems sowie in dem aufgezeigten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des EO-Systems zu erblicken. Denn diese Konsense zwischen den acht Unternehmen konkretisieren die Art und Weise der Zuteilung der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet zwischen den acht Unternehmen.

1199. Umgesetzt wurde diese Gesamtabrede insbesondere dann, wenn mindestens zwei der acht Unternehmen hinsichtlich eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts im Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festlegten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte und wie hoch die Eingabesummen der einzureichenden Offerten sein sollen. In jedem dieser Fälle erfolgte eine Einigung über die Preise, welche die Unternehmen jeweils vom Abnehmer der Leistung verlangen wollten, sowie darüber, welches Unternehmen den Vertrag mit dem Bauherrn schliessen sollte. Es ist bewiesen, dass alle acht Unternehmen wiederholt derartige Vereinbarungen getroffen haben (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff., 1030). Die einzelne, auf ein konkretes Projekt bezogene Abrede wird nachfolgend als Einzelsubmissionsabreden bezeichnet. Sie müssen in casu keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden, da sie «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten darstellen und somit von dieser bereits miterfasst sind. Eine kartellrechtliche Bewertung dieser Abreden wäre nur notwendig, wenn keine Gesamtabrede vorläge.[1319]

c. Vorliegen eines Dauerverstosses

1200. Für die Qualifizierung der Gesamtabrede als dauerhaft bestehende und wirkende Abrede ist es kartellrechtlich unerheblich, dass diese Abrede durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Denn die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede qualifiziert, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.[1320] Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.[1321] Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es damit nur erforderlich, dass ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.[1322] 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.[1323]

1201. Für die Beteiligung an einer als Dauerverstoss zu qualifizierenden Dauerabrede ist es im Übrigen nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Gesamtabrede 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.[1324] Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.[1325]

1202. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Wie bereits erläutert, ist eine rechtsvergleichende Berücksichtigung des EU-Kartellrechts bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich zulässig[1326] (siehe oben Rz 1138). 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 (z. B. keine Verbotsgesetzgebung im Schweizer Kartellrecht) eine spezifische Lösung notwendig ist.[1327] Auch

[1319] Vgl. insbesondere RPW 2009/3, 204 ff. Rz 49 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 386 ff. Rz 935 ff., *Wettbewerbsabreden im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 558 ff. Rz 166 ff., *Wettbewerbsabreden im Kanton Zürich*.

[1320] 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*.

[1321] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

[1322] Vgl. Fn 1325.

[1323] RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.

[1324] RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

[1325] Siehe Fn 1329.

[1326] RPW 2015/2, 299 Rz 293, *Türprodukte*; 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*.

[1327] 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*.

nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.[1328] Ein «Ausstieg» aus einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der «Ausstieg» den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.[1329]

1203. In casu verfolgten die acht Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit fortdauernd die Zuteilung bzw. Aufteilung der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (siehe oben Rz 671 ff., 988 f., 1068 ff., 1080). Es bestand damit fortdauernd über alle Umsetzungsakte hinweg ein einheitliches Ziel. Es ist nicht anzunehmen, dass dieser Zweck – auch nicht für einige der acht Unternehmen – vor Mitte 2009 nicht mehr bestand. Des Weiteren verhielten sich alle acht Unternehmen – teilweise nicht im gleichen Masse – systemkonform (siehe oben Rz 534 ff., 593 ff., 747 ff., 853, 893 ff., 919 ff., 988 ff., 1029 ff.). Es ist dabei zudem nicht ersichtlich, dass eines oder mehrere der acht Unternehmen seinen bzw. ihren «Ausstieg» aus der Zusammenarbeit erklärten. Die Gesamtabrede stellt mithin eine Dauervereinbarung zwischen den acht Unternehmen dar, welche jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 bestand.

B.1.5.2.3 Abgestimmte Verhaltensweise

1204. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das soeben beschriebene Verhalten der acht Unternehmen jedenfalls als abgestimmte Verhaltensweise zur Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten qualifiziert werden kann. Denn die Beweiswürdigung hat ergeben, dass die acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems Informationen darüber austauschten, welches Unternehmen an welchem Strassen- und/oder Tiefbauprojekts interessiert war. Nach dieser Abstimmung kam es dann in einer Vielzahl von Fällen zu einer der Abstimmung entsprechenden Verhaltensweise, namentlich zu Einzelsubmissionsabreden betreffend diejenigen Projekte, in Bezug auf welche eine Abstimmung stattgefunden hat (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff., 1030, 1199). Mit Blick auf die oben erläuterten rechtlichen Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise (siehe oben Rz 1190) ist das Verhalten der acht Unternehmen folglich auch als eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.1.5.2.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

1205. Art. 4 Abs. 1 KG erfordert neben einer Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen oder verschiedener Marktstufen, dass die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

1206. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.[1330] Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.[1331]

1207. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken»– wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.[1332] Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein «Bezwecken» zu bejahen ist.[1333] Denn für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.[1334]

1208. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*».[1335] Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.[1336]

1209. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, war die Gesamtabrede dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken. Dies gilt schon deshalb, weil die Gesamtabrede darauf gerichtet war, *Einzelsubmissionsabreden* hinsichtlich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte zu treffen. Solche Einzelsubmissionsabreden über den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen der Offerten sind ihrem Zweck nach darauf gerichtet, den Wettbewerb zwischen den offerteinreichenden Unternehmen um den Erhalt des Auftrags auszuschliessen. Da bei einer Submission die nachgefragte Leistung in der Regel durch den Bauherrn klar definiert ist (z. B. Asphaltieren der Kantonsstrasse xy) und deshalb der Wettbewerb zwischen den Anbietern hauptsächlich über den Preis der Leistung erfolgt, ist eine Ausschaltung des (Preis-) Wettbewerbs durch die Teilnehmer der Einzelsubmissionsabrede objektiv dazu geeignet Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen. Die WEKO hat dementsprechend bereits mehrfach entschieden, dass

[1328] Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 225 Rz 194 Fn 265, *Tunnelreinigung*.
[1329] Vgl. RPW 2015/2, 300 Rz 294 f., *Türprodukte*.
[1330] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.
[1331] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; 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*.
[1332] Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.
[1333] So auch: 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*.
[1334] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.
[1335] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.
[1336] Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1308), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. 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*.

Einzelsubmissionsabreden objektiv geeignet sind, Wettbewerbsbeschränkungen zu verursachen.[1337] Ergänzend sei hinzuzufügen, auch wenn dies an dieser Stelle nicht von Bedeutung ist, dass die WEKO ebenfalls mehrfach entschieden hat, dass Einzelsubmissionsabreden Wettbewerbsbeeinträchtigungen bzw. -Beseitigungen bewirken.[1338] Da Einzelsubmissionsabreden Wettbewerbsbeschränkungen bewirken und bezwecken, hat die WEKO dementsprechend bereits festgestellt, dass eine Systemvereinbarung, welche darauf gerichtet ist, Submissionen unter den teilnehmenden Unternehmen einvernehmlich aufzuteilen, und die zu Einzelsubmissionsabreden führt, eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (und bewirkt).[1339]

1210. Die Gesamtabrede war auch deshalb dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken, weil die erfolgte Interessensabklärung im Rahmen des MA-Systems (siehe dazu insbesondere Rz 574 ff.) bewirken kann, dass die beteiligten Unternehmen nur noch Offerten für Projekte einreichen, bezüglich derer sie wissen, dass die jeweils anderen sieben Unternehmen kein Interesse an ihnen haben. Derartiges würde die Anzahl der Offerten pro Submission und die Auswahlmöglichkeiten des Bauherrn verringern. Dies würde wiederum zu einer Erhöhung der Preise führen, da kein Preiswettbewerb mehr vorläge. Schon die Interessensabklärung an sich ist daher dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen. Zudem erleichtert das MA-System eine Zuweisung von Projekten im Sinne eines Rotationskartells, da die MA-Listen einen Überblick darüber geben, welche Projekte in welcher Region und zu welchem Wert ausgeschrieben werden. Dies ermöglicht eine wechselseitige Zuweisung von Projekten an den regelmässig stattfindenden MA-Sitzungen, da die acht Unternehmen so gemeinsam über einen erheblichen Anteil der gesamten Nachfrage nach Strassen- und Tiefbauleistungen in ihrem Gebiet diskutieren und entscheiden konnten.

1211. Kommt hinzu, dass das EO-System, welches ebenfalls ein Aspekt der Gesamtabrede war, den Grundsatz beinhaltete, dass das Unternehmen, welches eine Eigenofferte für ein Projekt erstellt hat und diese Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat, das schutznehmende Unternehmen sein sollte (siehe Rz 1031 ff.). Das EO-System sollte nach dem Willen der acht Unternehmen also dazu führen, dass Bauherren, welche von mindestens einem der acht Unternehmen eine Eigenofferte verlangten, keine Chance auf eine echte Konkurrenzofferte hatten, weil das EO-System vorsah, dass ein anderes angefragtes Unternehmen keine günstigere Offerte einreichen sollte.

1212. Die Gesamtabrede war mithin dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Gesamtabrede auch tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen bewirkte (siehe dazu unten Rz 1271 ff.).

B.1.5.2.5 Zwischenergebnis

1213. Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, dass zwischen den acht Unternehmen zwischen 2002 und Mitte 2009 die Wettbewerbsabrede bestand, möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich zuzuteilen («Gesamtabrede»). Dabei ist davon auszugehen, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das «Wie» der Zuteilung enthielt. Diese ist in dem geschilderten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des MA-Systems sowie in dem aufgezeigten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des EO-Systems zu erblicken. Umgesetzt wurde diese Gesamtabrede insbesondere dann, wenn mindestens zwei der acht Unternehmen hinsichtlich eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts im Untersuchungsgebiet vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festlegten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte und wie hoch die Eingabesummen der einzureichenden Offerten sein sollen. In jedem dieser Fälle liegen *Einzelsubmissionsabreden* vor, welche in casu als Umsetzungsakte der Gesamtabrede keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

1214. Gegen dieses Ergebnis bringen die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth-Gesellschaften und die Toller im Wesentlichen zwei Einwände vor (siehe dazu oben Rz 83 ff., 89 ff., 95 ff., 100 ff., 107 ff.). Zum einen führen sie aus, dass das Parteigutachten habe belegt, dass keine Gesamtabrede vorliege. Zum anderen wird auf vergangene Verfügungen der WEKO betreffend Submissionsabreden verwiesen und ausgeführt, die Qualifizierung des Verhaltens der acht Unternehmen als Gesamtabrede stelle eine unzulässige Praxisänderung dar.

1215. Der Verweis auf das Parteigutachten überzeugt nicht. Das ökonomische Parteigutachten enthält schon gar keine rechtlichen Ausführungen, weshalb ihm nicht entnommen werden kann, dass keine «Gesamtabrede» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Aber auch soweit mit dem Parteigutachten die Sachverhaltsfeststellungen, welche insbesondere in den Rz 751 ff. dargestellt sind, bestritten werden sollen, überzeugt das Gutachten – wie bereits dargestellt – nicht (siehe dazu insbesondere Rz 834 ff., 842 ff.). Die bereits gemachten Ausführungen sind hier nicht in Gänze zu wiederholen. Hier sei nur Folgendes festgehalten: Das Parteigutachten scheint bei seiner Analyse davon auszugehen, dass eine «Gesamtabrede» erfordert, dass als Folge eines Konsenses betreffend alle Projekte in einem bestimmten Markt sämtliche Projekte gemeinsam zugeteilt werden müssten. Eine solche Voraussetzung ist dem Gesetz aber nicht zu entnehmen. Für die Frage der Abrede ist danach «nur» der tatsächliche oder normative Konsens der Unternehmen massgeblich. Die WEKO definiert die Gesamtabrede in Übereinstimmung mit ihren früheren Entscheiden[1340]

[1337] RPW 2009/3, 204 f. Rz 55 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 390 Rz 967 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 561 Rz 181 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1338] RPW 2009/3, 204 f. Rz 55, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 390 Rz 971 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 561 Rz 183, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1339] Vgl. RPW 2008/1, 95 Rz 82, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2009/3, 205 Rz 60, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2015/2, 224 Rz 182 ff., *Tunnelreinigung*.

[1340] RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 194, *Tunnelreinigung*.

vorliegend dementsprechend als Vereinbarung der acht Unternehmen darüber, sich regelmässig zu treffen und aktuelle Strassen- und Tiefbausubmissionen im Untersuchungsgebiet auf die dargelegte Art und Weise vorzubesprechen, wobei das dauerhafte Ziel der Aufteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten bestand. Sowohl die statistischen Analysen des Sekretariats als auch das Parteigutachten betreffen mithin nur die Auswirkungen bzw. die Umsetzung dieser genannten Gesamtabrede. Wie auch der statistischen Analyse des Sekretariats ist dem Parteigutachten dabei zu entnehmen, dass es zwischen dem Bieterverhalten *der acht Unternehmen* während der MAL-Periode und dem Bieterverhalten *der acht Unternehmen* in der post-MAL-Periode statistisch signifikante Unterschiede gab. Oben ist dargelegt, dass diese Unterschiede auf das MA-System zurückzuführen sind.

1216. Auch der Verweis auf andere Verfügungen der WEKO betreffend Submissionsabreden[1341] überzeugt nicht. Eine Praxisänderung könnte allenfalls dann vorliegen, wenn gleiche Sachverhalte rechtlich ungleich behandelt würden. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von bereits entschiedenen Submissionsabredefällen,[1342] in den nur Einzelsubmissionsabreden angenommen wurden, insbesondere durch die umfassende Institutionalisierung der Zusammenarbeit (MA- und EO-System), durch das Vorhandensein von gemeinsamen Regeln über das «Wie» der Zusammenarbeit, durch die stets gleichbleibende Anzahl und die identische Zusammensetzung der zusammenarbeitenden Unternehmen im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems, durch die Nachweisbarkeit einer dauerhaften, gemeinsamen Zielsetzung sowie dadurch, dass eine stetige Umsetzung der Gesamtabrede durch die Teilnehmer der Gesamtabrede nachgewiesen werden konnte. Ob der vorliegende Fall mit WEKO-Verfügungen vergleichbar ist, in denen in Bezug auf Submissionen eine Gesamtabrede angenommen wurde,[1343] kann dahin stehen, da in casu ohnehin die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.

B.1.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

1217. 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.

B.1.5.3.1 Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe

a. Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen

1218. Wie bereits erläutert, handelt es sich bei den acht Unternehmen um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle acht als Anbieter von Strassen- und Tiefbauleistungen tätig waren (siehe oben Rz 1187 ff.). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten die acht Unternehmen bezüglich der von ihnen angebotenen Leistungen – soweit nicht wie bei der Hagedorn und der Bernet Bau identische Unternehmensträger vorlagen – miteinander im Wettbewerb gestanden.

b. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern

1219. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern liegt dabei vor, wenn Unternehmen eine Abrede darüber treffen, dass sie die Abnehmer der von ihnen angebotenen Leistungen untereinander aufteilen wollen.[1344] Entscheidend für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist dabei die Wirkung und nicht das Mittel der Wirkungserzeugung.[1345] Daher ist Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG weit auszulegen und erfasst nicht nur Abreden, in denen die Aufteilung direkt festgelegt ist (z. B. Kundenschutzklauseln zwischen Konkurrenzunternehmen)[1346], sondern auch solche Abreden, welche indirekt zu einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern führen.[1347] Die WEKO hat dementsprechend bereits entschieden, dass auch solche Abreden von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst sind, welche nur, aber immerhin, den Mechanismus der Zuteilung von Geschäftspartnern umfasst.[1348]

1220. In casu beinhaltete die Gesamtabrede, dass die acht Unternehmen möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuteilen wollten (siehe oben Rz 1186 ff., 1213 ff.). Zwar ist dieser Abrede – anders als etwa bei einer Kundenschutzvereinbarung zwischen Konkurrenten – nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner welchem Unternehmen zugeordnet ist. Da diese Gesamtabrede jedoch auf die Aufteilung der Abnehmer der Leistungen der acht Unternehmen gerichtet war (siehe oben Rz 647, 671 ff., 976, 988 ff.) und es in Umsetzung der Gesamtabrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern kam (siehe oben Rz 221 ff., 679 ff., 747 ff., 978 ff., 989, 999 ff., 1030), wirkte die Gesamtabrede jedenfalls wie eine Geschäftspartnerabrede. Da auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von

[1341] Vgl. RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2009/3, 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 264, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 193, *Tunnelreinigung*.

[1342] RPW 2009/3, 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 264, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1343] RPW 2008/1, 85 *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193, *Tunnelreinigung*. Siehe zu einer «Gesamtabrede» im Bereich Spedition: RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*.

[1344] Vgl. CR LCART-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1309), Art. 5 LCart N 474.

[1345] PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 434.

[1346] RPW 1999/1, 67 Rz 8, *Reine Gase und Mischgase*.

[1347] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 437 ff.

[1348] RPW 2008/1, 96 Rz 91 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

Märkten nach Geschäftspartnern von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst ist, stellt die Gesamtabrede also eine von Art. 5 Abs. 3 KG erfasste Geschäftspartnerabrede dar. Kommt hinzu, dass die Gesamtabrede betreffend das MA- und das EO-System konkrete Festlegungen über das «Wie» der Zuteilung von Projekten, mithin Geschäftspartnern, enthielt (für das MA-System siehe insbesondere Rz 649 ff., 674 ff.; für das EO-System siehe insbesondere Rz 924 ff., 978 ff.). Wie bereits erläutert reicht alleine dieser Umstand für die Annahme einer Geschäftspartnerabrede aus (siehe oben Rz 1219).

1221. Die Gesamtabrede stellt damit eine Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Gesamtabrede durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde, welche jeweils als Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren wären,[1349] in casu als «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede aber keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden müssen.

c. Rechtsfolge

1222. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. Vorliegend greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf die Gesamtabrede, weil es sich bei ihr um eine Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG handelt.

B.1.5.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1223. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller bzw. tatsächlicher und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestand.

1224. Die Beweisführungslast dafür liegt bei den Wettbewerbsbehörden, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die Wettbewerbsbehörden haben den massgeblichen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht.

1225. In Bezug auf das zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass die Prüfung der Widerlegung der Beseitigungswirkung in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe oben Rz 1184 f.) dürfte es für die Widerlegung der Beseitigungsvermutung also ausreichen, dass nachgewiesen wird, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Restwettbewerb besteht.

1226. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und gestützt auf diese von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.[1350]

1227. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst der relevante Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Gesamtabrede auswirken. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle bzw. tatsächliche und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herstellen konnte und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

a. Relevanter Markt

1228. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[1351]

1229. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung 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.[1352] Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 1360 ff). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand

[1349] Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 591 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1350] Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

[1351] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1352] 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.

kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.[1353]

(i) Marktgegenseite

1230. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an (siehe Rz 1228). «Marktgegenseite» sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.[1354] Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer des durch das marktbeherrschende verkauften Produkts an.[1355] 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.

1231. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Bei der oben beschriebenen Gesamtabrede waren alle (privaten und öffentlichen) Bauherren, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet vergeben haben, Marktgegenseite der acht Unternehmen. Denn die acht Unternehmen sind übereingekommen, möglichst alle im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte einvernehmlich zuzuteilen (siehe oben Rz 1194 ff., 1219 ff.).

(ii) Sachlich relevanter Markt

1232. 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 VKU[1356], der hier analog anzuwenden ist).[1357]

1233. Massgebend ist also, ob aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[1358] Dies hängt insbesondere davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind.[1359] Entscheidend sind grundsätzlich 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.[1360]

1234. Geht man von der dauerhaft wirkenden Gesamtabrede aus, so ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Strassen- und Tiefbauleistungen, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 nachgefragt worden sind. Denn diese Strassen- und Tiefbauleistungen sollten grundsätzlich zugeteilt werden und bezüglich dieser Nachfrage hätten die acht Unternehmen dauerhaft in Konkurrenz gestanden, wenn sie nicht eine Abrede getroffen hätten.

1235. Eine derartige sachliche Marktabgrenzung entspricht dem Ergebnis nach der Marktabgrenzung, welche die WEKO für eine vergleichbare Dauer-Gesamt-/Systemabrede über die Zuteilung von Strassenbauprojekten im Kanton Tessin im Fall *Strassenbeläge Tessin* vorgenommen hat. Auch dort wurde in sachlicher Hinsicht ein relevanter Markt für Strassen- und Belagsbau angenommen.[1361] Vergleichbares gilt für den Fall Tunnelreinigung, bei dem es um eine Dauer-Gesamtabrede über die Zuteilung von Tunnelreinigungsaufträge ging. Auch in diesem Fall hat die WEKO den sachlich relevanten Markt leistungsbezogen abgegrenzt («Markt für Tunnelreinigungen»).[1362]

1236. Was in casu unter Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten zu verstehen ist, wurde schon an anderer Stelle festgestellt und ist für die Bestimmung des sachlich relevanten Markts zu übernehmen (siehe dazu oben Rz 37, 567). Die Prüfung der Substituierbarkeit dieser Leistungen durch andere Leistungen (z. B. Hochbau) erübrigt sich – anders als etwa bei Produktmärkten – bei Submissionen, da die relevanten Bauherren jeweils ohnehin projektspezifische Strassen- und Tiefbauleistungen nachgefragt haben.[1363] Die projektspezifisch nachgefragte Leistung (z. B. Asphaltierung [eines Autobahnteilstücks]) kann dementsprechend zwar von mehreren Unternehmen erbracht werden, nicht aber durch eine «andere» Leistung (z. B. Asphaltierung einer […]strasse) ersetzt werden. Dieser Umstand führt auch dazu, dass die WEKO entsprechend der obigen Ausführungen davon ausgegangen ist, dass für eine *Einzelsubmissionsabrede* in sachlicher Hinsicht der Markt für die Erbringung der durch den Bauherrn nachgefragten Bauleistung relevant ist.[1364]

[1353] 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 1352), 924 ff.

[1354] 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.

[1355] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II.*

[1356] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

[1357] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1358] 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*.

[1359] 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*.

[1360] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1361] RPW 2008/1, 97 Rz 102, *Strassenbeläge Tessin*.

[1362] RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*.

[1363] Vgl. RPW 2013/4, 592 Rz 827 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1364] Vgl. RPW 2002/1, 141 Rz 25, *Submission Schweizerische Landesbibliothek*; RPW 2009/3, 206 f. Rz 67, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 391 Rz 982 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 592 Rz 823 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

1237. Denkbar wäre es, den sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weiter zu separieren. So hat auch die WEKO schon zwischen den Märkten Belags- und Strassenbau einerseits sowie Tiefbau andererseits unterschieden; diese Trennung sei jedoch fliessend.[1365] Da diese Ausführungen im Zusammenhang mit der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses stehen, sind sie entsprechend der obigen Ausführungen (siehe Rz 1229) vorliegend nicht zwingend zu berücksichtigen. Allerdings leuchtet es unmittelbar ein, dass Strassenbauleistungen (z. B. Asphaltierung) nicht durch Tiefbauleistungen (z. B. Kanalbau) substituiert werden können. Zudem kann ein Strassen- *und* Tiefbauauftrag, welcher sowohl Asphaltarbeiten als auch Tiefbauarbeiten (z. B. Strassenbau mit Sanierung der Werksleitungen) beinhaltet, nicht durch eine Strassenbauleistung oder eine Tiefbauleistung substituiert werden.

1238. Für eine solche Separierung spricht auch, dass die Anbietersubstituierbarkeit je nach Art der nachgefragten Leistung (Strassenbau-, Strassen- und Tiefbau- oder Tiefbauprojekt) unterschiedlich ausfiel. So hat die statistische Analyse gezeigt, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen umso höher sind, je höher der Anteil der Strassenbauleistungen (Belags- und Pflästerungsarbeiten) bei einem Projekt war (siehe dazu und zum Folgenden Rz 785 ff.). So haben die acht Unternehmen bei DOP-Projekten, bei denen laut Ausschreibung hauptsächlich Strassenbauarbeiten nachgefragt wurden, einen gemeinsamen Umsatzanteil von 76 %. Bei DOP-Projekten, bei denen es um die Erbringung von reinen Tiefbauleistungen ging, liegt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen dagegen bei 41 %. Dies korrespondiert mit der Erkenntnis, dass in der MAL-Periode neben den acht Unternehmen im Bereich Strassenbau nur 11 andere Unternehmen den Zuschlag erhielten, während bei DOP-Projekten, bei denen (auch) Tiefbauleistungen nachgefragt wurden, die Anzahl der sonstigen Gewinnerunternehmen höher waren (39 externe Unternehmen im Bereich «reiner Tiefbau», 17 externe Unternehmen im Bereich «Strassenbau mit Tiefbauaufgaben»). Aus der statistischen Analyse sowie den Angaben der Verfahrensparteien geht auch hervor, dass ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen nicht ohne Weiteres Strassenbauleistungen anbieten kann. Hingegen sind sämtliche Strassenbauunternehmen in der Lage, auch Tiefbauleistungen anzubieten und entsprechende Arbeiten auszuführen (siehe oben Rz 787). Auch die Befragung der acht Unternehmen hat ergeben, dass die Konkurrenzsituation im Bereich Strassenbau eine andere ist als in den Bereichen Strassen- *und* Tiefbau sowie im Tiefbau (siehe oben Rz 1061 ff.). Gegen eine Separierung könnte hingegen sprechen, dass nicht ausgeschlossen ist, dass Tiefbauunternehmen im Einzelfall auch Strassenbauleistungen erbracht haben könnten – sei es, weil sie Maschinen gemietet, aber mit Strassenbauunternehmen in einer ARGE zusammengearbeitet oder Strassenbauunternehmer als Subunternehmer beauftragt haben. Tiefbauunternehmen waren also möglicherweise in der Lage, Strassenbauunternehmen zu konkurrenzieren.

1239. Ob eine Zwei- oder Dreiteilung des Strassen- und Tiefbaumarkts angezeigt ist, kann vorliegend jedoch offengelassen werden. Denn die Gesamtabrede ist selbst dann als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn von einer Separierung des Markts für Strassen- und Tiefbauleistungen ausgegangen wird (siehe dazu unten Rz 1290, 1303).

1240. In sachlicher Hinsicht ist daher von einem relevanten Markt für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen auszugehen, wobei es denkbar – aber für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung – ist, dass dieser Markt in mehrere Teilmärkte unterteilt werden könnte.

(iii) Räumlich relevanter Markt

1241. 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).[1366]

1242. In welchem Gebiet die Marktgegenseite der Gesamtabrede – d. h. die privaten und öffentlichen Bauherren, welche zwischen 2002 und Mitte 2009 Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten im Untersuchungsgebiet durchführen lassen wollten – die Erbringung der massgeblichen Leistung nachfragte, ist vorliegend nicht gänzlich aufklärbar. Dies deshalb, weil es unmöglich ist, alle massgeblichen privaten und öffentlichen Bauherren betreffend ihr Nachfrageverhalten zu befragen. Dies ist aber auch nicht notwendig, da es, wie erläutert, für den Nachweis eines Umstands, welcher die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert, auch ausreicht, wenn ein Umstand mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen wird (siehe oben Rz 1184 f.). Bei der Abklärung eines räumlich relevanten Markts für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen bedarf es einer derartigen Aufklärung. Denn der Beobachtungszeitraum liegt teilweise über zehn Jahre zurück und erstreckt sich über einen Zeitraum von fast acht Jahren. Kommt hinzu, dass, wie erwähnt, die Identität *aller* Nachfrager kaum aufklärbar ist und keine der von den Unternehmen erbrachte Strassen- und/oder Tiefbauleistung mit einer anderen Strassen- und/oder Tiefbauleistung exakt identisch ist. Nur die folgenden Umstände können für die Bestimmung des räumlich relevanten Markts herangezogen werden.

1243. Wie bereits erläutert, besteht für die acht Unternehmen ein gewisser Distanzschutz (siehe auch oben Rz 1046 ff.).[1367] Denn die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werkhofs einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die

[1365] Vgl. RPW 2007/1, 103 Rz 28 und 105 Rz 49 ff., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.
[1366] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[1367] RPW 2013/4, 594 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.[1368] Aus dem DOP ergibt sich dementsprechend, dass mindestens 80 % aller zwischen 2004 und 2013 eingereichten Offerten für DOP-Projekte von Unternehmen eingereicht wurden, welche die Offerte von ihrer Niederlassung im Untersuchungsgebiet versendet haben. Von allen DOP-Projekten wurden zwischen 2004 und 2013 zudem 88 % von Unternehmen gewonnen, welche ihren Sitz im Untersuchungsgebiet hatten.

1244. Wie das Nachfrageverhalten der privaten Bauherren im relevanten Zeitraum war, geht aus den DOP-Berechnungen zwar nicht hervor. Für die privaten Bauherren ist aber anzunehmen, dass sie eher in noch grösserem Masse bei Unternehmen in der Region der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Eigenofferten angefragt haben. Denn es ist kein Grund ersichtlich, dass vorliegend die privaten Bauherren ein anderes Nachfrageverhalten zeigten als die öffentlichen Bauherren. Davon ist insbesondere auszugehen, da Private nicht an das gesetzliche Gebot gebunden sind, bei freihändigen Verfahren und Einladungsverfahren auch ortsfremde Unternehmen einzuladen (vgl. Art. 35 Abs. 2 VöB), und häufig eher kleinere Aufträge vergeben, für die es sich für Unternehmen aus anderen Regionen (z. B Zürich, St. Gallen Stadt oder Zug) nicht lohnt, extra eine Baustelle im Untersuchungsgebiet einzurichten. Dies werden auch die Nachfrager berücksichtigen.

1245. Darüber hinaus können zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten berücksichtigt werden. Denn diese führen – gerade in Verbindung mit einem gewissen Distanzschutz im Baugewerbe – dazu, dass Nachfrager von Strassen- und Tiefbauleistungen nur dort Leistungen anfragen, von wo aus ein Transport des Baumaterials, der Baumaschinen und des Personals mit Blick auf das zu zahlende Entgelt noch lohnt. Gerade Gebirge oder Seen können so natürliche Hindernisse darstellen, welche die Anbieter jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber Anbietern, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz oder einen Werkhof haben, benachteiligen, da derartige natürliche Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen können.

1246. Wie erläutert (siehe oben Rz 1047), ist das Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Norden und Süden jeweils durch Bergzüge begrenzt. Dazwischen liegt die Linth-Ebene, welche strassenbautechnisch gut erschlossen ist und in der alle acht Unternehmen ihren Sitz und ihre Werkhöfe haben. Im Osten begrenzen der Bergzug um den Speer und den Mattstock sowie der Walensee diese Ebene. «Durchlässe» in andere grössere, flache Gebiete finden sich lediglich längs des Zürichsees Richtung Nordwesten sowie entlang des Walensees entlang nach Osten Richtung Walenstadt. Diese natürlichen Gegebenheiten führen dazu, dass die Unternehmen in der Linth-Ebene, am Zürichsee sowie im Norden des Kantons Glarus ähnlich hohe – aber nie dieselben[1369] – Gesamtkosten für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet hatten und haben. Damit besteht ein Anreiz, lediglich bei den im Untersuchungsgebiet ansässigen Strassen- und Tiefbauunternehmen Strassen- und/oder Tiefbauleistungen anzufragen.

1247. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkung einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des räumlich relevanten Markts aber auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Gesamtabrede bezog sich nur, aber immerhin, auf Projekte im Untersuchungsgebiet. Projekte, welche etwa im Kanton Zürich oder im Kanton Glarus durchgeführt wurden, waren von ihr hingegen gar nicht erfasst, weshalb der freie Wettbewerb in diesen Gebieten durch die Gesamtabrede kaum tangiert werden konnte. Insbesondere konnte die Gesamtabrede ihrem Inhalt nach nicht bewirken, dass die acht Unternehmen in Gebieten jenseits des Gebiets der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Kartellrenten erzielten.

1248. Mit Blick auf das Beweismass, welches bei komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen gilt, folgt aus den genannten Umständen, dass vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen ist, welcher das Gebiet der Bezirke der See-Gaster, March und Höfe umfasst.

(iv) Zeitlich relevanter Markt

1249. Während der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden durch den Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. Anfrage nach einer Offerte sowie durch die Vergabeentscheidung bzw. die Durchführung der Bauarbeiten begrenzt ist, gilt dies nicht für den für die Gesamtabrede zeitlich relevanten Markt. Denn die Gesamtabrede bestand und wirkte dauerhaft und stetig mindestens seit dem Jahr 2002 bis Mitte 2009 (siehe oben Rz 1200 ff.).

b. Zwischenergebnis

1250. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Gesamtabrede der Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 relevant war. Was das ungefähre Marktvolumen angeht, sei auf Rz 1257 verwiesen.

1251. Gegen diese Marktabgrenzung wird in den Stellungnahmen zum Antrag geltend gemacht, die relevanten Märkte seien vorliegend die Beschaffungsmärkte, bezüglich derer es zu Einzelsubmissionsabreden gekommen sei. Wie bereits erläutert, ist diese Annahme nicht überzeugend, da die Definition des relevanten Markts ausgehend vom Abredegegenstand zu erfolgen hat (siehe oben Rz 1230). Da vorliegend eine Gesamtabrede, welche den gesamten Strassen- und Tiefbaumarkt im Untersuchungsgebiet betraf, untersucht wird und sich zudem Abreden bei Einzelsubmissionen auf das Bieterverhalten bei anderen Submissionen auswirken (siehe oben Rz 1035 ff.), sind nicht die einzelnen Beschaffungsmärkte als relevanten Märkte anzusehen

[1368] RPW 2012/2, 392 Rz 988, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 594 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1369] Siehe Act. n° [...].

(siehe auch 1232 ff.). Weiter wird im eingereichten Parteigutachten ausgeführt, es sei eine Separierung der Märkte anzunehmen. Auch dies ist indes abzulehnen. Denn die Marktabgrenzung ist lediglich ein Hilfsinstrument, um die Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede zu bestimmen (siehe oben Rz 1229). Wenn davon ausgegangen werden kann, dass selbst bei einer Separierung der Märkte auf jedem der Teilmärkte eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, welche sanktionierbar ist, so ist es irrelevant, ob ein Gesamtmarkt oder Teilmärkte angenommen werden.[1370] Wie bereits dargelegt, ist selbst bei einer Separierung in drei Teilmärkte, auf jedem der drei Märkte eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen (siehe oben Rz 1239 und unten Rz 1290).

c. Aussenwettbewerb

1252. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch tatsächlichen oder potentiellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden. Da hierbei wiederum komplexe, multikausale Wirtschaftsprozesse abzuklären sind, reicht es aus, wenn angenommen werden kann, dass die massgeblichen Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (siehe oben Rz 1225).

(i) Tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt

1253. Nachfolgend wird darauf eingegangen, ob, und wenn ja, in welchem Umfang die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 auf dem relevanten Markt tatsächlich einer Konkurrenz durch andere Unternehmen ausgesetzt waren.

1254. Zunächst ist zu betonen, dass das Beschaffungsrecht für den Aussenwettbewerb durchaus eine Bedeutung hatte, da nicht alle Projekte öffentlich und somit ohne Begrenzung der Anbieterzahl durch den Auftraggeber vergeben wurden. Das Beschaffungsrecht vermochte aber auf keinen Fall den Wettbewerb zwischen den acht Unternehmen einerseits sowie anderen Unternehmen auszuschliessen (siehe dazu oben Rz 1049 ff.).

1255. Aus dem DOP und den Antworten auf den marktbezogenen Fragebogen des Sekretariats ergibt sich, dass die acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet mehr als die Hälfte des Werts aller Strassen- und/oder Tiefbauaufträge im Untersuchungsgebiet – unabhängig davon, ob sie von der öffentlichen Hand oder von Privaten in Auftrag gegeben wurden – für sich verbuchen konnten (siehe oben Rz 1058 ff.). Wiederholt sei an dieser Stelle nur, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2009 zusammen 57 % des im DOP enthaltenen Auftragsvolumens der Strassen- und Tiefbauprojekte, welche im Untersuchungsgebiet von den Kantonen St. Gallen und Schwyz, den Gemeinden im Untersuchungsgebiet und des Bezirks March ausgeschrieben worden waren, erhielten (CHF 79.4 Mio. von CHF 138.5 Mio.). Betrachtet man nur DOP-Projekte, mit denen ausschliesslich Strassenbauleistungen nachgefragt wurden, so beträgt der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen sogar 76 %. Die gemeinsamen Umsatzanteile der acht Unternehmen im Bereich Strassen- *und* Tiefbau sowie im Tiefbau lagen tiefer (58 % bzw. 41 %). Die Umsatzanteile der acht Unternehmen veränderten sich im Zeitraum der MAL-Periode, fiel aber nie unter 51 % (2006). In den Jahren 2004, 2007 und 2008 lag der Anteil über 60 %, in den Jahren 2005, 2006 und 2009 über 50 % (siehe oben Rz 782 f.). Da kein Grund ersichtlich ist, dass für privat ausgeschriebene Projekte eine grundlegend andere Verteilung der Umsatzanteile bestand als bei Projekten, welche von öffentlicher Hand vergeben worden waren, ist anzunehmen, dass eine vergleichbare Verteilung der Umsätze auch bezüglich der privat vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte bestand. Denkbar ist allenfalls, dass der gemeinsame Umsatzanteil der acht Unternehmen bei privaten Bauherren sogar höher ausfiel als bei von der öffentlichen Hand vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten (siehe dazu oben Rz 1059).

1256. Aus dem Vorangegangenen kann gefolgert werden, dass sich die Umsatzanteile der acht Unternehmen einerseits sowie der Konkurrenten andererseits sich in der Zeit zwischen 2002 und 2004 in ähnlichen Bereichen bewegt haben müssen wie danach. Dieser Umstand ist indes im Hinblick darauf, dass Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin erst für ihre Wirkungen nach dem 1. April 2004 sanktioniert werden dürfen, ohnehin nicht von Bedeutung.

1257. Mit Blick auf die Marktabgrenzung ist aus den vorgenannten Umständen zu folgern, dass die acht Unternehmen in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 einen ungefähren Marktanteil von über 55 % auf dem Markt für Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet hatten. Es ist dabei anzunehmen, dass sich der gemeinsame Marktanteil der acht Unternehmen im Zeitraum der MAL-Periode veränderte, aber nie unter 50 % fiel. Müsste man den Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen separieren, so wäre anzunehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile der acht Unternehmen bei über 75 % im Bereich Strassenbau, ca. 55 % im Bereich Strassen- und Tiefbau und ca. 40 % im Bereich Tiefbau gelegen hätten. Mit Blick auf diese geschätzten Marktanteil kann nun anhand der Umsatzangaben der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau in den Kantonen St. Gallen und Schwyz (siehe oben Rz 1039) für die Jahre 2006 bis 2008 das ungefähre Marktvolumen geschätzt werden. Dieses beträgt für den genannten Zeitraum etwa CHF 218 Mio.

1258. Allein aus den Marktanteilen kann indes nicht auf eine Beseitigungswirkung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG geschlossen werden.[1371] Zu beachten ist auch die Anzahl und die Bedeutung der Konkurrenzunternehmen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der gemeinsame Marktanteil der externen Unternehmen fragmentiert ist (siehe oben Rz 779) und bis zu 16 externe Strassen- und/oder Tiefbauunternehmen als Konkurrenten der acht Unternehmen angesehen werden können (siehe oben Rz 1062 f.). Allerdings ist vorliegend auch nicht anzunehmen ist, dass der gesamte von den

[1370] So auch: RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*.

[1371] Vgl. CR LCART-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 1309), Art. 5 LCart N 485 ff.

acht Unternehmen erzielte Umsatz auf erfolgreiche Einzelsubmissionsabreden zurückgeht. Zwar ist erwiesen, dass die acht Unternehmen nahezu alle Eigenofferten für die EO-Listen gemeldet haben (siehe oben Rz 895 ff.) und damit ihr im Untersuchungsgebiet erzielter Eigenoffert-Umsatz auch auf die Koordination im Rahmen des EO-Systems zurückzuführen ist (siehe oben Rz 1043). Bei Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet, für welche keine Eigenofferten einzureichen waren, ist hingegen erwiesen, dass Projekte auch «freigegeben» wurden, da die interessierten Unternehmen wussten, dass ein externes Unternehmen eine Offerte einreichen wird und sich dieses Unternehmen nicht in die Koordination mit einbeziehen lassen wollte (siehe oben Rz 649 ff.). Bisweilen wurde eine Einzelsubmissionsabrede auch durch externe Unternehmen unterlaufen (siehe oben Rz 830 f.). Gerade in derartigen Situationen hat Aussenwettbewerb dazu geführt, dass keine Einzelsubmissionsabrede getroffen wurde.

1259. Zu beachten ist aber wiederum, dass dann, wenn erfolgreich gemeinsam der Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen koordiniert worden war, eine Beseitigung des Wettbewerbs – im Hinblick auf den für die Einzelsubmissionsabrede relevanten Markt – anzunehmen ist. Eine solche Beseitigungswirkung hat die WEKO für Einzelsubmissionsabreden wiederholt festgehalten[1372] und dies gilt auch für die in casu vorliegenden Einzelsubmissionsabreden. Insgesamt finden sich in den HA-Listen der Zeit zwischen 2004 und 2009 etwa 240 Projekte mit einem Gesamtwert von über CHF 59 Mio., bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden gekommen ist (siehe oben Rz 686, 815 ff.). Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass unter diese 240 Einzelsubmissionsabreden nur diejenigen Projekte fallen, bei denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau als schutznehmendes oder schutzgebendes Unternehmen beteiligt ist. Die WEKO geht daher davon aus, dass in grösserem Umfang Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden, wobei diese Projekte nicht immer identifiziert werden konnten (siehe oben Rz 699). Zu erwähnen ist auch, dass hinsichtlich nahezu aller 392 identifizierten MAL-Projekte im Wert von CHF 198 Mio. zumindest Interessen geltend gemacht worden sein müssen. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte Interessen geltend gemacht – dies ist jedenfalls für die Projekte anzunehmen, bezüglich derer in den MA-Listen Interessen der Unternehmen eingetragen sind. Da davon auszugehen ist, dass die Interessensgeltendmachung den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe oben Rz 609, 626, 809 ff.), ist anzunehmen, dass es in all den genannten Fällen zumindest den Versuch einer Einzelsubmissionsabrede gegeben hat.

1260. Zu beachten ist ferner, dass bisweilen auch externe Unternehmen im Rahmen von Einzelsubmissionsabreden geschützt wurden (siehe oben Rz 1065); damit ist anzunehmen, dass die von externen Unternehmen erzielten Umsätze mit Strassen- und Tiefbauprojekten aus dem Untersuchungsgebiet nicht immer Ergebnisse des freien Wettbewerbs waren.

1261. Mit Blick auf die vorgenannten Umstände könnte zumindest für den Strassenbau von einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung der Gesamtabrede ausgegangen werden, da die acht Unternehmen in diesem Bereich zwischen 2002 und 2009 einen Marktanteil von über 70 % hatten, bisweilen externe Unternehmen in die Zuteilungsentscheidung erfolgreich mit einbezogen werden konnten und eine Einzelsubmissionsabrede häufiger erfolgreich war, weil es nur wenig echte Konkurrenzunternehmen gab. Dies kann jedoch dahin stehen, da die Gesamtabrede jedenfalls erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG war (siehe unten Rz 1266 ff.).

1262. Insgesamt bestehen Hinweise darauf, dass der Aussenwettbewerb genügend war, um eine Beseitigung des Wettbewerbs durch die Gesamtabrede zu verhindern. Ob dies tatsächlich so war, muss nicht abschliessend geklärt werden, da jedenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (siehe dazu unten Rz 1266 ff.).

(ii) Potentieller Wettbewerb

1263. Da vorliegend ohnehin geprüft wird, ob die Wettbewerbsabreden erheblich waren, bedarf es an dieser Stelle keiner Prüfung, ob die acht Unternehmen potentieller Konkurrenz ausgesetzt waren. Auf diese Frage wird – soweit notwendig – aber bei der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung eingegangen (siehe dazu unten Rz 1297 ff.).

d. Innenwettbewerb

1264. Auch auf die Frage, ob zwischen den acht Unternehmen trotz der Gesamtabrede noch Innenwettbewerb bestand, ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, da ohnehin geprüft wird, ob die Wettbewerbsabreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt haben. Auch der bestehende Innenwettbewerb muss damit allenfalls bei der Prüfung der Erheblichkeit der Gesamtabrede thematisiert werden (siehe dazu Rz 1291 ff.).

e. Zwischenergebnis

1265. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Hinblick auf die vorliegende Gesamtabrede wohl widerlegt werden kann. Ob dies tatsächlich der Fall war, muss nicht abschliessend geklärt werden, da jedenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (siehe dazu unten Rz 1266 ff.).

B.1.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

1266. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

[1372] Vgl. insbesondere RPW 2013/4, 595 Rz 843 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2012/2, 393 Rz 1001, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.*

B.1.5.4.1 Erheblichkeit gemäss Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht

1267. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Sachen Gaba und Gebro Folgendes fest:

> «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. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a majore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.»[1373]

> «Da der Schweizer Gesetzgeber […] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] 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. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.»[1374]

1268. Dies bedeutet, dass – wenn eine Abrede des in Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beschriebenen Typs vorliegt – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung insbesondere von quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht auch im Fall BMW bestätigt.[1375] Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Gaba und Gebro sowie im Fall BMW ist bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

1269. Das Bundesgericht hat das Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts jüngst bestätigt.[1376] Mit dem Urteil hat sich das Bundesgericht der Sichtweise des vorinstanzlichen Urteils angeschlossen und festgehalten, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werde, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gelten. Dies gelte unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Einzig bei Bagatellfällen müsse die WEKO nicht einschreiten. Entsprechende Abreden seien somit vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig.

1270. Für den vorliegenden Fall hat dies zur Folge, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten, welche den Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt (siehe oben Rz 1219 ff.), gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Gaba und Gebro sowie BMW eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann. Dieses Ergebnis würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde.

B.1.5.4.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis

1271. Die WEKO ist der oben geschilderten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zuletzt gefolgt,[1377] zuvor hat sie die Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung indes unter Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Kriterien geprüft hat (siehe dazu sogleich in Rz 1272). Da die schriftliche Begründung des Gaba-Urteils bislang noch nicht vorliegt, wird der Vollständigkeit halber auf die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG nach alter Praxis der WEKO eingegangen. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist die Gesamtabrede selbst nach der bisherigen Prüfungspraxis der WEKO als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen.

1272. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.[1378] Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt[1379] – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter[1380] zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (z. B. Marktanteile, Umsätze etc.).[1381]

[1373] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, *Gebro/WEKO*, Einfügungen durch die WEKO.

[1374] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 834 E. 11.3.4, *Gebro/WEKO*, Einfügungen durch die WEKO.

[1375] Ausdrücklich bestätigt durch Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 9.1.4, *BMW/WEKO*.

[1376] Medienmitteilung des Bundesgerichts 11.5.2/27_2016 vom 28.6.2016 betreffend Urteil 2C_180/2014 vom 28.6.2016. Die schriftliche Urteilsbegründung liegt noch nicht vor.

[1377] Siehe insbesondere RPW 2015/2, 308 Rz 366 ff., *Türprodukte*; RPW 2015/2, 232 Rz 237 ff., *Tunnelreinigung*.

[1378] 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.

[1379] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

[1380] In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

[1381] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1345), Art. 5 KG N 230.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es dabei aus, dass die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten[1382]. Das Bundesgericht fordert nicht, dass die Umsetzung einer nachgewiesenen Abrede für jedes einzelne Geschäft, welches dem Inhalt der Abrede nach eigentlich von ihr erfasst wäre, aufgezeigt werden muss (z. B. Verwendung von abgesprochenen Preisliste), aufgezeigt wird. Die Gesamtbetrachtung dieser beiden Kriterien erfordert – anders als es das Bundesverwaltungsgericht jüngst angedeutet hat[1383] – nicht die Feststellung, dass der Wettbewerb nach qualitativen Kriterien und nach quantitativen Kriterien *jeweils* als erheblich angesehen werden müsste. Eine solch isolierte Betrachtung der Kriterien würde nicht der bisherigen Praxis und den Festlegungen in der Vertikalbekanntmachung[1384] entsprechen und im Übrigen zu hohe Hürden für das Eingreifen von Art. 5 Abs. 1 KG aufstellen. Es ist deshalb zu betonen, dass die Prüfung der Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand von quantitativen Kriterien umso bedeutsamer ist, je weniger eine Abrede nach qualitativen Kriterien als schwerwiegend angesehen wird. Das gleiche gilt umgekehrt für die Bedeutung der qualitativen Kriterien, je weniger eine Abrede nach quantitativen Kriterien als schwerwiegend anzusehen ist.

1273. In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass auch die Prüfung der Erheblichkeit in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe oben Rz 1184 f.), reicht es daher aus, wenn die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung nach alter Praxis annehmen, dass die Wettbewerbsabrede mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erheblich ist.

a. Qualitative Kriterien

1274. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.[1385]

1275. In casu ist bei der Bewertung der Gesamtabrede, welche als horizontale Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren ist, zunächst zu berücksichtigen, dass sie auf den Abschluss von Einzelsubmissionsabreden gerichtet ist. Diese Einzelsubmissionsabreden sind als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden zu qualifizieren. Dabei ist in der Lehre und der Rechtsprechung unbestritten, dass Preisabreden negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.[1386] Im Einklang damit gehen sowohl die WEKO wie auch die Europäische Kommission davon aus, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist. Schliesslich kann auch auf die Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis im Strassen- und Tiefbaugewerbe verwiesen werden (siehe dazu Rz 1052 ff.). Die dortigen Feststellungen bestätigen, dass der Preis für den Wettbewerb zwischen Strassen- und Tiefbauunternehmen von entscheidender Bedeutung ist. Da die Gesamtabrede den Preiswettbewerb ausschalten will, ist sie als qualitativ schwerwiegend anzusehen.

1276. Darüber hinaus wohnt der Gesamtabrede auch deshalb ein besonders hohes Schädigungspotential inne, da sie auf die Aufteilung des Markts nach Geschäftspartnern gerichtet ist. Solche Aufteilungen sind deshalb volkswirtschaftlich besonders schädlich, da sie es erlauben, unrentable Kapazitäten zu erhalten; dies führt – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.[1387]

1277. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Gesamtabrede, welche selbst die Zuteilung von Märkten nach Geschäftspartnern vorsah und welche bei ihrer Umsetzung zwangsläufig Preisabreden zur Folge haben musste, in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

b. Quantitative Kriterien

1278. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt, ist der aktuelle bzw. tatsächliche sowie der potentielle Wettbewerb zu beurteilen. Dabei dürfen – zumindest bei einer nach qualitativen Kriterien schwerwiegenden Abrede – gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu hohe Anforderungen an die Prüfung nach quantitativen Kriterien gestellt werden. Grundsätzlich reicht das Vorliegen eines bestimmten Marktanteils aus sowie dass die Abrede teilweise umgesetzt wurde (siehe oben Rz 1272). Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs zu prüfen, ist der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Für diese Beurteilung kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Hier sei bloss Folgendes ausgeführt:

[1382] BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 735), *Buchpreisbindung*.
[1383] Vgl. Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 6, *Altimum SA/WEKO*. Das BVGer spricht in diesem Urteil vom Erfordernis einer «double notabilité».
[1384] Vgl. 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 8.7.2016).
[1385] Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.
[1386] Vgl. RPW 2010/4, 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.
[1387] RPW 2015/2, 233 Rz 246, *Tunnelreinigung*, m.w.H.

(i) Relevanter Markt

1279. Für die Gesamtabrede über die Zuteilung der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ist, wie bereits erläutert, der Markt für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und im Zeitraum zwischen 2002 und Mitte 2009 relevant (siehe oben Rz 1228 ff.).

(ii) Tatsächlicher Aussenwettbewerb

1280. Hinsichtlich des im sanktionsrelevanten tatsächlich bestehenden Aussenwettbewerbs kann zunächst auf die obigen Ausführungen zum aktuellen Aussenwettbewerb im Zusammenhang mit der Widerlegung der Beseitigungsvermutung verwiesen werden (siehe oben Rz 1253 ff,). Wiederholt sei an dieser Stelle, dass davon ausgegangen werden kann, dass die acht Unternehmen im Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 einen geschätzten Marktanteil von etwa 55 % hatten. Müsste man den Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen separieren, so wäre anzunehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile der acht Unternehmen bei über 75 % im Bereich Strassenbau, ca. 55 % im Bereich Strassen- *und* Tiefbau und ca. 40 % im Bereich Tiefbau gelegen hätten. Dabei variiert die Anzahl der Wettbewerber je nach Bausparte. In jeder Bausparte wurden externe Unternehmen von allen acht Unternehmen als Konkurrenten bezeichnet (siehe oben Rz 1061 ff.).

1281. Bei der Bewertung der Marktanteile ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Anzahl der externen Konkurrenzunternehmen eher hoch ist (siehe oben Rz 779, 1062 f.) und der gemeinsame Marktanteil der externen Unternehmen eher in viele gleiche Marktanteile von externen Unternehmen zerfällt (siehe oben Rz 779). Dies spricht für eine geringere Bedeutung des externen Aussenwettbewerbs. Allerdings gilt es auch zu beachten, dass die acht Unternehmen jeweils nicht ihren gesamten Umsatz nach Zuteilungsentscheidungen erzielten (siehe oben Rz 1041 ff.). Die Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet war aber jedenfalls bei 114 MAL-Projekten im Wert von CHF 34 Mio. erfolgreich (siehe insbesondere oben Rz 681 ff.). Darüber geht aus den HA-Listen hervor, dass es zwischen 2004 und Mitte 2009 bei etwa 240 Projekten im Wert von über CHF 59 Mio. zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe oben Rz 686, 815 ff.). Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass unter diese 114 bzw. 240 Projekte nur diejenigen Projekte fallen, bei denen die Hagedorn bzw. die Bernet Bau als schutznehmendes oder schutzgebendes Unternehmen eine Offerte eingereicht hat. Es ist daher davon auszugehen, dass in Umsetzung der Gesamtabrede in noch grösserem Umfang Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden, nur konnten diese Projekte nicht immer identifiziert werden (siehe oben Rz 699).

1282. In der zeitlichen Entwicklung ist zu beachten, dass die Anzahl der Schutzvereinbarungen laut den HA-Listen von 2007 auf 2008 zunahmen und in der ersten Hälfte des Jahres 2009 halb so gross war wie im gesamten Jahr 2008 (Rz 686, 818). Dabei handelte es sich gegen Ende der Zusammenarbeit häufiger – aber nicht immer – um Vereinbarungen von Teilschutz. Soweit nachvollziehbar, wurden die Einzelsubmissionsabreden nur in wenigen Fällen durch externe Unternehmen unterlaufen. Am höchsten war die Zahl im Jahr 2008, in dem laut HA-Listen etwa 1/5 der Einzelsubmissionsabreden von externen Unternehmen unterlaufen wurden. Daraus ist allenfalls zu folgern, dass die Intensität der Zusammenarbeit gegen Ende der Kooperation leicht abnahm und der Aussenwettbewerb stärker wurde. Dabei könnte auch der Markteintritt des mittlerweile wieder aufgelösten Unternehmens Awestra eine Rolle gespielt haben, welches in der Zeit zwischen 2006 und 2009 Projekte im Wert von etwa CHF 3.2 Mio. gewonnen hat. Dessen Eintritt hat aber jedenfalls nicht dazu geführt, dass die Zusammenarbeit eingestellt wurde.

1283. In den Fällen, in denen es in Umsetzung der Gesamtabrede zu einer Einzelsubmissionsabrede kam, welche erfolgreich war, kam Aussenwettbewerb nicht zur Geltung. Hinzuweisen ist darauf, dass dies schwerwiegende Auswirkungen hat. Bezüglich der Bedeutung der Einzelsubmissionsabreden für den Wettbewerb im relevanten Markt ist zudem zu berücksichtigen, dass Einzelsubmissionsabreden immer auch Auswirkungen auf das Bieterverhalten bei anderen Submissionen haben und ihnen zudem die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent ist (siehe oben Rz 1035 ff.).[1388] Im Falle von Einzelsubmissionsabreden war Aussenwettbewerb auch nicht von vorneherein durch das Beschaffungsrecht ausgeschaltet, denn dieses lässt den Wettbewerb zwischen Anbietern im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich zu (siehe oben Rz 1049 ff.).

1284. Hinsichtlich der Umsetzung der Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und Tiefbauprojekten ist weiter Folgendes zu berücksichtigen: Das MA-System führte dazu, dass es jedenfalls hinsichtlich der 392 identifizierten MAL-Projekte im Wert von CHF 198 Mio. zumindest zu Zuteilungsversuchen kam (siehe dazu Rz 853), welche nur im Falle von Innenwettbewerb (siehe dazu unten Rz 1291) sowie bei bestehendem Aussenwettbewerb nicht erfolgreich waren. Darüber hinaus wurden auch bezüglich der 358 nicht identifizierten MAL-Projekte teilweise Interessen geltend gemacht, was den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe oben Rz 609, 626, 809 ff.). Dabei war 78 % der im DOP dokumentierten öffentlichen Nachfrage der Kantone St. Gallen und Schwyz, der Gemeinden im Untersuchungsgebiet sowie des Bezirks March nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen zwischen 2004 und Mitte 2009 in den MA-Listen aufgeführt. Die statistische Analyse ergab weiter, dass die acht Unternehmen 69 % des Gesamtauftragswertes aller identifizierten MAL-Projekte für sich verbuchten (CHF 137 Mio. von CHF 198 Mio.). In all diesen Fällen wurde zumindest versucht, Wettbewerb durch andere als die acht Unternehmen auszuschliessen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Anzahl der für die MA-Listen gemeldeten Projekte von 2007 bis Mitte 2009 zurückging, dass aber noch im Jahr 2009 etwa 100 Projekte im Wert von etwa CHF 60 Mio. für die Listen gemeldet worden waren (siehe oben Rz 795, 801).

[1388] Vgl. auch RPW 2015/2, 69 Rz 251, *Tunnelreinigung*.

1285. Zu beachten ist auch die Erfolgsquote (siehe oben Rz 793 ff). Danach ist erwiesen, dass bezüglich der identifizierten MAL-Projekte, hinsichtlich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind und die in der MAL-Periode durchgeführt wurden (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), eine Erfolgsquote von 77 % bestand. Das heisst, dass in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. In diesen Fällen vermochte der Aussenwettbewerb eine planmässige Umsetzung der Gesamtabrede also nicht zu verhindern.

1286. Kommt hinzu, dass die Analyse des Bieterverhaltens anhand des Variationskoeffizienten und des relativen Distanzmasses ergeben hat, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen betreffend die DOP-Projekte vor Mitte 2009 grundlegend vom Bieterverhalten der acht Unternehmen nach diesem Zeitpunkt betreffend die DOP-Projekte unterscheidet, was auf die Gesamtabrede zurückzuführen ist (siehe dazu Rz (i) ff. sowie Act. n° [...], Rz 72 ff.). Dies zeigt, dass der Aussenwettbewerb in der MAL-Periode nicht im gleichen Masse gewirkt hat wie in der Post-MAL-Periode.

1287. Das EO-System war primär nur darauf gerichtet, Konkurrenz durch die Teilnehmer der MA-Sitzungen zu verhindern. Da die Beweiswürdigung aber ergeben hat, dass das EO-System erfolgreich umgesetzt worden ist, ist zugleich anzunehmen, dass kein nennenswerter Wettbewerb durch andere als die acht Unternehmen bestanden hat. Andernfalls hätte nicht in der Regel dasjenige der acht Unternehmen auch den Auftrag erhalten, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht und seine Eigenofferte für die EO-Listen gemeldet hat (siehe dazu oben Rz 991 ff.). Dem EO-System war dabei die Gefahr inhärent, dass es zu Preiserhöhungen führte (siehe dazu Rz 1035).

1288. Zuletzt ist für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs bedeutsam, in welchem Verhältnis der Wert der für die beiden Systeme gemeldeten Projekte zu dem gesamten Marktvolumen steht. Denn aus diesem Verhältnis geht hervor, inwiefern die acht Unternehmen zumindest versucht haben, Aussen- und auch Innenwettbewerb auszuschliessen. Das Marktvolumen betrug in den Jahren 2006 bis 2008 insgesamt etwa CHF 218 Mio. (siehe oben Rz 1257). Für diesen Zeitraum konnten von den MA-Listen jedenfalls Projekte im Wert von CHF 116.5 Mio. identifiziert werden (siehe oben Rz 801). Des Weiteren ist anzunehmen, dass die acht Unternehmen pro Jahr Projekte mit einem ungefähren Gesamtwert von CHF 10 Mio. für die EO-Listen meldeten (siehe oben Rz 910). Damit wurden zwischen 2006 und 2008 ungefähr 67 % des Marktvolumens (CHF 146.5 Mio. von CHF 218 Mio.) den beiden Zuteilungssystemen zugeführt. Bei mindestens 67 % des Marktvolumens versuchten die acht Unternehmen also den Wettbewerb zwischen den Anbietern auszuschliessen.

1289. Aus alledem ergibt sich, dass die Teilnehmer der Gesamtabrede einen nicht unbedeutenden Marktanteil hatten und dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems funktionierte und einen grossen Anteil des gesamten Marktvolumens betraf. Damit ist die Abrede auch nach quantitativen Kriterien als besonders schwerwiegend anzusehen.

1290. Würde man den Aussenwettbewerb bezüglich der drei Teilmärkte Strassenbau, Strassen- *und* Tiefbau sowie Tiefbau quantifizieren wollen, so würde dies zum selben Ergebnis führen. Insbesondere im Bereich Strassenbau wäre der Aussenwettbewerb dann in noch grösserem Masse ausgeschlossen. Sowohl im Strassen- und Tiefbaumarkt als auch im Tiefbaumarkt wären die Marktanteile der acht Unternehmen zwar kleiner, aber immer noch ausreichend gross (siehe oben Rz 1257). Es liegen zudem keine Hinweise vor, dass es in den Teilmärkten nicht zu einer Umsetzung kam. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es bei Projekten, bei welchen Strassen- und Tiefbauleistungen anfielen, stets der Mitwirkung eines Strassenbauunternehmens bedurfte (siehe oben Rz 787, Fn 977), weshalb die acht Unternehmen bezüglich dieses Leistungsteils nur Strassenbauunternehmen gleichwertige Konkurrenz darstellten. Zu beachten ist auch, dass nach dem Beweisergebnis 60–80 % der in den MA-Listen aufgeführten Projekte als Projekte zu qualifizieren waren, bei welchen Belags- und/oder Pflästerungsarbeiten, mithin Strassenbauarbeiten, durchgeführt wurden (siehe oben Rz 805). Damit koordinierten sich die acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems ohnehin vornehmlich bezüglich solcher Projekte, hinsichtlich derer sie als Strassenbauunternehmen eine starke Stellung im Markt innehatten.

(iii) Tatsächlicher Innenwettbewerb

1291. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems durch eines oder mehrere der acht Unternehmen systematisch unterlaufen wurde.

1292. Vielmehr ist bewiesen, dass bezüglich der identifizierten MAL-Projekte, hinsichtlich derer in den MA-Listen und den HA-Listen Eintragungen vorhanden sind und die in der MAL-Periode durchgeführt worden sind (diese trifft auf 193 MAL-Projekte mit einem Gesamtwert von CHF 62.3 Mio. zu), eine Erfolgsquote von 77 % bestand (siehe oben Rz 793 ff). Das heisst, dass in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war. Die Einhaltungsquote lage noch höher, nämlich bei 83 % (siehe oben Rz 836 f.). Soweit es eine erfolgreiche Umsetzung der Festlegungen gab bzw. eine Festlegung umgesetzt, aber von einem dritten Unternehmen unterlaufen wurde, vermochte der Innenwettbewerb eine Beseitigung des Wettbewerbs bei der einzelnen Submission also nicht zu disziplinieren. Im Rahmen des MA-Systems bestand nur insoweit Innenwettbewerb, als die acht Unternehmen ein Projekt mitunter «freigegeben» haben, wenn ein unüberbrückbarer Interessenskonflikt zwischen mindestens zwei der acht Unternehmen bestand (siehe z. B. oben

Rz 343). In diesem Fall durften die acht Unternehmen ihre Offerten «frei» eingeben, was bedeutete, dass kein Unternehmen mittels Stützofferten zu schützen war. Soweit das MA-System aber zu einer erfolgreichen Zuteilung führte, bestand hingegen kein Innenwettbewerb.

1293. Auch zeigt die statistische Analyse des Bieterverhaltens anhand des Variationskoeffizienten und des relativen Distanzmasses, dass sich das Bieterverhalten der acht Unternehmen betreffend die DOP-Projekte vor Mitte 2009 grundlegend vom Bieterverhalten der acht Unternehmen nach diesem Zeitpunkt betreffend die DOP-Projekte unterschied (siehe dazu Rz (i) ff.). Dies zeigt, dass auch der Innenwettbewerb in der MAL-Periode nicht dazu führte, dass Innenwettbewerb die Gesamtabrede ausser Kraft setzte.

1294. Auch hinsichtlich des EO-Systems ist bewiesen, dass kein nennenswerter Innenwettbewerb bestand. Denn es ist beweismässig erstellt, dass in der Regel dasjenige der acht Unternehmen, welches als erstes die Eigenofferte erstellt hatte und diese für die EO-Listen gemeldet hatte, den Auftrag plangemäss auch erhalten hat (siehe oben Rz 991 ff.). Hinzuweisen ist darauf, dass der Innenwettbewerb auch nicht durch das Verhalten der privaten Bauherren ausgeschlossen wurde, welche bisweilen gar keine zweite Eigenofferte einholten. Denn wenn das EO-System nicht bestanden hätte, so hätte das angefragte Unternehmen zu befürchten gehabt, dass der Bauherr bei einer zu hohen Eingabesumme gleichwohl eine Konkurrenzofferte eingeholt hätte. Durch das EO-System hatte das Unternehmen, welches als erstes eine Eigenofferte eingereicht hatte und diese für die EO-Listen gemeldet hatte, die Sicherheit, dass es den Auftrag in der Regel auch erhält (siehe oben Rz 1051).

1295. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass die in Umsetzung der Gesamtabrede getroffenen Einzelsubmissionsabreden nicht systematisch unterlaufen wurden. Derartiges wurde von keiner der Verfahrensparteien behauptet. Die Selbstanzeigerinnen führten lediglich aus, dass die Zusammenarbeit nach dem Markteintritt der Awestra, d. h. wegen Aussenwettbewerb, ab 2006 schwieriger wurde, nicht aber weil eines oder mehrere der acht Unternehmen die Abrede unterlaufen hätte(n). Aus der Auswertung der HA-Liste ergibt sich dementsprechend auch nicht, dass die Schutzvereinbarungen systematisch unterlaufen worden sind. Nach diesen Listen wurden bei weniger als 20 von etwa 240 Fällen eine Schutzvereinbarung durch ein Unternehmen der 8er-Gruppe unterlaufen.

1296. Innenwettbewerb führte somit nur in wenigen Fällen dazu, dass die Gesamtabrede nicht umgesetzt wurde, mithin nicht funktionierte.

(iv) Potentieller Wettbewerb

1297. Bei der Prüfung des potentiellen (Aussen-)Wettbewerbs ist die Möglichkeit des Markteintritts eines anderen Unternehmens zu prüfen. Die Berücksichtigung einer solchen Möglichkeit ist nur möglich, wenn von ihr ein spürbarer Einfluss ausgeht. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde.[1389]

1298. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass Unternehmen mit Markteintritten von Unternehmen gerechnet haben. Die Parteien haben derartiges auch nicht geltend gemacht. Sie haben nur wiederholt auf die Bedeutung der Awestra verwiesen, welche 2006 auf den Markt eingetreten ist und welche dementsprechend oben im Rahmen der Prüfung des tatsächlichen Aussenwettbewerbs berücksichtigt wurde (siehe oben Rz 1280 ff.). Dieses Unternehmen ist inzwischen Konkurs gegangen.

c. Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis

1299. Nach bisheriger Praxis sind die aufgezeigten Elemente einer Gesamtwürdigung zu unterziehen. Bei der Gesamtwürdigung der genannten Umstände kann angesichts der Komplexität der multikausalen Wirtschaftsprozesse berücksichtigt werden, dass es für den Nachweis der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede ausreicht, wenn die Wettbewerbsbehörden annehmen, dass in casu das Tatbestandsmerkmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt ist (siehe oben Rz 1273).

1300. Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA- und des EO-Systems auf die Ausschaltung des (Preis-)Wettbewerbs gerichtet war und mit dem Ziel geschlossen war, sich den Markt für Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet untereinander aufzuteilen. Schon nach qualitativen Kriterien ist die Gesamtabrede damit als sehr schwerwiegend anzusehen.

1301. Entsprechend der bisherigen Praxis müsste die Gesamtabrede damit in quantitativer Hinsicht nicht besonders schwerwiegend sein (vgl. oben Rz 1272). Aus der quantitativen Analyse geht indessen hervor, dass die Teilnehmer der Gesamtabrede eine bedeutsame Marktstellung inne hatten und dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems funktionierte und einen grossen Anteil des gesamten Marktvolumens betraf. Dies würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde. Damit ist die Gesamtabrede sogar alleine nach quantitativen Kriterien als besonders schwerwiegend zu qualifizieren.

1302. Die Oberholzer hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht, die Wettbewerbsbehörden dürften nicht annehmen, dass der Gesamtabrede die Gefahr von zu hohen Preisen inhärent sei, sondern müssten zu hohe Preise nachweisen. Dies ist nicht der Fall. Das Kartellgesetz schützt in erster Linie den freien Wettbewerb und nicht vorrangig vor einem bestimmten Preisniveau. Im Übrigen sind zu hohe Preise infolge eines Kartells nie feststellbar, da dies die hypothetische Prüfung erfordern würde, wie die Preise im

[1389] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 339, *ADSL II*.

Kartellzeitraum im Untersuchungsgebiet gewesen wären, wenn es das Kartell nicht gegeben hätte. Dies ist eine nicht zu klärende Frage und damit für die Einordnung der Gesamtabrede als besonders schwerwiegende Abrede nicht zu berücksichtigen.

1303. Hinzuweisen ist darauf, dass angesichts der in casu bewiesenen Umstände sogar der Vollbeweis erbracht ist, dass die Gesamtabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigte. Denn angesichts des geschilderten qualitativen und quantitativen Ausmasses der Gesamtabrede, sind die Wettbewerbsbehörden davon überzeugt, dass die Gesamtabrede in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkte. Diese Überlegungen gelten auch für den Fall, dass von drei Teilmärkten auszugehen wäre.

B.1.5.4.3 Zwischenergebnis zur Erheblichkeit

1304. Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Gesamtabrede nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba und des Bundesverwaltungsgerichts in den Fällen Gaba und Gebro sowie BMW als erhebliche Wettbewerbsbebeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG anzusehen ist (siehe oben Rz 1267 ff.). Das Gleiche gilt, wenn die Erheblichkeitsprüfung nach den strengeren Kriterien der bisherigen Praxis durchgeführt wird (siehe oben Rz 1271 ff., 1299 ff.). Dies würde auch gelten, wenn man eine Separierung des relevanten Markts in drei Teilmärkte annehmen würde.

B.1.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

1305. 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.

1306. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.[1390] Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.[1391] Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.[1392]

1307. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.[1393] Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

1308. Anzufügen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.[1394]

1309. Die Verfahrensparteien haben keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht. Sie haben im Gegenteil das Bestehen von Abreden grösstenteils bestritten. Ein solches Bestreiten wäre aber dann nicht nachvollziehbar, wenn diese Verfahrensparteien davon ausgehen würden, dass die Abreden aus ihrer Sicht aus Effizienzgründen notwendig wären. Die Selbstanzeigerinnen sowie die Toller, welche das Bestehen der Abreden (teilweise) eingeräumt haben, haben ebenfalls keine Rechtfertigungsgründe genannt.

1310. Die Reichmuth-Gesellschaften führen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats aus, es sei aktenwidrig, anzunehmen, sie hätten keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht. Es habe für die Reichmuth-Gesellschaften, welche zu keinem Zeitpunkt an kartellrechtswidrigen Abreden beteiligt gewesen seien, nur kein Anlass bestanden, solche Gründe geltend zu machen.[1395] Der Vollständigkeit halber wollten die Reichmuth-Gesellschaften aber nun darauf hinweisen, dass eine unregelmässige Teilnahme an Sitzungen aus folgenden Gründen gerechtfertig sei: Die Sitzungen hätten der Reichmuth dazu gedient, ARGE-Partner zu finden. Zudem habe die Reichmuth bei den Sitzungen vom Strassen- und Tiefbau-know-how der übrigen Unternehmen profitieren können. Zudem wolle die Reichmuth darauf hinweisen, dass sie sich im Rahmen der Sitzungen mit Unternehmen getroffen haben, welche in Märkten aktiv gewesen seien, in denen die Reichmuth selbst nie aktiv war (Gebiet See-Gaster).

1311. Dem ist zu entgegnen, dass die Reichmuth-Gesellschaften auch mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats keine Rechtfertigungsgründe *für die Gesamtabrede und die in der folge getroffenen Einzelsubmissionsabreden* vorgebracht haben. Die von der Reichmuth genannten Gründe beziehen sich ausdrücklich nur auf die unregelmässige Teilnahme der Reichmuth an Sitzungen (siehe oben Rz 1310). Kommt hinzu, dass zwei der weiteren von der Reichmuth genannten Gründe (ARGE-Partner finden und Austausch über technisches know-how) jedenfalls nicht der vorrangige Zweck des MA- und des EO-Systems waren (siehe dazu oben Rz 620 ff., 671 ff., 949 ff., 988 ff.). Inwiefern der

[1390] RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.w.H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.
[1391] BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.
[1392] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.
[1393] Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FttH Freiburg*.
[1394] RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.
[1395] […].

von Reichmuth zuletzt genannte Grund, dass sich die Reichmuth im Rahmen der Sitzungen auch mit Unternehmen ausserhalb ihres Tätigkeitsgebiets getroffen hat, ein Rechtfertigungsgrund für die Gesamtabrede darstellen soll, ist nicht ersichtlich.

1312. Für die zuvor dargestellte Gesamtabrede sind dementsprechend keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Insbesondere kann das MA-System nicht damit gerechtfertigt werden, dass es eine Optimierung der Ausfüllung der Kapazitäten der acht Unternehmen erlaubt hätte. Denn ein derartiger Rechtfertigungsgrund würde den Zweck des Beschaffungsrechts, Wettbewerb zwischen den angebotseinreichenden Unternehmen herzustellen, gänzlich konterkarieren. Denn wäre die Berufung auf die gemeinsame Kapazitätsplanung zur Rechtfertigung der beschriebenen Zusammenarbeit zulässig, so bestünde bei den einzelnen Submissionen kein Wettbewerb mehr. Welches Unternehmen ein Projekt bekäme, wäre dann gänzlich davon abhängig, wie die Zuteilungsentscheidung durch die Gesamtheit der Unternehmen ausfiele.

1313. Eine allfällige Notwendigkeit der Abrede ist aus diesen Gründen ausgeschlossen. Zusammenfassend steht mithin fest, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.

B.1.6 Massnahmen

1314. 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 1324 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 1334 ff.).

B.1.6.1 Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung

1315. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Verhaltensalternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sowie ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.[1396]

1316. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 30. Juni 2015 mit der Walo Bertschinger AG St. Gallen, am 6. Juli 2015 mit der Bernet Bau AG sowie am 23. September 2015 mit der De Zanet AG jeweils eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 73).

1317. Die mit der Walo, der Bernet Bau sowie der De Zanet geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

Vorbemerkungen

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren «22-0438: Bauleistungen See-Gaster» zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) –zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) wird die rechtliche Würdigung im Antrag des Sekretariats soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung «22-0438: Bauleistungen See-Gaster» bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, welche das Sekretariat der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] anlässlich der Einvernahme am [4. März 2015, 9. März 2015 bzw. 13. März 2015] erläutert hat (vorläufiges Beweisergebnis), gegenüber der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] einvernehmlich und abschliessend geregelt.

d) Der Wille und die Bereitschaft von [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF […] bis CHF […] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.

f) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens der [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei

[1396] Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten der Parteien.

Vereinbarungen

1) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.

2) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen.

3) Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

4) Die [Walo, Bernet Bau bzw. De Zanet] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

1318. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Folgendes ist erläuternd zu ergänzen:

1319. Ziffer 2 der einvernehmlichen Regelung steht dem Informationsaustausch vor «rechtskräftiger» Auftragserteilung entgegen. Damit ist der Zeitpunkt gemeint, in dem der Bauherr ein Unternehmen oder eine ARGE rechtswirksam beauftragt (Zeitpunkt des Vertragsschlusses). Soweit – wie in der Regel bei Vergaben der öffentlichen Hand – eine Offerteingabefrist besteht, ist ein Austausch der genannten Informationen hingegen schon nach Ablauf der Offerteingabefrist zulässig. Dies deshalb, weil die Beschaffungsstellen von sich aus erklären, wie lange die Anbieter an die Offerte gebunden sind (vgl. Art. 18 Abs. 2 VöB). Hinzuweisen ist auch darauf, dass Ziffer 2 die Walo, die Bernet Bau sowie die De Zanet nicht daran hindert, mit anderen Unternehmen über den Preis für die Miete von Baumaschinen und/oder den Einkauf von Material (z. B. Belag) und/oder Dienstleistungen zu verhandeln und die Leistung dann zu einem bestimmten Preis zu kaufen. Dies gilt selbst dann, wenn sich das die Leistung anbietende Unternehmen möglicherweise ebenfalls für dasjenige Strassen- und Tiefbauprojekt bewerben will, für dessen Durchführung das nachfragende Unternehmen die konkrete Leistung benötigt. Festzuhalten ist jedoch, dass in solchen Fällen ausschliesslich eine Verhandlung und Vereinbarung desjenigen Preises, welcher für die nachgefragte Leistung zu zahlen ist, mit Ziffer 2 vereinbar ist. Weitere Informationen (z. B. zur Höhe der Eingabesumme oder zu weiteren Preiselementen) dürfen nach Ziffer 2 hingegen nicht ausgetauscht werden. Die Verhandlungen über den Einkauf von Teilleistungen dürfen auch nicht zum Schein und nur mit der Absicht aufgenommen werden, die Interessenslage von anderen Unternehmen hinsichtlich eines bestimmten Projekts abzuklären.

1320. Ziffer 3 der einvernehmlichen Regelung erklärt den Austausch von Informationen für zulässig, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von ARGE oder Subunternehmerverhältnissen «unabdingbar» sind. Von Ziffer 3 sind nur solche Kooperationen erfasst, welche weder eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken noch bezwecken. Ist eine solch zulässige Kooperation gegeben, so dürfen die Unternehmen die notwendigen Informationen austauschen. Notwendig in diesem Sinne sind aus Sicht der WEKO alle Informationen, welche für die Erstellung des gemeinsamen Angebots der kooperierenden Unternehmen benötigt werden. Dies bedeutet, dass die kooperierenden Unternehmen z. B. Angaben zu ihren Fähigkeiten und Kapazitäten machen dürfen, damit im Hinblick auf ein konkretes Projekt eine Einschätzung möglich ist, welche Teilleistung von welchem Unternehmen erbracht werden soll. Auch dürfen sich die beteiligten Unternehmen sodann gegenseitig den Preis nennen, welchen sie für die Erbringung ihrer Teilleistung verlangen wollen. Auch hier gilt jedoch, dass die ARGE-Verhandlungen nicht zum Schein und mit der Absicht aufgenommen werden dürfen, die Interessenslage von anderen Unternehmen hinsichtlich eines bestimmten Projekts abzuklären und/oder eine Einzelsubmissionsabrede zu ermöglichen.

1321. Ziffer 4 der einvernehmlichen Regelung erfasst nur ARGE, nicht aber Subunternehmerverhältnisse. Wenn ein echtes Subunternehmerverhältnis vorliegt, d.h. wenn ein an dem Projekt arbeitendes Unternehmen keinen Vertrag mit dem Projektträger, sondern nur mit einem das Projekt ausführenden Unternehmen hat, folgt aus Ziffer 4 keine Verpflichtung, dieses Verhältnis offen zu legen. Die Offenlegungspflicht erfordert die Bekanntgabe spätestens im Zeitpunkt der Offerteinreichung. Die Unternehmen können dem Bauherrn den Umstand, dass sie eine ARGE planen, allerdings auch früher bekannt geben (z. B. an der Baustellenbesichtigung). Der letzte Satz in Ziffer 4 stellt klar, dass die Offenlegungspflicht auch dann gilt, wenn eines der ARGE-Unternehmen einen Grossteil der Arbeit alleine erledigt, und/oder der Projektträger zwar eine Offerte einer Bietergemeinschaft akzeptiert, dies aber nur unter der Bedingung, dass die Bietergemeinschaft eine verantwortliche Person benennt, mit welcher der Projektträger die Einzelheiten der Durchführung des Projekts besprechen kann.

1322. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Gesamtabrede über die Zuteilung von im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und/oder Tiefbau-

projekten) wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung für unzulässig erklärt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

1323. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Vereinbarungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 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.[1397]

B.1.6.2 Anordnung von Massnahmen

1324. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.[1398]

1325. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass die acht Unternehmen durch die Gesamtabrede bzw. deren Umsetzung erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen verursacht haben. Soweit die acht Unternehmen bzw. deren Unternehmensträgerinnen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, sind sie dementsprechend zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen.

1326. In casu sind – soweit sie keine EVR abgeschlossen haben (siehe oben Rz 1315 ff.) – dieselben Unternehmensträgerinnen zu den im Dispositiv unter Ziffer 1. genannten Verhaltensweisen zu verpflichten wie die Unternehmensträgerinnen, welche zur Zahlung der Sanktion verpflichtet werden. Bezüglich der rechtmässigen Adressaten der Anordnungen ist dementsprechend auf die Ausführungen hinsichtlich der rechtmässigen Adressaten der Sanktionsentscheidung zu verweisen (siehe dazu unten Rz 1337 ff.).

1327. Die im Dispositiv festgehaltenen Massnahmen entsprechen inhaltlich den Vereinbarungen, welche mit der Walo, der Bernet Bau sowie der De Zanet getroffen wurden. Die dazu gemachten Erläuterungen dazu (siehe oben Rz 1319 ff.) gelten für die Anordnungen entsprechend. Diese Anordnungen stehen in unmittelbaren Zusammenhang zu den vorgeworfenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Diese Anordnungen sind verhältnismässig, da sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

1328. Dies gilt insbesondere für die Anordnung, wonach eine Offenlegungspflicht der Unternehmen bezüglich einer geplanten ARGE bestehen muss (Ziffer 1.3. des Dispositivs).[1399] Diese Offenlegungspflicht dient dazu, den Bauherren im Zeitpunkt der Offerteinreichung in den Stand zu versetzen, eindeutig zu überblicken, welche Unternehmen hinter welcher Offerte stehen. Ohne eine solche Offenlegungspflicht kann für den Bauherrn ein verzerrtes Bild der aktuellen Wettbewerbssituation bestehen. Durch die Pflicht zur Transparenz soll die Vergabestelle in den Stand gesetzt werden, zu erkennen, ob Mehrfachbewerbungen eines Unternehmens (etwa als alleiniger Offerent und als Mitglied einer ARGE) vorliegen. Denn Mehrfachbewerbungen können ein Hinweis darauf sein, dass die Höhe der Eingabesummen Gegenstand einer Koordination war.

1329. Es sind auch keine schutzwürdigen Gründe, insbesondere keine Effizienzgründe, ersichtlich, weshalb die Offenlegungspflicht die Verfahrensparteien unzumutbar beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, obwohl die Offenlegungspflicht nicht für alle Konkurrenten der Verfahrensparteien gilt. Denn es ist nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen, welches eine geplante ARGE nicht schon bei der Offerteinreichung offenlegt, gegenüber den hier verpflichteten Unternehmen im Vorteil wäre. Etwas anderes würde allenfalls gelten, wenn ein Unternehmen mit der Nichtoffenlegung einer geplanten ARGE eine Einzelsubmissionsabrede verschleiern wollen würde. In diesem Fall entstünde die «Benachteiligung» der hier verpflichteten Unternehmen aber nicht durch Ziffer 1.3. des Dispositivs, sondern durch das wettbewerbswidrige Verhalten des anderen Unternehmens.

1330. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat die Implenia geltend gemacht, die Ziffern 1.2 und 1.3 des beantragten Dispositivs seien unrechtmässig.[1400] Ziffer 1.2 pönalisiere auch zulässiges Verhalten, da nicht festgeschrieben werde, dass der Austausch eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, sei nicht erforderlich und zudem unbestimmt. Ziffer 1.3 stehe im Widerspruch zur Praxis der WEKO (insbesondere zur Entscheidung betreffend *Kanton Zürich*), sei unverhältnismässig, verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot, missachte das Regelungsgprärogativ des Gesetzgebers und bewirke schwerwiegende Wettbewerbsnachteile für die Implenia.

1331. Die Einwände in Bezug auf Ziffer 1.2 des beantragten Dispositivs überzeugen nicht. Diese Anordnungen entsprechen der jüngsten Praxis der WEKO betreffend Submissionsfälle.[1401] Als zukunftsgerichtete Massnahmen kann die WEKO auch solche Massnahmen angeordnet werden, durch welche das in der Verfügung festgestellte Verhalten künftig verhindert wird. Dies wird mit Ziffer 1.2 des beschlossenen Dispositivs erreicht. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass das zu unterlassende Verhalten bis in das letzte Detail beschrieben wird. Es reicht vielmehr aus, wenn für den Verfügungsadressaten in der Zusammenschau mit der Verfügungsbegründung ersichtlich ist, welches Verhalten künftig zu unterlassen ist. Dies ist vorliegend der Fall, da für die

[1397] 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*.

[1398] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 177), Art. 30 KG N 58 f.

[1399] Andere Meinung: CARLA BEURET, Die Einvernehmliche Regelung im Schweizerischen Kartellrecht, 2016, 69 Rz 155.

[1400] Act. n° [...].

[1401] Vgl. Vgl. RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 193, *Tunnelreinigung*.

Implenia aus Ziffer 1.2 sowie aus der Verfügungsbegründung ersichtlich ist, dass ein Informationsaustausch, welcher wie das MA- und das EO-System auf die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten gerichtet ist, zu unterlassen ist. Wie Ziffer 1.2 des beschlossenen Dispositivs ausführt, bleibt der Informationsaustausch in bestimmten Fällen zulässig.

1332. Auch die Einwände in Bezug auf Ziffer 1.3 des beantragten Dispositivs überzeugen nicht. Zwar hat die WEKO in einer vergangenen Verfügung betreffend Einzelsubmissionsabreden eine derartige Offenlegungspflicht nicht verfügt.[1402] Vorliegend ist die Anordnung aber gleichwohl zulässig. Denn wie bereits erläutert, sind die angeordneten Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig.[1403] Vorliegend haben die Untersuchungsadressatinnen nicht nur Einzelsubmissionsabreden getroffen, sondern ein Zuteilungssystem betrieben, in dem sich die beteiligten Unternehmen wiederholt in unterschiedlichen Konstellationen betreffend die Zuteilung von einzelnen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet geeinigt haben. Zur Aufdeckung und Verhinderung eines solchen Systems sind umfassendere Massnahmen (inklusive Offenlegungspflicht) erforderlich als zur Aufdeckung und Verhinderung von vereinzelten Submissionsabreden. Damit ist auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeschlossen, da dieser die Wettbewerbskommission nur zur Gleichbehandlung von Gleichem verpflichtet: Im vorliegenden Fall geht es um die Anordnung von Massnahmen in Bezug auf eine Gesamtabrede, in der Entscheidung betreffend den Kanton Zürich ging es um die Beurteilung von Einzelsubmissionsabreden zwischen unterschiedlichen Unternehmen. Eine Verletzung des Regelungsprärogativs des Gesetzgebers vermag die WEKO auch nicht zu erkennen, da die WEKO in casu lediglich konkret-individuelle Regelungen zur Verhinderung der Wiederholung eines festgestellten Wettbewerbsverstosses erlässt, nicht aber – wie es nur der Gesetzgeber kann – generell-abstrakte Bestimmungen. Zudem stehen der Implenia durch Ziffer 1.3 auch keine unangemessenen Wettbewerbsnachteile zu befürchten (siehe oben Rz 1329).

1333. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 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.[1404]

B.1.6.3 Sanktionierung

1334. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag 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.

B.1.6.3.1 Allgemeines

1335. 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.[1405] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[1406]

B.1.6.3.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

1336. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

a. Adressat der Sanktionierung für das Verhalten des Unternehmens

1337. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.[1407]

1338. Wie bereits erläutert, haben vorliegend acht Unternehmen (De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau) eine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen (siehe oben Rz 1190 ff., 1219 ff.). Diese acht Unternehmen sind damit zu sanktionieren.

1339. Welche Unternehmensträgerinnen vorliegend jeweils für das Verhalten der Unternehmen herangezogen werden können, wurde bereits geklärt (siehe oben Rz 1128 ff., insbesondere Rz 1181). An dieser Stelle sei lediglich wiederholt, dass auch Muttergesellschaften von Unternehmensträgerinnen herangezogen werden können, wenn die Tochtergesellschaft nicht wirtschaftlich selbständig war. Dies gilt selbst dann, wenn die Muttergesellschaft nach einem Kartellrechtsverstoss gegründet wurde. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen der Tochtergesellschaft und der neu gegründeten Muttergesellschaft von Anfang an eine strukturelle Verbindung bestand; auch ist es möglich, eine neu gegründete Tochtergesellschaft zu sanktionieren, wenn diese dann das Unternehmen operativ führt (vgl. oben Rz 1143 ff.).

[1402] RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.*
[1403] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 177), Art. 30 KG N 58 f.
[1404] 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*.
[1405] Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.
[1406] BBl 2002 2022, 2034.
[1407] Statt vieler: JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

1340. Wie bereits erläutert, ist anzunehmen, dass es im Ermessen der WEKO steht, die Adressaten einer Sanktionsverfügung aus den (natürlichen oder juristischen) Personen auszuwählen, welche Unternehmensträgerinnen sind.[1408]

1341. Grundsätzlich ist es danach angezeigt, nicht nur diejenige Gesellschaft, welche ein Unternehmen operativ betrieben hat, für die Zahlung der Sanktion heranzuziehen, sondern auch deren jeweilige Muttergesellschaft zu verpflichten. Wie das Bundesverwaltungsgericht zuletzt festgehalten hat ist dies zulässig, da die oberste Muttergesellschaft die Wirtschaftskraft des gesamten Konzerns verkörpert, welche aufgrund der gesetzlichen Sanktionsordnung im Einzelfall der Berechnung der Sanktion zugrunde liegt, und dass die Obergesellschaft aufgrund ihrer Leistungsmacht die Umsetzung der angeordneten Massnahmen durch einzelne Konzerngesellschaften sicherzustellen hat.[1409]

1342. In casu ist hingegen zu beachten, dass das Sekretariat die Untersuchung nicht gegen alle Muttergesellschaften der Verfahrensparteien – insbesondere nicht gegen die Implenia AG, die [...] und die [...] sowie die [...] – eröffnet hat. Im Falle der [...] unterblieb die Untersuchungseröffnung, da das Sekretariat erst spät von der Existenz und der Bedeutung dieser Gesellschaften erfuhr. Eine nachträgliche Untersuchungseröffnung gegenüber den genannten Muttergesellschaften, welche Voraussetzung für die Sanktionierung dieser Gesellschaften wäre, würde den Abschluss des Verfahrens verzögern. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot haben die Wettbewerbsbehörden daher darauf verzichtet, das Untersuchungsverfahren nachträglich auf die genannten Muttergesellschaften auszuweiten.

1343. Da damit in casu die genannten Muttergesellschaften nicht ins Recht gefasst werden, folgt aus dem Gleichbehandlungsgebot, dass auch die ANOBA Holding AG als nicht operativ handelnde Muttergesellschaft der OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie der OBERHOLZER Immobilien AG vorliegend nicht zu sanktionieren ist. Aus dem Gleichbehandlungsgebot folgt demgegenüber nicht, dass die Hagedorn AG nicht als Muttergesellschaft für das Verhalten der Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 herangezogen werden kann. Denn die Hagedorn AG ist gerade eine operativ handelnde Strassen- und Tiefbaugesellschaft.

1344. Im Fall der Reichmuth liegt der Fall wiederum anders, da hier die Gebr. P. und J. Reichmuth AG zur Zeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung die operativ handelnde Gesellschaft war und nunmehr als Holding-Gesellschaft fungiert. Hier rechtfertigt sich die Heranziehung der Gebr. P. und J. Reichmuth AG, weil sie zur Zeit des Kartells die Strassen- und Tiefbauunternehmung operativ betrieben hat. Die Heranziehung der 2013 gegründeten Tochtergesellschaft, der Reichmuth Bauunternehmung AG ist sachgerecht, weil diese Gesellschaft nun operativ die Unternehmung betreibt, die Substanz der Bauunternehmung im Eigentum dieser Gesellschaft steht und zudem die Sanktionierung dieser Gesellschaft zur Abschreckung notwendig ist.

1345. Hieraus ergibt sich, dass folgende juristische Personen jeweils für das Handeln der Unternehmen zu sanktionieren sind:

- De Zanet AG für das Unternehmen De Zanet,
- Hagedorn AG für das Unternehmen Hagedorn,
- OBERHOLZER Bauleistungen AG und OBERHOLZER Immobilien AG für das Unternehmen Oberholzer,
- Implenia Schweiz AG für das Unternehmen Batigroup/Implenia,
- Walo Bertschinger AG St. Gallen für das Unternehmen Walo,
- Reichmuth Bauunternehmung AG und Gebr. P. und J. Reichmuth für das Unternehmen Reichmuth,
- Toller Unternehmungen AG für das Unternehmen Toller und
- Bernet Bau AG und Hagedorn AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 sowie Bernet Bau AG für das Verhalten des Unternehmens Bernet Bau zwischen dem 7. Dezember 2008 und Mitte 2009.

1346. Bezüglich der ANOBA Holding AG, gegen welche die Untersuchung ebenfalls eröffnet wurde, ist das Verfahren einzustellen.

b. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

1347. 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 im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.[1410]

1348. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzes

[1408] RPW 2015/2, 297 Rz 270, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 72, *ADSL II*.
[1409] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 73, *ADSL II*.
[1410] 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.

wortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.[1411] Die bisherige Praxis der WEKO geht denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.[1412] Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben dies bestätigt.[1413]

1349. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Rz 1218 ff., 1266 ff.).

B.1.6.3.3 Vorwerfbarkeit

1350. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1414], welcher das Bundesverwaltungsgericht gefolgt ist[1415], stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

1351. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.[1416] Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.[1417] Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.[1418]

1352. Da das sanktionierbare Rechtssubjekt im KG das «Unternehmen» ist, muss diesem der KG-Verstoss im zuletzt genannten Sinne vorgeworfen werden können. Ein Unternehmen ist allerdings ein (kartell-)rechtliches Konstrukt, welches nicht selbst, sondern nur durch natürliche Personen handeln kann. Das gleiche gilt für die Gesellschaften, welche ein Unternehmen betreiben und welche ebenfalls nur durch natürliche Personen handeln können. Damit ist es für die Vorwerfbarkeit im Sinne des KG massgeblich, dass diejenigen natürlichen Personen, welche für ein Unternehmen gehandelt haben oder aber etwas unterlassen haben und dadurch einen KG-Verstoss herbeigeführt haben, vorsätzlich oder fahrlässig handelten.

1353. Nur zur Klarstellung ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es für die Vorwerfbarkeit unerheblich ist, ob derjenigen Unternehmens*trägerin*, welche zur Zahlung der Sanktion herangezogen wird, der KG-Verstoss vorzuwerfen ist. Denn wenn das Unternehmen, welchem der KG-Verstoss vorgeworfen wird, wirtschaftlich betrachtet noch besteht und die Unternehmensträgerin von ihm profitiert, so besteht dasjenige rechtliche Konstrukt noch, welches den KG-Verstoss zu verantworten hat. Die Heranziehung einer Unternehmensträgerin, welche zum Zeitpunkt des KG-Verstosses noch nicht bestand, kann damit auch nicht gegen das Schuldprinzip verstossen[1419] (siehe dazu auch oben Rz 1144).

1354. Die natürlichen Personen, welche in casu in der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 für die acht Unternehmen handelten (siehe dazu insbesondere Rz 322 ff.) und die kartellrechtswidrigen Abreden trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Vertretern von Unternehmen der gleichen Marktstufe wie dem «ihrigen» Vereinbarungen über die Zuteilung von Strassen- und Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet sowie – im Hinblick auf einzelne Submissionen – über die Preisfestsetzung sowie die Zuteilung der Submission. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass diese Abreden wettbewerbsbeseitigend oder zumindest wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend sind, ist irrelevant, handelt es sich bei diesen Elementen doch – in Übernahme der strafrechtlichen Terminologie – um objektive Strafbarkeitsbedingungen. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich. So darf das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als «bekannt» vorausgesetzt werden.

B.1.6.3.4 Bemessung

1355. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne 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 stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion 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.

[1411] BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

[1412] 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*.

[1413] Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016; Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 11.1*, BMW/WEKO*.

[1414] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Publigroupe*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[1415] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

[1416] So auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 677, *ADSL II*.

[1417] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

[1418] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1419] Vgl. auch Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 77, *ADSL II*.

1356. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG[1420] näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit[1421] und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[1422] 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.[1423]

a. Maximalsanktion

1357. 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,[1424] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[1425] Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU[1426] finden analoge Anwendung. 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.

1358. Mit Blick auf die Konzernumsätze der acht Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2013 (siehe dazu Rz 1044) ergeben sich für die acht Unternehmen die folgenden Maximalsanktionen:

	Maximalsanktion in CHF
De Zanet	[…]
Hagedorn	[…]
Oberholzer	[…]
Implenia	[…]
Walo	[…]
Reichmuth	[…]
Toller	[…]
Bernet Bau	[…]

Tabelle 31: Maximalsanktion in CHF

b. Konkrete Sanktionsberechnung

1359. 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 erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

(i) Basisbetrag

1360. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.[1427] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

[1420] Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung), SR 251.5.
[1421] Art. 2 Abs. 2 SVKG.
[1422] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.
[1423] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[1424] Vgl. BBl 2002 2022, 2037.
[1425] 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 (letzte Kontrolle am 23.11.2015).
[1426] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[1427] In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision; zuletzt abgerufen am 8.7.2015.

1361. Vorliegend endete die Zusammenarbeit der acht Unternehmen und damit die Gesamtabrede Mitte 2009 (siehe oben Rz 1068 ff.). Damit sind die Umsätze der Jahre 2006, 2007 und 2008 für die Berechnung massgebend.

(1.) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

1362. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

1363. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der acht Unternehmen auf dem Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe (zur Marktabgrenzung siehe oben Rz 1247, 1250). Die Unternehmen hatten gegenüber dem Sekretariat zunächst nur Angaben bezüglich ihrer Umsätze mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten in den Kantonen St. Gallen und Schwyz gemacht. Die Umsätze nur für das Untersuchungsgebiet (Gebiete der Bezirke See-Gaster, March und Höfe in den beiden Kantonen) konnten hingegen zunächst nicht festgestellt werden. Aufgrund der Angaben der Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats konnten die Umsätze der acht Unternehmen im Bereich Strassen- und/oder Tiefbau im Untersuchungsgebiet nunmehr ermittelt werden. Diese sind oben in Tabelle 28 aufgeführt.

1364. Soweit die Toller, die Hagedorn und die Reichmuth in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats tiefere Umsätze angegeben haben,[1428] ist dem insoweit nicht zu folgen, als Einnahmen für Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten (z. B. im Rahmen von ARGE, Subunternehmerverhältnissen oder nach Direktvergaben) in Abzug gebracht wurden. Denn die von diesen Unternehmen in Abzug gebrachten Einnahmen wurden mit Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten erzielt. Gegen die Heranziehung aller Umsätze, welche mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet erzielt wurden, für die Sanktionierung spricht nicht, dass es bei einzelnen Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten nicht zu einer Einzelsubmissionsabrede gekommen ist. Denn nach dem Wortlaut der SVKG muss für die Bestimmung des relevanten Umsatzes nicht für jedes Einzelgeschäft nachgewiesen werden, dass es von dem wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen ist. Dies würde auch dem Sinn und Zweck der Sanktionierung widersprechen. Denn die Sanktion soll nicht nur den mutmasslichen Kartellgewinn abschöpfen, sondern sie hat zusätzlich eben auch spezial- und generalpräventiven Charakter.[1429]

1365. Die Toller hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats beantragt, sie sei erneut anzuhören, wenn für die Sanktionierung – entgegen ihren jüngsten Ausführungen zum für die Sanktionierung relevanten Umsatz – höhere Umsatzzahlen zugrunde gelegt werden. Dieser Antrag wird abgelehnt. Art. 30 Abs. 2 KG gibt den Verfahrensparteien das Recht, zum Antrag des Sekretariats einmal Stellung zu beziehen. Damit ist der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt hingegen nicht, dass die Behörde das Unternehmen erneut anhört, wenn es zuungunsten des Unternehmens von dessen Vorbringen abweicht.

1366. Als Obergrenze für den Basisbetrag ergeben sich für die einzelnen Unternehmen damit folgende Sanktionen:

	Umsatz 2006-2008 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	**Massgeblicher Prozentsatz**	**Obergrenze für den Basisbetrag in CHF**
De Zanet	[…]	10 %	[…]
Hagedorn	[…]	10 %	[…]
Oberholzer	[…]	10 %	[…]
Implenia	[…]	10 %	[…]
Walo	[…]	10 %	[…]
Reichmuth	[…]	10 %	[…]
Toller	[…]	10 %	[…]
Bernet Bau	[…]	10 %	[…]

Tabelle 32: Obergrenze für den Basisbetrag

[1428] […].

[1429] Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

1367. Da einige Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend gemacht haben, der relevante Markt sei in drei Teilmärkte zu separieren, ist an dieser Stelle anzumerken, dass diese Umsatzzahlen genauso hoch wären, würde man drei Teilmärkte (Strassenbau, Strassen- und Tiefbau, Tiefbau) als relevante Märkte heranziehen.

(2.) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

1368. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

1369. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive[1430] Faktoren im Vordergrund.

1370. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.[1431]

1371. Die WEKO hat festgehalten, dass sie bei Einzelsubmissionsabreden einen Basisbetragskoeffizienten in Höhe von 10 % anwenden könne.[1432] Im Fall einer Gesamtabrede zwischen Unternehmen der Tunnelreinigungsbranche über die Zuteilung von Tunnelreinigungssubmissionen hat sie dementsprechend einen Koeffizienten in Höhe von 10 % angewandt.[1433] Zwar kommt es bei einer Gesamtabrede über die Zuteilung von Submissionen nicht zwangsläufig zur Beseitigung des Wettbewerbs und zur Zuteilung aller von der Gesamtabrede erfassten Submissionen. Allerdings ist hinsichtlich Art und Schwere des Verstosses bei einer Gesamtabrede wiederum zu berücksichtigen, dass eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche und einem Gebiet «in der Breite» schwerwiegendere soziale und volkswirtschaftliche Schäden bewirken kann als eine einzige Submissionsabrede. Denn sie hat zwingend eine Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden zur Folge. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient erst recht angemessen. Es ist daher davon auszugehen, dass bei Gesamtabreden über die Zuteilung von Submissionen grundsätzlich der höchstzulässige Prozentsatz zur Anwendung kommen sollte.

1372. Da bei der Festlegung des anzuwendenden Prozentsatzes jedoch die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände erfolgen muss, kann vorliegend nicht unberücksichtigt bleiben, dass es zu «Freigabeentscheiden» gekommen ist: mithin, dass die acht Unternehmen bei einzelnen Projekten bewusst auf eine Zuteilung des Projekts sowie die gemeinsame Festlegung der Höhe der Eingabesummen verzichtet haben (siehe oben Rz 699 f., 747 ff.). Es ist indessen nicht anzunehmen, dass wegen dieses Umstands die freigegebenen Projekte gänzlich unbeeinflusst von der Gesamtabrede und dem damit zusammenhängenden Verhalten der acht Unternehmen waren. Denn wie dargelegt, ist davon auszugehen, dass sich das Bieterverhalten auch bei «unbelasteten» Submissionen verändert, welche in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu Submissionen stattfinden, bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe dazu oben Rz 1037).

1373. Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Schwere des Kartellrechtsverstosses zu berücksichtigen, dass einzelne Unternehmen wie etwa die Oberholzer, die Reichmuth, die Toller oder die Bernet Bau im *Rahmen des MA-Systems* weniger mitarbeiteten als die anderen Unternehmen. So meldete die Bernet Bau zuletzt Anfang 2008, die Oberholzer zuletzt im Jahr 2006, die Reichmuth zuletzt im Jahr 2005 und die Toller zuletzt Anfang 2004 Projekte für die MA-Listen (siehe oben Rz 561). Auch konnten keine Projekte aus dem Jahr 2009 identifiziert werden, bei denen Einzelsubmissionsabreden zugunsten der Toller und der Bernet Bau getroffen wurden (siehe oben Rz 747 ff.).

1374. Zu Lasten der Parteien ist indessen zu berücksichtigen, dass es in Umsetzung der Gesamtabrede zu einer Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden betreffend Strassen- und Tiefbausubmissionen im Untersuchungsgebiet kam (siehe oben Rz 747 ff.). Hinsichtlich der Quantifizierung dieser Einzelsubmissionsabreden wurden bereits mehrfach Ausführungen gemacht und festgehalten, dass die genaue Anzahl und der Wert dieser Projekte nicht beziffert werden können, da nicht alle Strassen- und Tiefbauprojekte, bei denen es zu Einzelsubmissionsabreden kam, identifiziert werden konnten. Nur aus den HA-Listen ergibt sich aber schon, dass alleine im Zeitraum zwischen 2004 und Mitte 2009 betreffend etwa 240 Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet im Wert von über CHF 59 Mio. Einzelsubmissionsabreden getroffen wurden. Dabei betrafen diese Abreden nur solche, an denen die Hagedorn

[1430] D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.
[1431] Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.
[1432] RPW 2013/4, 622 Rz 966, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1433] RPW 2015/2, 239 Rz 296, *Tunnelreinigung*.

bzw. die Bernet Bau schutzgebend oder schutznehmend beteiligt waren. Dabei ist erwiesen, dass auch Einzelsubmissionsabreden ohne Beteiligung der Hagedorn und/oder der Bernet Bau stattfanden. Darüber hinaus konnten weitere Projekte identifiziert werden, bezüglich derer es zu Einzelsubmissionsabreden kam (siehe oben Rz 701 ff.). Bezüglich der Auswirkungen dieser Einzelsubmissionsabreden ist auch zu berücksichtigen, dass Einzelsubmissionsabreden die Gefahr von Preiserhöhungen inhärent ist (siehe oben Rz 1036).

1375. Weiter ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die acht Unternehmen im Rahmen des MA- und des EO-Systems einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit damit institutionalisiert haben (vgl. Rz 534 ff., 593 ff., 671 ff., 854 ff., 919 ff., 988 ff., 1031 ff.). Dabei wurden in grossem Umfang Projekte diesen Zuteilungssystemen «zugeführt». Im Rahmen des MA-Systems wurden zwischen 2004 und Mitte 2009 – dem Auftragswert nach – mindestens 78 % aller im DOP dokumentierten Submissionen der Kantone St. Gallen und Schwyz und der Gemeinden im Untersuchungsgebiet sowie des Bezirks March besprochen (CHF 108.1 Mio. von CHF 138.2 Mio., siehe oben Rz 799). Insgesamt wurden dem MA-System in den Jahren 2004 bis Mitte 2009 Projekte im Wert von ca. CHF 198 Mio. «zugeführt» (siehe oben Rz 798). Im EO-System wurden jährlich Projekte im Wert von etwa CHF 10 Mio. geführt und damit dessen Schutz unterstellt (siehe Rz 906 ff.). Unter Zugrundelegung des Marktanteils der acht Unternehmen auf dem Strassen- und Tiefbaumarkt im Untersuchungsgebiet (ca. 55 %) sowie ihrer Umsatzangaben für die Jahre 2006–2008 kann somit angenommen werden, dass in den beiden Zuteilungssystemen zwischen 2006 und 2008 mindestens 67 % des Marktvolumens dieser Jahre geführt war (vergleiche Rz 1288) und dementsprechend in diesem Umfang zumindest der konkrete Versuch einer Zuteilung unternommen worden war. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht.

1376. Mit Blick darauf, dass Einzelsubmissionsabreden sowie deren erfolgreiche Umsetzung in grossem Ausmass nachgewiesen werden konnten, ist gezeigt, dass die Gesamtabrede über die Zuteilung von Submissionen im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems erfolgreich umgesetzt wurde. Dies illustriert auch die Erfolgsquote, wonach in 77 % der Fälle dasjenige der acht Unternehmen den Zuschlag für das MAL-Projekt erhalten hat, welches laut MA-Listen (mit) das höchste Interesse an dem Projekt geltend gemacht hat und/oder welches laut den HA-Listen als schutznehmendes Unternehmen bestimmt war (siehe oben Rz 793 ff). Auch das EO-System hat dazu geführt, dass in der Regel dasjenige Unternehmen, welches eine Eigenofferte erstellt und diese für das EO-System gemeldet hat, das betroffene Projekt auch erhielt. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht.

1377. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist weiter zu berücksichtigen, ob der KG-Verstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurden die Verstösse vorsätzlich begangen (siehe oben Rz 1354), was wiederum eine Orientierung im oberen Sanktionsrahmen rechtfertigt.

1378. Mit Blick auf diese Umstände erschien dem Sekretariat ein Prozentsatz von 8 % angemessen.[1434] Die WEKO ist allerdings zum Ergebnis gekommen, dass die Tatsache, dass es nicht zu einer flächendeckenden Umsetzung der Gesamtabrede gekommen ist, bei der Sanktionierung stärker zu berücksichtigen ist. Zwar ist vorliegend eine Gesamtabrede nachgewiesen, welche volkswirtschaftlich und sozial schädlicher ist als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede. Da aber nicht anzunehmen ist, dass alle Einnahmen der acht Unternehmen für die Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauarbeiten unmittelbar auf dem kartellrechtswidrigen Verhalten basieren, ist abweichend von der Einschätzung des Sekretariats ein Prozentsatz von 7 % für die Berechnung des Basisbetrags heranzuziehen. Wäre es zu einer noch stärkeren Umsetzung gekommen, so könnte ein Prozentsatz von über 7 % zugrunde gelegt werden.[1435]

1379. In den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats machen die Unternehmen teilweise geltend, der Umstand, dass sie nur eine geringe Kartellrente erzielte haben könnten, sei bei der Festlegung des Basisbetragskoeffizienten zu berücksichtigen.[1436] Auch seien die Preise im Untersuchungsgebiet nicht zu hoch gewesen.[1437] Derartige Umstände sind bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen. Denn die Prüfung dieser Umstände würde die Feststellung erfordern, wie hoch die Gewinne bzw. die Preise gewesen wären, wenn es in der massgeblichen Zeit im Untersuchungsgebiet kein Kartell gegeben hätte. Dies ist gerade nicht feststellbar. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass durch Kartelle teilweise «nur» Überkapazitäten gesichert werden und die Kartelltäter trotz Kartell keine oder nur sehr geringe Gewinne erzielen.

1380. Damit ergibt sich für die acht Unternehmen der folgende Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

[1434] Act. n° [...], Rz 1145 ff. des Antrags.
[1435] Vgl. etwa RPW 2015/2, 239 Rz 290 ff., *Tunnelreinigung*.
[1436] […].
[1437] Act. n° [...].

	Umsatz 2006-2008 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
De Zanet	[…]	7 %	[…]
Hagedorn	[…]	7 %	[…]
Oberholzer	[…]	7 %	[…]
Implenia	[…]	7 %	[…]
Walo	[…]	7 %	[…]
Reichmuth	[…]	7 %	[…]
Toller	[…]	7 %	[…]
Bernet Bau	[…]	7 %	[…]

Tabelle 33: Basisbetrag aller Unternehmen

(ii) Dauer des Verstosses

1381. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

1382. Vorliegend werden die acht Unternehmen für die Gesamtabrede sanktioniert, welche mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Wie bereits erläutert, bestand die Gesamtabrede zwischen den acht Unternehmen ununterbrochen jedenfalls zwischen 2002 und Mitte 2009 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (siehe oben zusammenfassend Rz 1068 ff. sowie Rz 1194 ff., 1200 ff.). Damit dauerte die Abrede mindestens achteinhalb Jahre.

1383. Für die Berücksichtigung der Dauer der Gesamtabrede ist es unerheblich, dass diese durch Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Denn auch wenn diese Einzelsubmissionsabreden zeitlich nur zwischen der Vereinbarung und der Vergabe des Projekts bestanden und wirkten (siehe oben Rz 1200), so wäre es doch «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.[1438] Wie bereits erläutert, ist die Gesamtabrede daher als Dauerverstoss zu sehen (siehe oben Rz 1200 ff.).

1384. Da diese Dauerabrede erst ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Mitte 2009 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von fünf Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Massgaben ist damit eine Erhöhung des Basisbetrags um 50 % angemessen.

1385. Die Bernet Bau, die Oberholzer und die Toller machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats geltend, ein Dauerzuschlag in Höhe von 50 % sei zu hoch.[1439] Die Bernet führt aus, beim Dauerzuschlag sei die verringerte Teilnahme der Bernet Bau in den Jahren 2008 und 2009 am MA-System zu berücksichtigen. Die Oberholzer meint, ein Dauerzuschlag sei unzulässig, da das Sekretariat Einzelsubmissionsabreden in einer Gesamtabrede bündele und bei Einzelsubmissionsabreden kein Dauerzuschlag erhoben werde. Zudem werde der Umstand, dass wegen des MA- und das EO-Systems eine Institutionalisierung vorliege, bei der Sanktionsbemessung doppelt berücksichtigt, nämlich bei der Bestimmung von Art und Schwere der Tat und bei der Festlegung des Dauerzuschlags. Auch die Toller verweist darauf, dass bei Einzelsubmissionsabreden kein Dauerzuschlag erhoben werden könne.

1386. Der Einwand der Bernet Bau überzeugt nicht, da der Umstand, dass nicht jedes der acht Unternehmen bis Mitte 2009 gleichermassen am MA-System mitarbeitete bereits bei der Feststellung der Art und Schwere des Verstosses berücksichtigt wurde (siehe oben Rz 1373). Auch der Verweis der Oberholzer und der Toller auf Entscheidungen der WEKO zu Submissionsabredefällen überzeugt nicht. Denn soweit sie auf Fälle verweisen, in denen Einzelsubmissionsabreden festgestellt wurden, liegen gar keine vergleichbaren Sachverhalte zugrunde. Denn vorliegend ist nachgewiesen, dass zwischen 2002 und Mitte 2009 ein einheitlicher Zweck vorlag, welcher wiederholt mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Gemäss Praxis der WEKO ist bei einer Dauergesamtabrede demnach ein Dauerzuschlag zu erheben.[1440] Auch der Einwand der Oberholzer, es würden Umstände doppelt berücksichtigt, ändert daran nichts. Denn der Umstand, dass eine Institutionalisierung vorliegt, ist überhaupt nicht identisch mit dem

[1438] RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.
[1439] […].
[1440] RPW 2015/2, 240 Rz 297 f., *Tunnelreinigung*; RPW 2013/2, 201 Rz 305 ff., *Abrede im Speditionsbereich*.

Umstand, dass die acht Unternehmen dauerhaft zusammen gearbeitet haben. Dies zeigt sich darin, dass eine hohe Institutionalisierung auch bei sehr kurzzeitigen Kartellen möglich wäre und umgekehrt eine dauerhafte Zusammenarbeit vorliegen könnte, ohne dass die Zusammenarbeit in besonderem Masse insitutionalisiert wäre.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

1387. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Zunächst wird auf erschwerende Umstände, sodann auf mildernde Umstände eingegangen. Dabei wird nur auf Umstände eingegangen, welche Anlass zu Erhöhung bzw. Reduktion geben könnten.

(1.) Wiederholter Verstoss (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG)

1388. Entsprechend der Praxis der WEKO wäre es gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG grundsätzlich möglich, pro Unternehmen die Häufigkeit der Beteiligung an Einzelsubmissionsabreden zu berücksichtigen.[1441] Eine solche Erhöhung wäre in casu nicht deshalb ausgeschlossen, weil eine Gesamtabrede vorliegt und weil für diese bereits die Dauer ihrer Geltung und Wirkung berücksichtigt wurde. Denn mit der Erhöhung der Sanktion wegen der Häufigkeit der Beteiligung an Einzelsubmissionsabreden wird insbesondere das Ausmass der Abgabe von Stützofferten berücksichtigt, welche zu Wettbewerbsbeschränkungen beitragen, ohne dass das Unternehmen, welches eine Stützofferte einreicht, einen eigenen Umsatz generiert.[1442] In casu ist eine Berücksichtigung dieses Umstands jedoch deshalb ausgeschlossen, weil die Wettbewerbsbehörden nicht alle Projekte identifizieren konnten, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam (siehe oben Rz 699). Insbesondere können nicht die sich aus den HA-Listen ergebenden Einzelsubmissionsabreden herangezogen werden, da an diesen immer die Hagedorn oder die Bernet Bau beteiligt waren. Da keine Aussage darüber getroffen werden kann, wie oft jedes der acht Unternehmen genau an Einzelsubmissionsabreden beteiligt war, ist der Basisbetrag insoweit auch nicht zu erhöhen.

(2.) Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG)

1389. Für keines der acht Unternehmen ist anzunehmen, dass es eine führende oder anstiftende Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG hatte. Dies gilt insbesondere auch für die De Zanet, obwohl sie Listenführerin war (siehe dazu insbesondere Rz 554 ff., 574 ff., 582 f., 593 ff.). Denn die De Zanet hatte damit lediglich eine administrative Rolle, welche sie im Namen und Interesse aller acht Unternehmen wahrnahm. Die Sanktion der De Zanet ist damit nicht nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG zu erhöhen.

(3.) Vergeltungsmassnahmen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG)

1390. Die Toller hat angegeben, es sei möglich, dass die Implenia sie für die (angebliche) Nichtteilnahme an den MA-Sitzungen mit einer Erhöhung des Belagspreises sanktioniert habe (siehe oben Rz 485, 617). Derartiges ist jedoch nicht bewiesen (siehe oben Rz 503 f.), so dass auch keine Erhöhung der Sanktion der Implenia nach Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG angezeigt ist.

(4.) Kooperatives Verhalten

1391. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken (siehe oben Rz 122). Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Bonusmeldung spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt (siehe dazu unten Rz 1405 ff.).

1392. Jedenfalls der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt (siehe dazu Rz 1393 ff.). Eine sonstige Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden, welche nicht im Rahmen einer Bonusmeldung erfolgt, ist hingegen allenfalls mildernd zu würdigen, wenn eine Partei einen massgeblichen Beitrag zum Nachweis eines sanktionierbaren Kartellrechtsverstosses erbringt (siehe dazu Rz 1396 ff.).

1393. Bezüglich des Umfangs der Milderung beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gilt, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer solchen Regelung grundsätzlich eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.[1443]

1394. Vorliegend haben die Walo, die Bernet Bau sowie De Zanet mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (siehe oben Rz 1315 ff.). Die einvernehmliche Regelung wurde vor dem Versand des Antrags an die Parteien abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren wesentliche Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebögen, etc.) bereits erledigt, auch waren wesentliche Arbeiten am Antrag des Sekretariats bereits fertig gestellt. Ohnehin konnte vorliegend der Begründungsaufwand bei der Verfassung des Antrags nicht wesentlich reduziert werden, weil die Mehrheit der Unternehmen keine einvernehmliche Regelung geschlossen haben. Zu berücksichtigen ist aber, dass es wegen der einvernehmlichen Regelung zu einer Verringerung des Aufwands der Wettbewerbsbehörden für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren kommt, weil die Wettbewerbsbehörden erwarten, dass die Parteien, welche eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, keine Beschwerde gegen eine allfällige Verfügung der WEKO einlegen werden.

[1441] RPW 2013/4, 625 Rz 977 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1442] Vgl. RPW 2013/4, 625 Rz 977 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1443] Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 87. Für eine Zusammenfassung der bisherigen Praxis der WEKO siehe RPW 2013/2, 202 Rz 314 ff., *Abrede im Speditionsbereich*.

1395. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird daher für die Unternehmen Walo, Bernet Bau und De Zanet der Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsminderung in Höhe von 10 % honoriert.

1396. Hinsichtlich der Milderung wegen sonstiger Kooperation ist auf das Verhalten der Oberholzer sowie der Toller einzugehen. Beide Unternehmen haben im Laufe des Verfahrens ihre volle Kooperationsbereitschaft ausdrücklich betont.[1444]

1397. Die Oberholzer hat dabei indessen keinerlei Angaben gemacht, welche den Nachweis der vorliegenden Abreden erleichtert hätten. Insbesondere hat sie ihre Beteiligung – entgegen dem Beweisergebnis – an der Gesamtabrede sowie an Einzelsubmissionsabreden nach dem 1. April 2004 ausdrücklich abgestritten. Sie hat auch nicht zum Nachweis der Beteiligung der übrigen sieben Unternehmen an Abreden beigetragen. Damit liegt für die Oberholzer insoweit kein mildernder Umstand vor.

1398. Die Toller hat hingegen die Teilnahme an einzelnen Submissionsabreden auch nach dem 1. April 2004 eingestanden (siehe insbesondere Rz 677) und Angaben gemacht, welche für den Nachweis des Zwecks der Zusammenarbeit der acht Unternehmen von Bedeutung waren (siehe oben Rz 617 ff., 937 ff.). Nicht unberücksichtigt kann dabei aber bleiben, dass sie das Bestehen des kartellrechtswidrigen Zwecks der Gesamtabrede nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sowie ihre Beteiligung an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nach dem aus ihrer Sicht massgeblichen Verjährungszeitpunkt, dem 21. Oktober 2008 (siehe dazu unten Rz 1424 ff.), abstritt (siehe oben etwa Rz 326 ff., 617 ff., 677). Gleichwohl können die eingangs erwähnten Umstände eine Minderung des auf die Toller entfallenden Sanktionsbetrags gemäss Art. 3 und 4 SVKG um 5 % rechtfertigen.

(5.) Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

1399. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet.

1400. Die acht Unternehmen haben in casu die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor der Eröffnung der «Untersuchung See-Gaster» aufgegeben. Aus diesen Gründen erscheint vorliegend eine Milderung in Höhe von 10 % angemessen.

1401. Die Hagedorn beantragt eine höhere Reduktion, da die Einstellung so lange vor der Untersuchungseröffnung eingestellt wurde.[1445] Dem ist nicht nachzukommen, da der Grund für die Reduktion in der Aufgabe der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu sehen ist. Dies unabhängig davon, wann genau vor der Untersuchungseröffnung die Wettbewerbsbeeinträchtigung eingestellt wurde.

(6.) Passive Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG)

1402. Der Milderungsgrund der passiven Rolle wird als Gegenstück zur Anstiftung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG angesehen. Das bedeutet aber nicht, dass für eine passive Rolle schon das Fehlen einer führenden Rolle ausreicht. Darunter wird vielmehr ein Verhalten eines Unternehmens verstanden, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Darunter fällt bei Kartellen z. B. ein Unternehmen, welches Wettbewerbsbeschränkungen nur auf Geheiss der anderen durchführt, bei den vorangehenden Gesprächen, Treffen, Veranstaltungen etc. sowie am damit im Zusammenhang stehenden Brief-, Fax- und E-Mail-Verkehr jedoch nicht teilgenommen hat.[1446] Zu beachten ist, dass die mangelhafte Umsetzung einer Abrede durch einzelne Unternehmen bei der Bewertung der Schwere des Wettbewerbsverstosses zu berücksichtigen ist.[1447]

1403. Vorliegend hat keines der acht Unternehmen eine derartige passive Rolle eingenommen. Insbesondere ist bewiesen, dass alle acht Unternehmen bis zum Ende der Zusammenarbeit Mitte 2009 an den MA-Sitzungen teilgenommen, sich an der Interessensabklärung beteiligt haben und am diesbezüglichen E-Mail-Verkehr partizipiert haben (siehe oben Rz 378 ff., 534 ff., 593 ff., 671 ff.). In Bezug auf das Verhalten der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo sowie der Reichmuth konnten Projekte aus dem Zeitraum von 2004 bis Mitte 2009 identifiziert werden, bezüglicher derer diese Unternehmen Schutz erhalten haben (siehe oben Rz 747 ff.). Dies gilt nur nicht für die Toller und die Bernet Bau. Im Hinblick auf diese zwei Unternehmen konnten «nur» Projekte aus dem Zeitraum von 2004 bis Ende 2008 identifiziert werden, bezüglich derer diese Unternehmen Schutz erhalten haben (siehe oben Rz 747 ff.). Dies ist aber irrelevant, da diese beiden Unternehmen nicht gänzlich passiv handelten und sich bis Mitte 2009 am MA-System beteiligten (siehe oben Rz 514, 533, 534 ff.) und zudem nicht erkennbar ist, dass sie sich von dem MA-System distanzierten. Kommt insbesondere hinzu, dass sie – wie alle anderen der acht Unternehmen auch – im Rahmen des EO-Systems weiter Projekte meldeten und so am Schutz des EO-Systems bis zu dessen Einstellung profitierten (siehe oben Rz 919 ff., 988 ff., 1031 ff.).

1404. Die reduzierte Umsetzung der Gesamtabrede durch die Unternehmen Oberholzer, Reichmuth, Toller und Bernet Bau wurde bereits bei der Beurteilung der Schwere des KG-Verstosses berücksichtigt (siehe dazu Rz 1373 f.). Der Sanktionsbetrag ist damit nicht nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern.

[1444] Die Toller hat wiederholt umfangreiche Stellungnahmen eingereicht, in denen sie bestimmte KG-Verstösse eingestanden hat; s.a. Act. n° [...]. Für die Oberholzer s. Act. n° [...].
[1445] Act. n° [...].
[1446] BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 89.
[1447] BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1259), Art. 49a N 89.

B.1.6.3.5 Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

1405. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

a. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

1406. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder

b. Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.[1448]

1407. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

1408. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

c. es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a);

d. es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt (Bst. b);

a. seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist (Bst. c); und

b. es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d).

1409. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

b. Subsumtion und Ergebnis

(i) Implenia

1410. Die Implenia hat als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und Beweismittel vorgelegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglicht haben, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen. Denn sie hat insbesondere eine Reihe von MA-Listen sowie EO-Listen, Einladungs- und Absage-E-Mails sowie die MA-Programme eingereicht und diese erläutert. Darüber hinaus hat sie durch ihre mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige insbesondere zum Nachweis des Zwecks und der Funktionsweise des MA- und des EO-Systems sowie des Umstands, dass sie selbst sowie weitere Unternehmen an Einzelsubmissionsabreden beteiligt waren, beigetragen (siehe insbesondere oben Rz 604 ff., 929 ff.).

1411. Es liegt auch kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vor. Denn die Implenia hat weder die Toller oder ein sonstiges Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen (siehe oben Rz 1390). Die Implenia hatte auch keine anstiftende oder führende Rolle, da sie bei der Führung der EO-Listen lediglich eine administrative Rolle einnahm (siehe dazu insbesondere oben Rz 915 ff.), welche sie im Namen und Interesse aller acht Unternehmen wahrnahm.

1412. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Denn die Implenia hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abreden vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert sowie ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet. Die Implenia stellte ihre Abredetätigkeit bereits vor Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Implenia die Sanktion zu erlassen.

(ii) Walo

1413. Da die Walo als zweites Unternehmen Beweismittel vorgelegt hat, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen, kommt für sie lediglich eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 SVKG in Betracht (vgl. Rz 1409).

1414. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

1415. Diese Voraussetzungen sind für die Walo erfüllt, denn auch sie hat unaufgefordert belastende Ausführungen gemacht und Dokumente eingereicht. Auch hat sie die Mitwirkung an der Zusammenarbeit vor der Eröffnung der Untersuchung eingestellt.

[1448] So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

1416. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnehmen wird.

1417. Bei der Würdigung der Mitwirkung der Walo ist nicht unerwähnt zu lassen, dass die Walo in ihrer Selbstanzeige zunächst weder das MA- noch das EO-System beschrieb, sondern nur einzelne Submissionsabreden eingestand.[1449] Erst nachdem das Sekretariat der Walo einen Fragebogen betreffend die regelmässigen Sitzungen zugestellt hat, erläuterte die Walo die beiden Zuteilungssysteme.[1450] Bezüglich des MA-Systems führte sie später indes aus, dass es zu weit ginge, zu sagen, dass ein «Plan» bestanden habe, sich hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Strassen- und Tiefbauprojekte – wenn möglich – zu koordinieren. Hinsichtlich des EO-Systems führte sie sodann aus, dass es zwar die «Meinung» gab, dass das zweite Unternehmen eine höhere Offerte eingeben musste. Dass es hierzu aber keine Pflicht oder Zwang gegeben habe.[1451] Auch hat sie die Beteiligung an einzelnen Submissionsabreden nur bis zum 29. August 2008 eingestanden,[1452] obwohl das Beweisergebnis ergeben hat, dass die Walo bei Einzelsubmissionsabreden auch noch im Jahr 2009 als schutznehmendes Unternehmen bestimmt wurde und auch sonst an Koordinierungen beteiligt war (siehe oben Rz 702).

1418. Auf der anderen Seite kann der Walo zugutegehalten werden, dass sie durch ihre konkreten Erläuterungen zur Funktionsweise des MA- und des EO-Systems gleichwohl entscheidend zum Nachweis der MA- und der EO-Systemabrede beigetragen hat. So hat die Walo insbesondere erläutert, dass jede Geltendmachung eines Interesses im Rahmen des MA-Systems den Wunsch nach Stützofferten implizierte (siehe dazu oben Rz 611, 626, 646). Auch geht aus ihren Äusserungen hervor, dass hinsichtlich jedes aktuell werdenden MAL-Projekts letztlich eine Interessensabklärung durchgeführt wurde (siehe oben Rz 347). Daraus ist zwingend zu folgern, dass das MA-System auf die Zuteilung von MAL-Projekten gerichtet war. Die Relativierung des Zwecks des EO-Systems, es habe «nur» die «Meinung» gegeben, dass Eigenofferten zu schützen seien, war ausserdem irrelevant, da selbst daraus zu folgern ist, dass die Unternehmen die Eigenofferten im Vertrauen darauf, dass dann die Eigenofferten geschützt wurden, für die EO-Listen meldeten (siehe dazu Rz 934, 949). Insgesamt sind daher die Relativierungen durch die Walo als nicht bedeutsam anzusehen, es ist vielmehr positiv zu werten, dass sie die Angaben der Implenia – ohne Kenntnis des Inhalts der Selbstanzeige der Implenia – letztlich bestätigt hat und damit zum Nachweis der Wettbewerbsbeschränkungen in bedeutsamen Masse beigetragen hat. Die Sanktion der Walo ist damit gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG um 45 % zu reduzieren.

B.1.6.3.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

1419. Eine Sanktion muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. 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. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.[1453]

1420. […].[1454] […][1455] […]. Die Prüfung dieser Unterlagen ergab Folgendes:

1421. […].

1422. […].

1423. […].

B.1.6.3.7 Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG

1424. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr rausgeübt worden ist.

1425. Die WEKO hat festgehalten, dass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG nebst der in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist besteht. Wurde also hinsichtlich eines abgeschlossenen KG-Verstosses innerhalb von fünf Jahren seit Einstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens eine Untersuchung eröffnet, so kann der KG-Verstoss nicht mehr «verjähren».[1456]

1426. Wird vor Ablauf der fünfjährigen Frist des Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Untersuchung eröffnet, so ist die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen. Damit ist das Verhalten der Teilnehmer an einem Dauerverstoss, welches innerhalb von fünf Jahren seit Einstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens bewiesen ist, nicht isoliert von dem Verhalten zu bewerten, welches sich über fünf Jahre vor der Eröffnung der Untersuchung zugetragen hat. Denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen[1457]. Die einzelnen Akte eines Dauerverstosses werden also durch die Dauerabrede «verklammert».

[1449] Vgl. Act. n° [...].
[1450] Siehe Act. n° [...].
[1451] Act. n° [...].
[1452] Act. n° [...].
[1453] Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.
[1454] Act. n° [...].
[1455] Act. n° [...].
[1456] Vgl. RPW 2013/4, 632 Rz 1012 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[1457] Vgl. RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*; allerdings nicht in Bezug auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

1427. Hieraus folgt insbesondere, dass bei einer Dauerabrede, deren Auswirkungen innerhalb der Fünfjahresfrist nicht gleichermassen schwerwiegend sind wie diejenigen, die sich über fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung zugetragen haben, eine separate Betrachtung nicht vorgenommen werden darf. Es kommt lediglich darauf an, dass der Dauerverstoss als Ganzes sanktionierbar ist und dass er sich teilweise auch innerhalb der Fünfjahresfrist ereignet hat.

1428. Bisher ungeklärt ist, ob die Vorschrift «unternehmensbezogen» oder «tatbezogen» verstanden werden muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Sanktionierung eines Unternehmens ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchungseröffnung gegenüber diesem Unternehmen über fünf Jahre nach der Einstellung des KG-Verstosses durch dieses Unternehmen erfolgte, oder ob eine Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die erste Untersuchungseröffnung bezüglich eines eingestellten KG-Verstosses – gegenüber irgendeinem tatbeteiligten Unternehmen – über fünf Jahre nach Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung erfolgte. Der Wortlaut spricht für Letzteres. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung…»). Kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck nach eine vertrauensschützende Norm ist. Voraussetzung für ihr Eingreifen ist damit, dass das Vertrauen des zu sanktionierenden Unternehmens schutzwürdig ist. Dies ist indes dann nicht mehr der Fall, wenn die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung hinsichtlich eines KG-Verstosses eröffnet haben, das Unternehmen davon über die Publikation im SHAB erfahren hat und das Unternehmen selbst weiss, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden KG-Verstoss beteiligt war. Wie Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG diesbezüglich verstanden werden muss, kann vorliegend allerdings dahin stehen, da in casu die Untersuchungseröffnung gegenüber allen acht Unternehmen weniger als fünf Jahre nach der Einstellung des Dauerverstosses Mitte 2009 – nämlich am 15. April 2013 (gegenüber der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo und der Bernet Bau) bzw. am 21. Oktober 2013 (gegenüber der Reichmuth und der Toller) – erfolgte.

1429. Nach alledem ist eine Sanktionierung der zwischen 2002 und Mitte 2009 bestehenden und dauerhaft wirkenden Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Untersuchungsgebiet nicht nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, da die Eröffnung der betreffenden Untersuchung gegenüber allen acht Unternehmen weniger als fünf Jahre nach Einstellung des KG-Verstosses erfolgte und ein Dauerverstoss vorliegt (siehe oben Rz 1203). Somit kann die Gesamtabrede für die gesamte Dauer des Kartells – vorbehaltlich des Rückwirkungsverbots – sanktioniert werden.

1430. In ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats haben die Bernet Bau, die Hagedorn, die Oberholzer, die Reichmuth-Gesellschaften sowie die Toller eine andere Rechtsauffassung geäussert. Gemäss diesen Verfahrensparteien sei es rechtlich unzulässig, Einzelsubmissionsabreden zu einer Dauerabrede «zu bündeln». Des Weiteren bestehe eine Verfolgungsverjährungsfrist.

1431. Diese Einwände überzeugen nicht. Denn wie bereits ausgeführt, besteht nach dem Kartellgesetz und der entsprechenden Praxis der Wettbewerbsbehörden keine Verfolgungsverjährungsfrist. Dieses Resultat wird durch die aktuelle Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gestützt. Denn würden wettbewerbsrechtliche Sachverhalte einer Verfolgungsverjährung unterliegen, müssten die Gerichte entweder die vierjährige Verfolgungsverjährungsfrist des VStrR oder die dreijährige Verfolgungsverjährungsfrist des StGB von Amtes wegen berücksichtigen. Die Gerichte tun dies jedoch nicht. Bei Kartellverfahren, insbesondere Verfahren mit Sanktionen, berücksichtigt das Bundesgericht einzig den Beschleunigungsgrundsatz gemäss Art. 29 Abs. 1 BV.[1458] Daraus folgt, dass für Verwaltungssanktionen gemäss Kartellgesetz keine eigentliche Verjährung vorgesehen ist.[1459]

1432. Zudem muss bei einem Dauerkartell auf die Gesamttat abgestellt werden. Denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.[1460] Eine solche Gesamtbetrachtung eines Dauerverstosses ist selbst im Strafrecht üblich, nach dem die gesamte Dauertat bestraft werden kann, wenn tatbestandliche Handlungseinheit vorliegt oder ein Dauerdelikt begangen wurde und hinsichtlich des Zeitpunkts des Aufhörens noch keine Verjährung eingetreten ist.[1461]

B.1.6.3.8 Ergebnis

1433. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

[1458] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[1459] Noch nicht veröffentlichte Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013, *Abreden im Bereich Luftfracht*, Rz 113.
[1460] RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.
[1461] Vgl. Art. 98 Bst. b und c StGB; siehe dazu MATTHIAS ZURBRÜGG, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 98 StGB Rz 19 ff., 25 f.

	De Zanet	Hagedorn	Oberholzer	Implenia	Walo	Reichmuth	Toller	Bernet Bau
Umsatz	**[…]**	**[…]**	**[…]**	**[…]**	**[…]**	**[…]**	**[…]**	**[…]**
Basisbetrag 7 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Dauerzuschlag i.H.v. 50 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Summe	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Reduktion für Abschluss EVR (10 %)	[…]				[…]			[…]
Reduktion für gute Kooperation (5 %)							[…]	
Reduktion gem. Art. 6 Abs. 1 SVKG (10%)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Summe	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG				[…]				
45 %-Bonus gemäss Art. 12 SVKG					[…]			
Sanktion (in CHF):	**[1.7–1.9 Mio.]**	**[2.3–2.5 Mio.]**	**[0.3–0.5 Mio.]**	**0**	**[0.2–0.4 Mio.]**	**[0.7–0.9 Mio.]**	**[0.4–0.6 Mio.]**	**[0.1–0.3 Mio.]**

Tabelle 34: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung aller Unternehmen

1434. Wie erläutert, ist die De Zanet nach derzeitigem Stand aus Gründen der Verhältnismässigkeit mit maximal CHF […] zu sanktionieren.

1435. Da die Hagedorn AG für das Verhalten der Bauunternehmung Bernet Bau bis zum 6. Dezember 2008 einstehen muss (siehe oben Rz 1164 ff., 1345), ist der Hagedorn AG ein Teil der Sanktion der Bernet Bau unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG aufzuerlegen. Die Grösse dieses Anteils bestimmt sich nach dem Anteil der Zeit, in der die Bernet Bau AG von der Hagedorn AG kontrolliert wurde, an der Zeit, in welcher das Unternehmen Bernet Bau sanktionierbar gegen das KG verstossen hat. Der Wettbewerbsverstoss der Bernet Bau dauerte im sanktionierbaren Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 11. Juni 2009 und damit etwa 62 Monate. Während etwa 48 Monaten (vom 1. April 2004 bis zum 6. Dezember 2008) kontrollierte die Hagedorn AG die Bernet Bau AG. Damit hat die Hagedorn 77 % der Sanktion der Bernet Bau – was CHF […] entspricht – gemeinsam mit der Bernet Bau AG zu tragen.

B.1.6.4 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

1436. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten oder Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben und die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

C Kosten

1437. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)[1462] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1438. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend wurden unzulässige Abreden den acht Unternehmen nachgewiesen. Es ist daher eine Gebührenpflicht zu bejahen.

1439. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100–400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

1440. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so können grundsätzlich alle am Kartell beteiligten Unternehmen gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens gelten. Entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen, eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten

[1462] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits- aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.[1463] Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs.1 und 1bis KG als «ein Kopf» zu zählen, unabhängig davon, wie viele Unternehmensträgerinnen das Unternehmen hat. Daher werden die Verfahrenskosten durch die Anzahl der im Verfahren involvierten Unternehmen dividiert und den Unternehmen zu gleichen Teilen auferlegt.

1441. Die vorliegende Untersuchung wurde am 15. April 2013 eröffnet und am 21. Oktober 2013 auf zwei weitere beteiligte Unternehmen (Reichmuth und Toller) ausgedehnt. In einem anderen Verfahren über unzulässige Einzelsubmissionsabreden wurde bei Ausdehnung der Untersuchung auf weitere Beteiligte Unternehmen zwei Zeiträume unterschieden und die Verfahrenskosten den erst später in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung gegen diese Unternehmen belastet.[1464] Im vorliegenden Verfahren wurde eine Gesamtabrede untersucht, an welcher die acht Unternehmen gleichmässig zwischen 2002 und Mitte 2009 beteiligt waren (vgl. A.5.5 zusammenfassendes Beweisergebnis). Die Massnahmen der Wettbewerbsbehörde, welche vor dem 22. Oktober 2013, durchgeführt wurden, dienten die Abklärung der Gesamtabrede, an welcher auch Reichmuth und Toller zwischen 2002 und 2009 beteiligt waren. Darum sind Reichmuth und Toller auch als Mitverursacher des kartellrechtlichen Verfahrens – und zwar ab dem 15. April 2013 – zu betrachten.

1442. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 130–290. Die gesamten Verfahrenskosten betragen CHF 977‘567. Die Zusammensetzung und Aufteilung dieses Betrags ergeben sich aus den nachfolgenden Erwägungen:

1443. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf 5270 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet

- 1‘328.67 Stunden zu CHF 130 CHF, ergebend CHF 172‘727
- 3‘757.24 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 751‘448
- 184.11 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 53‘392

1444. Die Oberholzer beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, keine Gebühren zu erheben für die Erstellung des Antrags, soweit sich dieser auf den Prüfungspunkt «Verfügungsadressaten» beziehe. Die dortigen Ausführungen seien rein «akademisch» und für das Verfahren nicht von Bedeutung. Dieser Antrag wird abgelehnt, da mit den entsprechenden Passagen (siehe oben Rz 1128 ff.) bislang ungeklärte Rechtsfragen grundlegend geklärt werden sollen und diese Ausführungen schon deshalb notwendig sein. Kommt hinzu, dass die Ausführungen in Bezug auf einzelne Untersuchungsadressaten (z. B. in Bezug auf die Reichmuth-Gesellschaften, die ANOBA Holding AG) für die Entscheidung massgebend sind.

1445. In die Untersuchung waren acht Unternehmen involviert (siehe oben Rz 1089).[1465]. Die Verfahrenskosten von CHF 977567 sind grundsätzlich durch die Anzahl der Unternehmen zu teilen, weil diese Unternehmen die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung gleichermassen verursacht haben (siehe auch oben Rz 1441).

1446. Allerdings ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die De Zanet, die Walo und die Bernet Bau eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben. Durch den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird der Verfahrensaufwand in der Regel erheblich reduziert. Da vorliegend aber fünf Unternehmen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, musste das Verfahren hinsichtlich eines einheitlichen Wettbewerbsverstosses mit hohem Aufwand fortgeführt werden. Nach der Erfahrung der Wettbewerbsbehörden ist anzunehmen, dass die drei Parteien der einvernehmlichen Regelung nur 20 % der Verfahrenskosten verursacht haben, welche nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung nach dem 19. Juni 2015 angefallen sind.[1466] Die übrigen fünf Unternehmen haben für diesen Zeitraum hingegen 80 % der Verfahrenskosten verursacht. Die WEKO hat entschieden, dass die Parteien, welche eine EVR abgeschlossen haben, jeweils 1/3 von 20 % der nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursachten Verfahrenskosten tragen. Die übrigen fünf Parteien tragen jeweils 1/5 von 80 % der nach dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursachten Verfahrenskosten. Von den Verfahrenskosten, welche vor dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung verursacht wurden, tragen die acht Unternehmen jeweils 1/8. Bis zum 19. Juni 2015 sind Verfahrenskosten in Höhe von CHF 699‘073 angefallen. Bis zum 5. September 2016 sind weitere Kosten in Höhe von CHF 278‘494 entstanden.

1447. Damit tragen die De Zanet, die Walo und die Bernet Bau jeweils einen Kostenanteil von CHF 105‘950, da sie eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben. Die übrigen fünf Unternehmen, die Hagedorn, die Oberholzer, die Implenia, die Reichmuth und die Toller, tragen jeweils einen Kostenanteil von CHF 131‘943. Welche Gesellschaften für das Verhalten des Unternehmens in casu herangezogen werden, ergibt sich aus Rz 1345. In Bezug auf den Kostenanteil des Unternehmens Bernet Bau muss die Hagedorn AG zusätzlich zu ihrem Kostenanteil 77 % des Kostenanteils der Bernet Bau – und damit CHF 81‘582 – gemeinsam mit der Bernet Bau AG tragen (siehe dazu oben Rz 1435).

[1463] Siehe zur Regelung der Kosten RPW 2010/4, 772 f. Rz 480 ff., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 421 Rz 1196 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 646 Rz 1041 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[1464] Siehe RPW 2012/2, 422 Rz 1200 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

[1465] De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Walo, Reichmuth, Toller und Bernet Bau.

[1466] Die De Zanet hatte zu diesem Zeitpunkt bereits ihr Interesse bekundet.

1448. Die durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. oben, Rz 1419 ff.) zeigte, […]. Vor diesem Hintergrund wird gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV darauf verzichtet, De Zanet Verfahrenskosten aufzuerlegen.

1449. Die Bernet Bau führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, die Gebühr stelle wegen ihrer Höhe quasi eine zweite Sanktion dar und sei deshalb herabzusetzen. Dieser Einwand überzeugt nicht, da die Sanktion und die Gebühr auf unterschiedlichen Rechtsgründen basieren. Mit der Gebührenerhebung erfolgt keine Sanktionierung, sondern es wird lediglich berücksichtigt, dass die Bernet Bau zusammen mit den anderen sieben Unternehmen ein behördliches Verfahren verursacht haben, an dessen Ende die Verfahrensparteien unterliegen. Die Kosten hierfür haben nach der gesetzlichen Konzeption die unterliegenden Verfahrensparteien zu tragen (siehe oben Rz 1437 f.). Sanktionierung und Gebührenpflicht stellen damit unabhängige Institute dar. Es gibt keine rechtliche Handhabe, eine Gebühr nur deshalb zu reduzieren, weil sie ähnlich hoch ist wie eine Sanktionszahlung.

D Ergebnis

1450. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

1451. Die zwischen der De Zanet, der Hagedorn, der Oberholzer, der Implenia, der Walo, der Reichmuth, der Toller und der Bernet Bau getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welche als zwischen 2002 und Mitte 2009 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren ist (vgl. Rz 1190 ff.). Es handelt sich hierbei um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (vgl. Rz 1217 ff.). In Umsetzung dieser Gesamtabrede haben die acht Unternehmen wiederholt in unterschiedlichen Konstellationen betreffend konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet Abreden über die Zuteilung des Einzelprojekts sowie über die Höhe der Eingabesummen getroffen («Einzelsubmissionsabreden»).

1452. Ob die durch Art. 5 Abs. 3 KG statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann (siehe dazu Rz 1223 ff.), kann vorliegend dahin stehen, da die Gesamtabrede den Wettbewerb auf dem Markt für Strassen- und Tiefbauleistungen im Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe jedenfalls erheblich beeinträchtigen (vgl. Rz 1266 ff). Gründe der *wirtschaftlichen Effizienz* nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 1305 ff.). Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

1453. Die WEKO genehmigt die zwischen der De Zanet, der Walo bzw. der Bernet Bau einerseits und dem Sekretariat andererseits geschlossenen einvernehmlichen Regelungen gemäss Art. 29 Abs. 2 KG. Mit den einvernehmlichen Regelungen verpflichten sich die drei Unternehmen zu einem Verhalten, welches ein Zuteilungssystem sowie Einzelsubmissionsabreden ausschliesst (siehe dazu Rz 1315 ff.).

1454. Die Unternehmen Hagedorn, Oberholzer, Implenia, Reichmuth und Toller werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche ein Zuteilungssystem und Einzelsubmissionsabreden ermöglichen (siehe dazu Rz 1324 ff.).

1455. Die in Rz 1089 genannten Unternehmen waren an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 1334 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 1433 f.): De Zanet CHF […], Hagedorn CHF [2.3–2.5 Mio.], Oberholzer CHF [0.3–0.5 Mio.], Implenia CHF 0, Walo CHF [0.2–0.4 Mio.], Reichmuth CHF [0.7–0.9 Mio.], Toller CHF [0.4–0.6 Mio.], Bernet Bau CHF [0.1–0.3 Mio.].

1456. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 1451 genannten acht Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 1437 ff.).

1457. Welche juristischen Personen als Adressaten der Massnahmen sowie für die Begleichung der Verfahrenskosten ins Recht gefasst werden, ergibt sich aus Rz 1345 f. Gegenüber der ANOBA Holding AG, ist das Verfahren einzustellen.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Hagedorn AG, OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG, Implenia Schweiz AG, Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Reichmuth Bauunternehmung AG, und Toller Unternehmungen AG

   1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

   1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

      a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie

      b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer;

   1.3 werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen

gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens Im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken sollen, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen und Bernet Bau AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. Juni 2015 (im Fall der Walo Bertschinger AG und der Bernet Bau AG) bzw. vom 10. September 2015 (im Fall der De Zanet AG):

   2.1 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.

   2.2 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen.

   2.3 Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

   2.4 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens Im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:

   3.1 De Zanet AG mit einem Betrag von CHF […].

   3.2 Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF [2.3–2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, mit einem Betrag von [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG].

   3.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.3–0.5 Mio.].

   3.4 Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0.

   3.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen mit einem Betrag von CHF [0.2–0.4 Mio.].

   3.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.7–0.9 Mio.].

   3.7 Toller Unternehmungen AG mit einem Betrag von CHF [0.4–0.6 Mio.].

   3.8 Bernet Bau AG gesamthaft mit einem Betrag von CHF [0.1–0.3 Mio.] wobei sie davon [77 % ihres Sanktionsbetrags] unter solidarischer Haftung mit der Hagedorn AG trägt.

4. Gegenüber der ANOBA Holding AG wird die Untersuchung eingestellt.

5. Der Antrag der Hagedorn AG auf Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung am 16. April 2013 bei der Hagedorn AG in der Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten wird abgewiesen.

6. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Einsicht in die zur Eröffnung der Untersuchung führenden ökonomische Studie der Offertöffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen von 2004 bis 2010 vergeben worden sind, werden abgewiesen.

7. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf weitere Erläuterung der statistischen Analysen und Zurverfügungstellung weiterer Codierungen betreffend die statistische Analyse werden abgewiesen.

8. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Anpassung der statistischen Analyse des Sekretariats an das Vorbringen des Parteigutachtens werden abgewiesen.

9. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Vergleich von Kostenvoranschlägen der Vergabestelle mit den Vergabesummen des jeweiligen Zuschlagempfängers wird abgewiesen.

10. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Zeugenbefragung von Herrn […], alt […], wird abgewiesen.

11. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG auf vollständige Offenlegung der internen Listen der Hagedorn AG betreffend das Offertverhalten der Hagedorn AG bei Strassen- und Tiefbausubmissionen wird abgewiesen.

12. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, es sei offenzulegen, welchen Unternehmen die in Tabelle 12 des Antrags des Sekretariats vom 20. Januar 2016 aufgeführten Ziffern zuzuordnen sind, wird abgewiesen.

13. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, sie sei erneut anzuhören, wenn die WEKO von den Angaben der Toller Unternehmungen AG zum Umsatz, auf dessen Grundlage die Sanktionierung der Toller Unternehmungen AG erfolgen soll, zu ihren Ungunsten abweichen sollte, wird abgewiesen.

14. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhen, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für die anderen Unternehmen beantragt wurden, seien mittels der Offenlegung der Umsatzzahlen der anderen Unternehmen oder von entsprechenden Bandbreiten weiter zu plausibilisieren, wird abgewiesen.

15. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhe, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für die De Zanet AG beantragt wurde, sei über die bereits erfolgten Erläuterungen hinaus weiter zu plausibilisieren, werden abgewiesen.

16. Die Verfahrenskosten betragen CHF 977‘567 und werden folgendermassen auferlegt:

    16.1 De Zanet AG trägt CHF 0.

    16.2 Hagedorn AG trägt CHF 131‘943, wobei sie zusätzlich zu ihrem Kostenanteil CHF 81‘582 unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat.

    16.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131‘943.

    16.4 Implenia Schweiz AG trägt CHF 131‘943.

    16.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen trägt CHF 105‘950.

    16.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131‘943.

    16.7 Toller Unternehmungen AG trägt CHF 131‘943.

    16.8 Bernet Bau AG trägt insgesamt CHF 105‘950, wobei sie davon CHF 81‘582 unter solidarischer Haftung mit Hagedorn AG trägt.

17. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

18. Die Verfügung ist zu eröffnen:

    - **ANOBA Holding AG** in Neuhaus,
    - **OBERHOLZER Bauleistungen AG** in Neuhaus,
    - **OBERHOLZER Immobilien AG** in Neuhaus,

      alle drei vertreten durch […];
    - **Bernet Bau AG** in Gommiswald,

      vertreten durch […];
    - **De Zanet AG** in Kaltbrunn,

      vertreten durch […];
    - **Hagedorn AG** in Meilen,

      vertreten durch […];
    - **Implenia Schweiz AG** in Dietlikon,

      vertreten durch […];
    - **Gebr. P. und J. Reichmuth AG** in Freienbach,
    - **Reichmuth Bauunternehmung AG** in Freienbach,

      beide vertreten durch […];
    - **Toller Unternehmungen AG** in Rapperswil,

      vertreten durch […];
    - **Walo Bertschinger AG St. Gallen** in St. Gallen,

      vertreten durch […].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	**2. Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen**

Hinweis:
Gegen die vorliegende Verfügung wurde Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt.
Die Verfügung ist bislang nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen Galenica AG und HCI Solutions AG, Untermattweg 8, 3027 Bern beide vertreten durch […]

Inhaltsverzeichnis

A Gegenstand der Untersuchung 1146
A.1 Einleitung und Hintergrund 1146
A.2 Konkrete untersuchte Verhaltensweisen 1147
A.3 Parteien 1149
B Sachverhalt 1150
B.1 Begriffe 1150
B.1.1 Medikamenteninformationen 1150
B.1.2 Weitere für die Akteure des Gesundheitswesens relevante Informationen 1152
B.1.2.1 MiGeL 1153
B.1.2.2 Daten von Non-Pharma Produkten 1153
B.1.3 Arzneimittelpublikationssystem (AIPS) 1153
B.2 Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen 1155
B.3 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen 1156
B.3.1 Veröffentlichung 1156
B.3.2 Kommerzialisierung 1157
B.3.2.1 Im Allgemeinen 1157
B.3.2.2 Kommerzialisierung durch HCI/e-mediat 1157
B.3.3 Übermittlung an die Abnehmer 1158
B.3.4 Verwendung der Daten und Nutzung durch die Abnehmer 1158
B.3.5 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen in Deutschland 1159
B.4 Vertragsgestaltung und Praxis von Documed/e-mediat über die Jahre 1160
B.4.1 Frühere Vertragsgestaltung 1161
B.4.1.1 Verträge von Documed 1161
B.4.1.2 Verträge von e-mediat 1162
B.4.1.3 Zwischenfazit 1163
B.4.2 Neue Vertragsgestaltung per 2013 und Übergangslösung 1163
B.4.2.1 Übergangslösung 2012 1163
B.4.2.2 Neue Vertragsgestaltung ab 2013 1163
B.4.2.3 Preisentwicklung 1166
B.4.3 Vorbringen von e-mediat/Documed in Bezug auf die frühere Vertragsgestaltung sowie effektive Tätigkeit 1166
B.4.4 Praxis von Documed/e-mediat ab 2013 1168
B.4.4.1 Einzelvereinbarungen 1168
B.4.4.2 Einführung Label «QAP» 1168
B.4.4.3 Aufnahme nach Bedarf 1170
B.4.4.4 Regelung und Finanzierung der Aufnahme von Arzneimittelinformationen betreffend homöopathische Produkte und Daten von Non-Pharma Produkten in die Indices 1170
B.4.4.5 Leistungsangebot 2016 1170
B.4.4.6 Leistungsangebot 2017 1171
C Prozessgeschichte 1171
C.1 Vorabklärung 1171
C.2 Untersuchung 1171
C.2.1 Beteiligung vips und ywesee an der Untersuchung als beteiligte Dritte i.S.v. Art. 43 KG sowie Antrag einer Zulassungsinhaberin auf Beteiligung 1172
C.2.2 Ermittlungshandlungen bei diversen Dritten 1172
C.2.2.1 Swissmedic 1172
C.2.2.2 Zulassungsinhaberinnen 1173
C.2.2.3 Refdata 1173
C.2.2.4 Softwarehäuser 1173
C.2.2.5 Teilnehmende an der Ausschreibung von AIPS 1173
C.2.2.6 Vertrieb von Medikamenteninformationen in Deutschland 1173
C.2.2.7 Zeugeneinvernahme 1173
C.2.2.8 Ermittlungshandlungen in Zusammenhang mit der HMG Revision 1173
C.2.3 Freiwillige Beteiligung Dritter am Verfahren 1173
C.2.4 Ermittlungshandlungen bei den Parteien und Beteiligung derselben am Verfahren 1173
C.2.4.1 Parteieinvernahmen und Auskunftsbegehren 1173

C.2.4.2 Akteneinsicht 1174
C.2.4.3 Freiwillige Beteiligung der Parteien an der Untersuchung 1174
C.2.4.4 Gespräche mit den Parteien und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung 1174
C.2.4.5 Ausstandsgesuch 1175
C.2.5 Verfahrensantrag betreffend Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer 1175
C.2.6 Anträge der Untersuchungsadressaten auf Einstellung der Untersuchung 1176
C.2.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie der beteiligten Dritten/ Entscheidprozess der Wettbewerbskommission 1176
D Erwägungen 1177
D.1 Geltungsbereich 1177
D.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 1177
D.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 1178
D.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 1178
D.2 Verfügungsadressatinnen 1178
D.3 Vorbehaltene Vorschriften 1179
D.3.1 Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation 1179
D.3.2 Vorschriften in Bezug auf die Prüf-/Sorgfaltspflichten auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer 1179
D.3.3 Exkurs: laufende HMG Revision 1180
D.3.4 Fazit 1180
D.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 1180
D.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass) 1180
D.4.1.1 Beweiswürdigung 1180
D.4.1.2 Beweismass 1181
D.4.2 Marktbeherrschende Stellung 1181
D.4.2.1 Marktbeherrschung 1181
D.4.2.1.1 Die relevanten Märkte 1181
D.4.2.1.2 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseiten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser 1182
D.4.2.1.3 Beurteilung der Marktstellung 1184
D.4.2.1.4 Zwischenergebnis 1188
D.4.2.1.5 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen 1188
D.4.2.1.6 Beurteilung der Marktstellung 1188
D.4.2.1.7 Zwischenergebnis 1189
D.4.2.1.8 Zweiseitiger Markt 1189
D.4.2.1.9 Zusammenfassung 1192
D.4.2.1.10 Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen 1193
D.4.2.1.11 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen 1193
D.4.3 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG) 1193
D.4.4 Unzulässige Verhaltensweisen 1195
D.4.4.1 Einleitung 1195
D.4.4.2 Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) 1195
D.4.4.2.1 Rechtliche Grundlagen 1195
D.4.4.2.2 Preise oder Geschäftsbedingungen 1196
D.4.4.2.3 Erzwingung 1197
D.4.4.2.4 Stellungnahme Galenica AG und HCI Solutions AG zur Erzwingung 1198
D.4.4.2.5 Unangemessenheit 1198
D.4.4.2.6 Zwischenergebnis 1201
D.4.4.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) 1201
D.4.4.3.1 Rechtliche Grundlagen 1201
D.4.4.3.2 Einschränkung des Absatzes 1201
D.4.4.3.3 Wettbewerbsbehinderung 1203
D.4.4.3.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe 1203
D.4.4.3.5 Zwischenergebnis 1204
D.4.4.4 An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen, dass Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) 1204
D.4.4.4.1 Rechtliche Grundlagen 1204
D.4.4.4.2 Datenbundling 1205
D.4.4.4.3 Modulbundling 1207
D.4.4.5 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) 1210
D.4.4.5.1 Rechtliche Grundlagen 1210
D.4.4.5.2 Gleichbehandlung 1210
D.4.4.5.3 Wettbewerbsbehinderung 1211
D.4.4.5.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe 1211

D.4.4.5.5 Zwischenergebnis 1211
D.4.4.6 Gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG) 1211
D.4.4.6.1 Rechtliche Grundlagen 1212
D.4.4.6.2 Unterbietung von Preisen 1212
D.4.4.6.3 Zwischenergebnis 1214
D.4.5 Ergebnis 1214
D.5 Massnahmen 1214
D.5.1 Anordnung von Massnahmen 1214
D.5.1.1 Massnahmen betreffend die Einschränkung des Absatzes 1215
D.5.1.2 Massnahmen betreffend das Modulbundling 1215
D.5.2 Sanktionierung 1215
D.5.2.1 Allgemeines 1215
D.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 1215
D.5.2.2.1 Unternehmen 1215
D.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 1215
D.5.2.3 Vorwerfbarkeit 1216
D.5.2.4 Bemessung 1217
D.5.2.4.1 Maximalsanktion 1217
D.5.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung 1217
D.5.2.5 Ergebnis 1222
E Kosten 1222
F Ergebnis 1223
G Dispositiv 1223
Anhang 1 1225

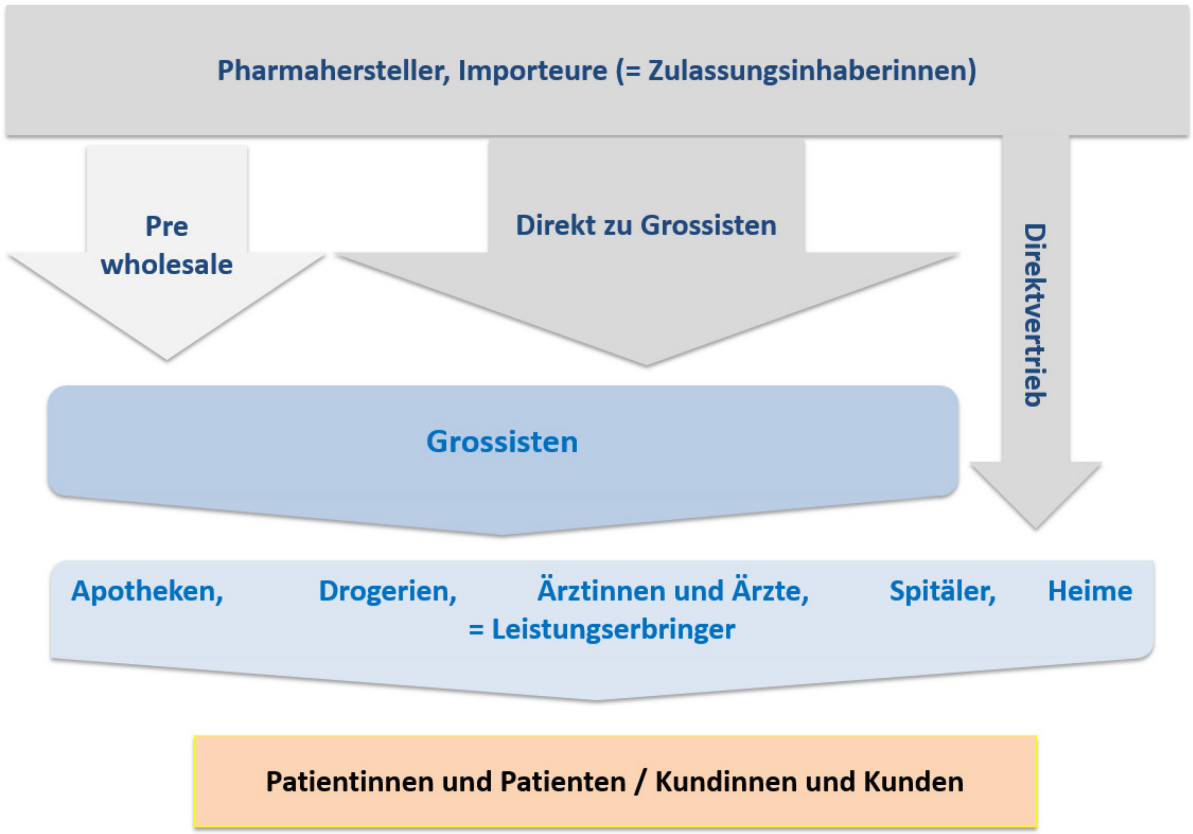
A Gegenstand der Untersuchung

A.1 Einleitung und Hintergrund

1. Im Bereich Vertrieb, Verschreibung, Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln[1] und anderen Produkten sind verschiedenste Akteure mit unterschiedlichen Aufgaben und Kompetenzen aktiv. Die Produkte werden von Herstellern oder Importeuren (nachfolgend gemeinsam als Zulassungsinhaberinnen[2] bezeichnet) direkt oder via Prewholesaler in Umlauf gebracht, die Grossisten (Prewholesaler und Grossisten gemeinsam werden nachfolgend als Vertriebsunternehmen bezeichnet) übernehmen die Feinverteilung zu Apotheken, Spitälern, (selbstdispensierenden) Ärztinnen und Ärzten, Drogerien und Heimen (nachfolgend gemeinsam als Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bezeichnet[3]). Den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern kommen sodann unterschiedliche Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentinnen und Konsumenten sowie der Abrechnung mit den Krankenversicherern, den Unfallversicherungen und der Invalidenversicherung (nachfolgend gemeinsam als Kostenträger bezeichnet) zu. Die nachfolgende Abbildung zeigt den physischen Vertriebsweg von Arzneimitteln in der Schweiz:

[1] Als Arzneimittel gelten Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen; zu den Arzneimitteln gehören auch Blut und Blutprodukte (Art. 4 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [HMG; SR 812.21]).
[2] Als Zulassungsinhaberinnen werden diejenigen Pharmagesellschaften und Importeure bezeichnet, die eine Zulassung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels oder Tierarzneimittels bzw. eines Verfahrens (Art. 9 HMG) besitzen.
[3] Aus Gründen der Leserlichkeit gelten die Drogistinnen und Drogisten für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung entgegen Art. 35 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994 (KVG; SR 832.10) ebenfalls als Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer.

Abbildung 1: Physischer Vertrieb von Arzneimitteln in der Schweiz



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

2. Für die angesprochenen Prozesse, Abläufe und Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens sind die genannten Akteure, insbesondere die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, auf verschiedenste Informationen und Daten betreffend Arzneimittel und andere Produkte (vgl. dazu später Rz 25) angewiesen. Die Kommerzialisierung der entsprechenden Daten (Veredelung sowie Vertrieb und Verkauf) ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zur Beurteilung stehen Verhaltensweisen der in diesem Bereich zentralen Akteure Documed AG (nachfolgend: Documed) und e-mediat AG (nachfolgend: e-mediat), welche beide der Management-Holding HCI Solutions AG (nachfolgend: HCI) unterstellt sind. Diese drei Unternehmen repräsentieren den Bereich «Content & Process» in der Galenica-Gruppe.

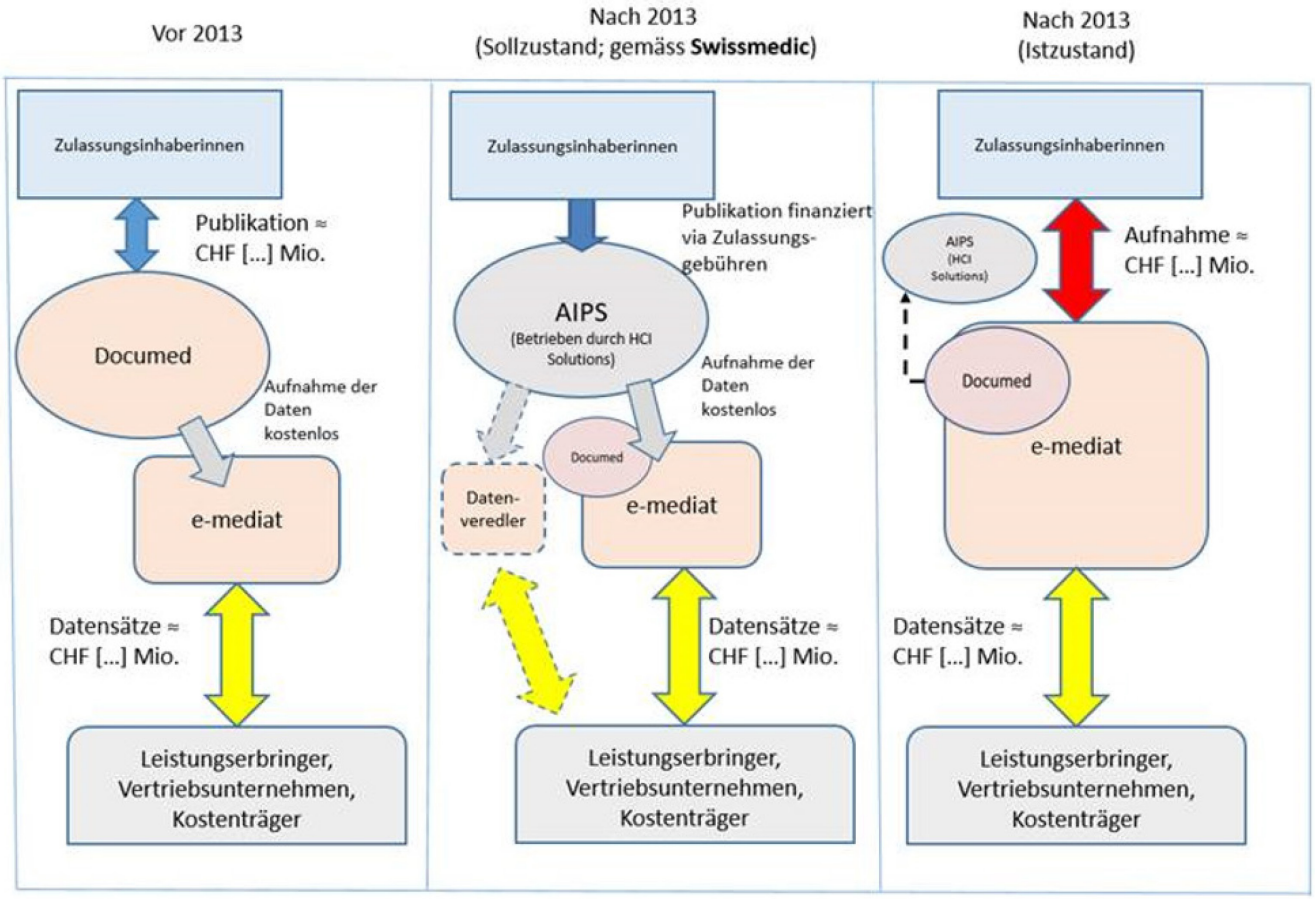
A.2 Konkrete untersuchte Verhaltensweisen

3. Im Rahmen vorliegender Beurteilung ist die Frage zu klären, ob die Galenica-Gruppe bzw. deren Tochtergesellschaften HCI, e-mediat und Documed gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes[4] eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Dies indem sie als Sammler von elektronischen Medikamenteninformationen und allenfalls marktbeherrschender Anbieter einer (nahezu) vollständigen Datenbank betreffend in der Schweiz zugelassene Arzneimittel durch verschiedene, noch näher zu bezeichnende Verhaltensweisen (nachfolgend Abschnitt D.4.4.2, D.4.4.3, D.4.4.4, D.4.4.5 und D.4.4.6) Zulassungsinhaberinnen, Hersteller von vergleichbaren Datensammlungen und Softwarehäuser – die die Datenbank der Galenica-Gruppe (INDEX-Daten) weitervertreiben – bei deren wirtschaftlicher Betätigung unzulässig behindert respektive benachteiligt haben.

4. Zum Verständnis des Sachverhalts ist dabei insbesondere der historischen Entwicklung Beachtung zu schenken. Diese kann durch die nachfolgende Grafik dargestellt werden. Anschliessend werden überblicksartig die wichtigsten Punkte beschrieben sowie auf die Detailbeschreibung verwiesen:

[4] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Abbildung 2: Historische Entwicklung



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

5. Die Zulassungsinhaberinnen sind gesetzlich verpflichtet, ihre Arzneimittelinformationen (vgl. Rz 20a) zu publizieren (vgl. Rz 28).[5] **Vor 2013** war dies (praktisch) ausschliesslich bei Documed möglich (vgl. Rz 29 f.). Die Datensätze für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger waren ausschliesslich bei e-mediat erhältlich. Das Bundesverwaltungsgericht entschied jedoch im Jahr 2011, dass für die Publikationspflicht bei Dritten keine genügende formell-gesetzliche Grundlage bestehe (vgl. Rz 30).[6]

6. In der Folge entschied sich das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic), **nach 2013 (Sollzustand)** selbst die Arzneimittelinformationen zu publizieren, und schrieb eine entsprechende Plattform (Arzneimittelpublikationssystem; AIPS) aus (vgl. Rz 32 f.). Auf AIPS stehen sämtliche Arzneimittelinformationen kostenlos für alle Datenveredler in maschinenlesbarer Form zur Verfügung. Aufgrund dieser Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen wären bei Documed die Einnahmen, die durch die Publikation generiert werden konnten (insgesamt ca. CHF […] Mio.), wegfallen und gleichzeitig e-mediat bei der Datenveredelung und der Kommerzialisierung der Datensätze einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt worden.

7. Die Galenica-Gruppe lancierte daher (ungefähr) gleichzeitig mit der Inbetriebnahme von AIPS, das von HCI selbst betrieben wird, ein «neues» Angebot an die Zulassungsinhaberinnen (**nach 2013; Istzustand**). Neu sollen diese für die Aufnahme ihrer Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbank, die den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern angeboten wird, ein Entgelt von ungefähr der Höhe der entgehenden Kosten durch die wegfallende Publikation (insgesamt ca. CHF […] Mio.) entrichten. Bis zur Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen standen die Zulassungsinhaberinnen betreffend die Aufnahme in die INDEX-Datenbank in keinem Vertragsverhältnis zu e-mediat. Die Aufnahme war für die Zulassungsinhaberinnen formell unentgeltlich/kostenlos (vgl. Rz 68 und 74).

[5] RPW 2008/3, 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[6] Urteil des BVGer C-6885/2008 vom 17.6.2011.

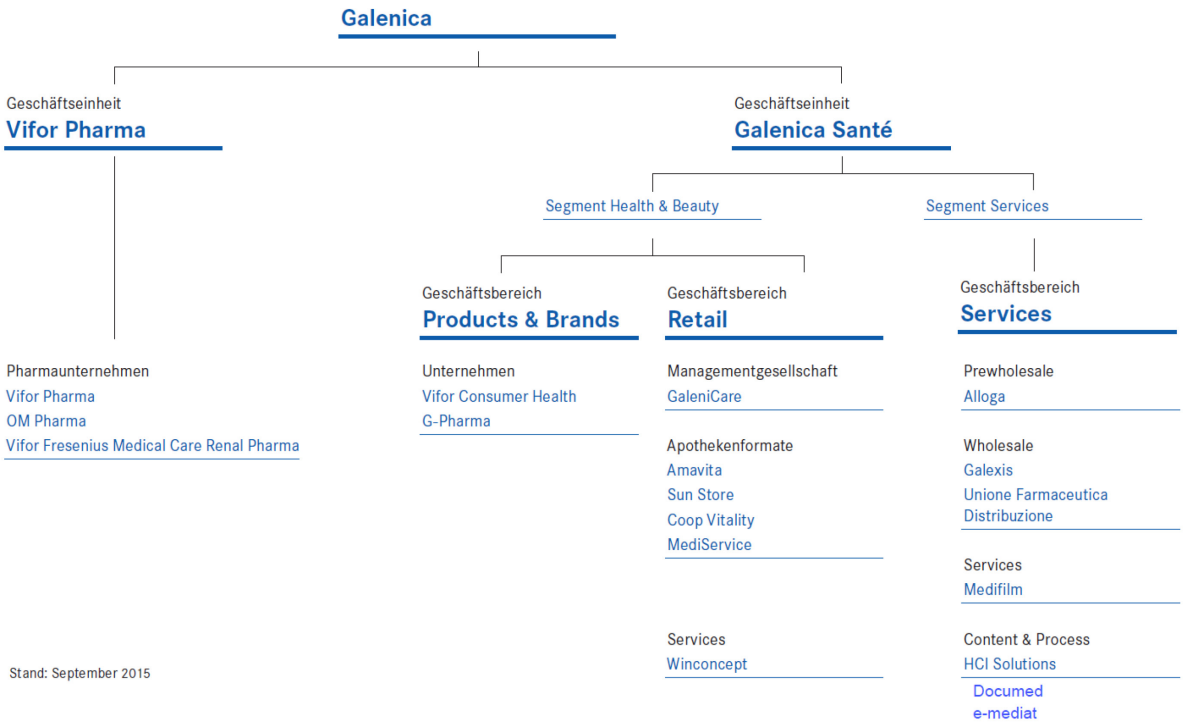
8. Durch die Anpassung der Strategie infolge der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen ist die Galenica-Gruppe folglich in der Lage, die drohenden Einkommensausfälle (insgesamt ≈ CHF […] Mio.) durch Einnahmen für zuvor kostenlos ausgeführte Arbeitsschritte zu kompensieren. Zudem kann dadurch e-mediat vor möglichem Wettbewerb mit anderen Datenveredlern geschützt werden. Daher werden in der vorliegenden Verfügung insbesondere folgende Fragen beantwortet:

- Kann die Galenica-Gruppe die Zulassungsinhaberinnen zur Entrichtung eines Entgelts für die Aufnahme öffentlich verfügbarer Medikamenteninformationen in ihre eigene Datenbank zwingen (vgl. Abschnitt D.4.4.2)?
- Kann die Galenica-Gruppe den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen gegenüber konkurrierenden Anbietern verschliessen (vgl. Abschnitt D.4.4.3 und Abschnitt D.4.4.4)?

A.3 Parteien

9. Die Struktur der Galenica-Gruppe und die Stellung von HCI im Konzern veranschaulicht folgendes Organigramm:

Abbildung 3: Struktur Galenica-Gruppe, Stand September 2015



Quelle: Galenica[7], Documed und e-mediat ergänzt durch das Sekretariat

10. **Galenica AG** (nachfolgend: Galenica) ist die Muttergesellschaft einer international tätigen schweizerischen Pharmazie- und Logistikunternehmensgruppe. Die Gesellschaften der Galenica-Gruppe sind in die zwei Hauptbereiche «Vifor Pharma» und «Galenica Santé» unterteilt. Die Gesellschaften, die der Geschäftseinheit «Vifor Pharma» zugeteilt sind, entwickeln, produzieren und vertreiben weltweit pharmazeutische Produkte. Der Unternehmensbereich «Galenica Santé» unterteilt sich weiter in Gesellschaften, die Produkte für Gesundheit, Schönheit und Wohlbefinden vermarkten (Geschäftsbereich «Products & Brands»), die Apotheken betreiben (Geschäftsbereich «Retail») und die Wholesale (Grossisten) und Prewholesale Logistikdienstleistungen anbieten sowie Datenbanken und Softwarelösungen entwickeln und betreiben (Geschäftsbereich «Services»).[8] Damit sind alle Vertriebsstufen des physischen Vertriebes von Arzneimitteln aber auch des Vertriebes der damit verbundenen Medikamenteninformationen vertikal in die Galenica-Gruppe integriert. Zumindest teilweise verfügen die Gesellschaften der Galenica-Gruppe über eine starke Stellung auf den jeweiligen Märkten.[9] Galenica hat angekündigt, die Geseschäftseinheiten «Vifor Pharma» und «Galenica Santé» zu zwei eigenständigen, börsenkotierten Gesellschaften zu entwickeln.[10]

[7] <http://www.galenica.com/wAssetsGalenica/bin/de/ueber-galenica/2014/20150827_de_gal_struktur_gruppe.pdf> (zuletzt besucht am 14.12.2015).
[8] <http://www.galenica.com/de/ueber-galenica/geschaeftsbereiche.php> (zuletzt besucht am 16.9.2015).
[9] Vgl. RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 1, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; oder auch RPW 2015/3, 370 Rz 79, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.
[10] <http://www.galenica.com/de/medien/medienmitteilungen/2015/20151201_2818825591_meldung.php> (zuletzt besucht am 1.12.2015).

11. **HCI** ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica, die im Unternehmensbereich «Galenica Santé» und im Geschäftsbereich «Services» fungiert. Während eines Grossteils des Untersuchungszeitraums war HCI die Managementgesellschaft von Documed und e-mediat. Als Managementgesellschaft befasste sich HCI mit der Entwicklung, der Vermarktung und dem Betrieb von netzwerkorientierter Software für Partner im Gesundheitswesen, der Vermarktung von Informationen für das Gesundheitswesen im In- und Ausland sowie mit allen dazugehörigen Dienstleistungen. Daneben war HCI mit der operationellen Führung der «back-office-Aufgaben», d.h. mit der Durchführung, der Kontrolle und der Dokumentation der von Documed und e-mediat abgeschlossenen Geschäfte, betraut.

12. Die interne Organisation des relevanten Geschäftsbereichs der Galenica-Gruppe änderte sich auf den 1. Januar 2016. Die nachfolgend beschriebenen Gesellschaften *Documed und e-mediat wurden in HCI fusioniert*, sodass HCI deren Geschäftstätigkeit übernimmt. Soweit die vorliegende Beurteilung sich auf Documed und/oder e-mediat bezieht, ist damit deren vergangenes Verhalten gemeint. Verhaltensweisen von Documed und/oder e-mediat sind durch die konzerninterne Fusion der Nachfolgegesellschaft HCI anzurechnen. Folglich ist die im Zentrum dieser Untersuchung stehende, anhaltende Verhaltensweise von Documed/e-mediat HCI anzurechnen. Zugunsten der Leserlichkeit und der Verständlichkeit wird vorliegend darauf verzichtet, die Umstrukturierung bei nachfolgender Sachverhaltsdarstellung und rechtlicher Würdigung jedes Mal wiederholt festzuhalten.

13. **Documed** befasste sich als 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica mit dem Betrieb eines medizinisch-pharmazeutischen Verlages, welcher Informationen (vor allem Fach- und Patienteninformationen) über in der Schweiz zugelassene Arzneimittel sammelte, aufbereitete und diese seinen Kundinnen und Kunden (insbesondere den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern) in Form eines Kompendiums zur Verfügung stellte. Dieses Kompendium wurde zunächst als Print-Version (Arzneimittel-Kompendium der Schweiz, nachfolgend Kompendium), später auch in elektronischer Form (compendium.ch, nachfolgend Compendium) vertrieben. Seit 2013 wird das Kompendium nur noch in elektronischer Version herausgegeben. Heute betreibt HCI das Compendium.

14. 2008 hielt die Wettbewerbskommission (WEKO) fest, dass Documed sowohl auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformation online in einem vollständigen Werk als auch auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.[11]

15. **e-mediat**, ebenfalls eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica, befasste sich mit der Entwicklung, dem Unterhalt und der Verteilung von Stammdaten zu pharmazeutischen Produkten für Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger. e-mediat entwickelte und unterhielt für diese Kundengruppen sogenannte INDEX-Produkte, durch welche den jeweiligen Kundinnen und Kunden die für deren spezifische Tätigkeit notwendigen Informationen über Arzneimittel in elektronischer, maschinenlesbarer Form zur Verfügung gestellt werden sollen. Früher wurden diese Datensammlungen im Format «Galdat» weitergegeben und waren unter diesem Namen bekannt. Heute werden die INDEX-Produkte von HCI vertrieben.

B Sachverhalt

B.1 Begriffe

B.1.1 Medikamenteninformationen

16. Damit das Schweizer Gesundheitswesen funktioniert, bedarf es zahlreicher Informationen betreffend Arzneimittel und Akteure (z.B. Zulassungsinhaberinnen, Vertriebsunternehmen und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer). Diese Informationen werden für die Beratung, die Verschreibung und die Abgabe von Arzneimitteln an die Patientinnen und Patienten, das Bestellwesen sowie die Abrechnung mit den Krankenkassen benötigt. All diese Informationen und Daten werden hier zusammengefasst als «Medikamenteninformationen» bezeichnet. Diese werden von verschiedenen Akteuren des Gesundheitswesens generiert, durch Behörden und Private in verschiedenen Datensammlungen aggregiert und zur weiteren Verwendung durch den Markt und damit die Endnutzerinnen und Endnutzer aufbereitet.

17. Daneben werden auch weitere Informationen über pharmazeutische Hilfsstoffe, wie Mittel und Gegenstände, weitere Medizinprodukte oder Non-Pharma Produkte von den Akteuren des Gesundheitswesens benötigt (vgl. dazu anschliessend Rz 25 ff.).

18. Für einen Überblick über die Informationen, deren Herkunft und Zwecke dient die nachfolgende Abbildung:

[11] RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 1, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

Abbildung 4: Überblick über die Medikamenteninformationen und andere Informationen

Medikamenteninformationen	Wer generiert sie?	Warum?	Wo sind sie zu finden?		Wer braucht sie?
			Primärquelle	Sekundärquelle	
Arzneimittelinformationen					
Fachinformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS	Kompendium	Leistungserbringer
Patienteninformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS	Kompendium	Patientinnen und Patienten
Arzneimittelbezogene Vertriebsinformationen					
Artikelbezeichnung	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Lebensdauer	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Packungsstruktur (Blister/Stück)	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Ex-factory-Preise	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Grossisten
Abgabekategorie	Swissmedic	HMG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
MwSt.-Nr.	Steuerverwaltung	MwStG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
GTIN-Code	Refdata	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Pharmacode	e-mediat	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Alle
EAN-Code	Swissmedic	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Publikumspreise	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Limitationen	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Kassenzulässigkeit (SL)	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
LOA	santésuisse - pharmaSuisse	KVG	santésuisse - pharmaSuisse	e-mediat	Apotheken
Andere Informationen					
Liste der Mittel und Gegenstände	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Informationen non-Pharma-Produkte	Hersteller	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Grossisten, Apotheken, Drogerien

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

19. Nachfolgend werden die verschiedenen im Rahmen dieser Untersuchung unter den Begriff Medikamenteninformationen fallenden Informationen näher dargestellt.

20. Unter Medikamenteninformation fallen insbesondere die folgenden Informationen:

a. Die **Arzneimittelinformationen**: Als Arzneimittelinformationen bezeichnet man einerseits die Fachinformationen (FI) und andererseits die Patienteninformationen (PI). Fachinformationen sind diejenigen Informationen über ein Arzneimittel, welche an Fachpersonen, d.h. Medizinalpersonen sowie den Arzneimittelfachhandel gerichtet sind. Patienteninformationen sind die an die Patientinnen und Patienten gerichteten Informationen, die in den Packungsbeilagen eines Arzneimittels enthaltenen sind. Die entsprechenden Angaben stammen von den Herstellern. Deren Vorliegen ist Voraussetzung für die Zulassung des Arzneimittels.[12]

21. Weitere abrechnungsrelevante Informationen sind insbesondere:

b. Die **Spezialitätenliste**: Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) legt im Rahmen der Spezialitätenliste fest, welche Arzneimittel bei ärztlicher Verschreibung von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden. Die Spezialitätenliste ist eine Auflistung von rund 9'300 Artikeln, für welche eine Rückvergütungspflicht der Krankenkassen besteht. Das BAG pflegt diese Liste und bestimmt damit, welche Arzneimittel kassenpflichtig sind und welche nicht.[13] Für jedes Arzneimittel auf der Liste werden verschiedene Identifikatoren erfasst, wie das Datum der Aufnahme auf die Liste, eventuell das Datum der Streichung von der Liste, der mit dem Hersteller vereinbarte Fabrikabgabepreis, der Publikumspreis (maximale Vergütung durch die Krankenkassen), die Limitationen und die Kategorisierung gemäss Inhalts- und Stoffliste von Swissmedic und des BAG.

c. Diverse **Codes und Identifikationsnummern** wie EAN, Packungs-Codes, Registrations-Codes, Pharmacode etc.:

   Beim **Pharmacode** handelt es sich um den Referenzcode, welcher von e-mediat zugeteilt wird. Dieser kann via ein Anmeldeformular sowohl für Pharma- als auch für Non-Pharma Produkte beantragt werden. Es handelt sich um einen siebenstelligen numerischen Identifikationsschlüssel, mit welchem sich Produkte im Schweizer Gesundheitsmarkt eindeutig referenzieren lassen. Dieser fungiert als Referenzcode in den Datensammlungen von e mediat und dient den mit diesen Daten arbeitenden Softwareunternehmen zur Definition ihrer Schnittstellen.

   Der Pharmacode wurde früher auch als Referenzcode der Spezialitätenliste des BAG verwendet. Per 1. April 2013 verwendete das BAG den GTIN (vgl. sogleich Rz 22e; Global Trade Item Number) als Referenznummer, verzichtete aber erst per 1. Januar 2015 auf eine Publikation des Pharmacodes in der Spezialitätenliste.[14] Bis Ende 2016 war geplant, den

[12] Vgl. Art. 13 und 14 sowie Anhang 4 und 5 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV; SR 812.212.22).

[13] Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG i.V.m. Art. 64 ff. der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) und Art. 30 ff. der Verordnung vom 29.9.1995 des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31).

[14] Bulletin BAG 15/13, S. 239; Bulletin BAG 37/15, S. 641.

Pharmacode weiterhin (parallel zum GTIN) auch in der Refdata Datenbank (ebenfalls sogleich Rz 22e) zu publizieren.[15] Weiter wird der Pharmacode zur elektronischen Abrechnung zwischen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern und Kostenträgern sowie für die Logistik eingesetzt. Diese Funktionen wird der Pharmacode auch über 2016 hinaus wahrnehmen.[16] Vor der Einführung bzw. bis zur Durchsetzung des GTIN wird der Pharmacode, als Referenznummer auf allen Marktstufen, essentiell für den Vertrieb, die Verschreibung, den Verkauf und die Abrechnung aller Arzneimittel sein. Auch zum Zeitpunkt der Verfügung nimmt er noch eine entscheidende Referenzierungsfunktion wahr.

Der **EAN-Code** (European Article Number) ist die frühere Bezeichnung für den **GTIN-Code** (Global Trade Item Number). Hierbei handelt es sich um einen international standardisierten Identifikationsschlüssel, mit welchem sich ein Artikel eindeutig kennzeichnen lässt.[17]

d. **Leistungsorientierte Abgeltung (LOA)**: Die leistungsorientierte Abgeltung ist ein Tarifvertrag zwischen dem schweizerischen Apothekerverband (pharmaSuisse) und santésuisse – Die Schweizer Krankenversicherer und regelt die Vergütung der Apothekerleistungen durch die Versicherer im Bereich des KVG.[18]

22. Darüber hinaus werden für die Abwicklung der genannten Prozesse (Vertrieb, Verschreibung, Verkauf und Abrechnung aller Arzneimittel) weitere produktbezogene Informationen wie **Handelsname, Hersteller, Darreichungsform, Wirkstoffstärke, Preise, MwSt.-Nummer und Packungsgrössen etc**. benötigt.

e. **Informationen zu Akteuren** des Gesundheitswesens (Adressen, Abrechnungsnummern etc.) sind über die Datenbank **refdatabase** (frühere Bezeichnung swissindex), welche durch die Stiftung Refdata bereitgestellt wird, erhältlich. Die täglich aktualisierte Datenbank ist lizenzkostenfrei verfügbar. Sie umfasst inhaltlich sowohl Daten über Partner (Personen und Institutionen) im schweizerischen Gesundheitswesen als auch über Pharma-Artikel (von Swissmedic zugelassene Arzneimittel und immunbiologische Erzeugnisse). Die Referenzierung der einzelnen Datensätze erfolgt gemäss dem internationalen GS1-Standard: **GLN** (Global Location Number) für Partner und **GTIN** (Global Trade Item Number) für Artikel. «*Das heutige GS1 System stellt weltweit eindeutige Nummern zur Verfügung, um Waren, Dienstleistungen, Sachgegenstände und Standorte zu identifizieren. Diese Nummern sind als Strichcodes darstellbar, damit sie elektronisch eingelesen werden können, wo immer Geschäftsprozesse dies erfordern. Entwickelt wurde das GS1 System, um die Einschränkungen von unternehmens-, organisations- oder branchenspezifischen Identifikationssystemen zu überwinden und so den Handel effizienter und aufgeschlossener den Kundinnen und Kunden gegenüber durchführen zu können. Diese Identifikationsnummern werden auch zur elektronischen Datenübertragung (EDI - Electronic Data Interchange) verwendet.*»[19] Der GTIN hat den **EAN-Code** ablöst und wird durch die Stiftung Refdata in Zusammenarbeit mit GS1 Schweiz vergeben. Die Stiftung Refdata wird durch alle Zulassungsinhaberinnen finanziert und vergibt kostenpflichtig die GTIN an die Zulassungsinhaberinnen. Die Datenbank refdatabase wird durch e-mediat betrieben.[20]

23. Diese Medikamenteninformationen können grundsätzlich in gedruckter oder aber elektronischer Form vorliegen und genutzt werden. Im Rahmen vorliegender Untersuchung sind insbesondere die elektronischen Medikamenteninformationen von Relevanz. Diese werden den die Informationen Nutzenden in Form von Datensammlungen zur Verfügung gestellt, welche entweder direkt (in Form textorientierter Abfrageinstrumente z.B. auf den Homepages) konsultiert oder aber integriert in Informatiksysteme genutzt werden können. Datenbanken, welche direkt von den Anwendern aufgerufen, eingesehen und gelesen werden können, sind beispielsweise die Spezialitätenliste des BAG und pharmavista von e-mediat. Daneben werden die Medikamenteninformationen für eine integrierte Nutzung weiter veredelt (in strukturierter, codierter Form und angereichert mit weiteren Informationen) als maschinenlesbare Datensammlungen angeboten, welche in Informatiksysteme bzw. Softwarelösungen einfliessen, wie beispielsweise die INDEX-Daten von e-mediat. Auf die unterschiedlichen Stufen der Datenbereitstellung, Verarbeitung sowie deren Vertrieb und Verkauf wird nachfolgend unter B.3 eingegangen.

24. Im Leistungskatalog von Documed/e-mediat (nachfolgend Rz 81) werden die Medikamenteninformationen als «Artikel-, Produkt- und Fachinformationen» bezeichnet. Im Leistungskatalog 2015 werden die Medikamenteninformationen als «Produktdaten» zusammengefasst. Für die vorliegende Verfügung wird der Begriff «Medikamenteninformationen» verwendet.

B.1.2 Weitere für die Akteure des Gesundheitswesens relevante Informationen

25. Neben den Medikamenteninformationen sind Informationen betreffend weitere Produkte (vgl. Rz 17) für das Gesundheitswesen wesentlich, da diese ebenfalls eine medizinische Verwendung haben oder an den gleichen Verkaufspunkten verkauft werden. Diese Informationen können gleich wie die Medikamenteninformationen in verschiedener Form vorliegen, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen (Rz 23) verwiesen werden kann. In den INDEX-Produkten werden diese Informationen zusammen mit den Medikamenteninformationen vertrieben.

[15] <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf> (zuletzt besucht am 18.9.2015).
[16] <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/data/pharmacode.php> (zuletzt besucht am 16.9.2015).
[17] <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, S. 3 (zuletzt besucht am 18.9.2015).
[18] Vertrag abrufbar unter: <http://www.pharmasuisse.org/data/Oeffentlich/de/Themen/Tarifvertrag_LOA-IV_def_d_09-03-6.pdf> (zuletzt besucht am 2.12.2015).
[19] Vgl. die allgemeinen GS1 Spezifikationen unter <http://www.gs1.ch/docs/default-source/gs1-system-document/genspecs/genspec-allekapitel.pdf?sfvrsn=18>, S. 15 (zuletzt besucht am 16.9.2015).
[20] <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, S. 1 und 2 (zuletzt besucht am 18.9.2015).

B.1.2.1 MiGeL

26. Die **Mittel- und Gegenstände Liste** (MiGeL) wird durch das BAG herausgegeben und enthält Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder der Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, die von den Versicherten selbst oder allenfalls unter Beizug von nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Personen angebracht und/oder verwendet werden können und von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden (Art. 20 KLV). Auf der MiGeL sind Positionsnummer für Gegenstände enthalten, wie beispielweise eine Infusionspumpe, sowie die jeweilige Höchstvergütung je Positionsnummer durch die Krankenkasse. Nicht in der MiGeL enthalten sind demgegenüber andere Medizinprodukte wie beispielsweise Implantate oder Mittel und Gegenstände, die von Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern im Rahmen ihrer Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden (Art. 20a Abs. 2 KLV).

B.1.2.2 Daten von Non-Pharma Produkten

27. Informationen zu weiteren Produkten werden vorliegend als Daten von Non-Pharma Produkten bezeichnet und sind insbesondere:

a. Informationen zu Medizinprodukten (Art. 4 Abs. 1 Bst. b HMG);

b. Informationen zu Verbandmaterial, Medizinal-, Praxis- und Laborbedarf, Heilnahrung, Kurmittel/Nahrungsergänzungsmittel, Trink- und Sondennahrung, Körperpflege etc.

B.1.3 Arzneimittelpublikationssystem (AIPS)

28. Bevor in der Schweiz ein Arzneimittel durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer verschrieben oder abgegeben werden kann, muss dieses durch Swissmedic zugelassen werden. Die Zulassungsinhaberinnen haben im Zuge des Zulassungsverfahrens Swissmedic FI und PI[21] betreffend die zuzulassenden Arzneimittel einzureichen, welche im Anschluss von Swissmedic überprüft und freigegeben werden. Gestützt auf Art. 13 und Art. 14 AMZV i.V. mit Art. 16a VAM[22] müssen die FI und PI «auf geeignete Weise zur Verfügung» gestellt werden, wobei aus den Anhängen 4 und 5 AMZV hervorgeht, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss. Bei homöopathischen und anthroposophischen Arzneimitteln (mit Indikation) kann auf eine FI verzichtet werden, jedoch sind PI solcher Arzneimittel in gleicher Weise zu publizieren wie die PI herkömmlicher Arzneimittel (Art. 18 Abs. 1 KPAV[23]). Bei homöopathischen und anthroposophischen Arzneimitteln ohne Indikation muss auch keine PI erstellt werden (Art. 18 Abs. 2 KPAV).

29. Die Publikation der Arzneimittelinformationen hatte zur Zeit des Entscheids der WEKO i.S. von *Publikation von Arzneimittelinformationen*[24] 2008 in gedruckter und elektronischer Form in einem vollständigen Gesamtwerk zu erfolgen.[25] Zum damaligen Zeitpunkt der Verfügung der WEKO und noch bis 2012 bot einzig Documed ein solches gedrucktes Gesamtwerk, das Kompendium, an. Ab April 2008 konnte infolge eines Bundesgerichtsentscheides, welcher einen Urheberrechtsschutz für das Compendium verneinte, zumindest die elektronische Publikation theoretisch auch durch die ywesee GmbH (nachfolgend: ywesee) erfolgen.[26]

30. Aus den Anordnungen Swissmedics resultierte ein faktischer Zwang zum Abschluss eines kostenpflichtigen Publikationsvertrages mit Documed oder ywesee. Das Bundesverwaltungsgericht befand am 17. Juni 2011, dass diese Verpflichtung der Zulassungsinhaberinnen als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV[27]) einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe, die nicht vorhanden sei. Das Gericht befand weiter, dass eine Publikation durch Swissmedic selbst zulässig bzw. naheliegend sei.[28]

31. In der Folge verzichtete Swissmedic einstweilen darauf, die Zulassungsinhaberinnen zur Publikation in einem Gesamtwerk zu verpflichten, empfahl jedoch die Publikation im Arzneimittelkompendium von Documed oder bei ywesee vorübergehend beizubehalten.[29] Ziel war es, weiterhin eine möglichst umfassende Datenbank zu haben.

32. Swissmedic entschied im Herbst 2011, eine eigene umfassende elektronische Datenbank aller Arzneimittelinformationen zu betreiben, und schrieb den entsprechenden Auftrag öffentlich aus. Auf eine gedruckte Version wurde ab 2011 verzichtet. Nachgefragt wurde das gegenwärtig existierende AIPS. Finanziert wird AIPS indirekt über die Zulassungsgebühren.

33. Dabei fragte Swissmedic u.a. die initiale Erarbeitung einer Datenabbildungsstruktur für die Bereitstellung der Arzneimittelinformationen in maschinenlesbarer Form, die initiale Migration der bereits publizierten Arzneimittelinformationen zugelassener Arzneimittel auf die neue Plattform, die Entgegennahme der genehmigten neuen oder geänderten Arzneimittelinformationen der Zulassungsinhaberinnen sowie die Publikation der Arzneimittelinformationen in maschinenlesbarem, verbreitetem technischem Format (XML[30]) nach.[31] M.a.W. soll AIPS den interessierten Kreisen eine vollständige Sammlung an Arzneimittelinformationen aus Gründen der Patientensicherheit bieten. Über AIPS sind auch alle Informationen im XML-Format für Datenveredler verfügbar.

---

[21] Diese enthalten Informationen über die Wirkstoffe, Dosierung, Anwendung, Nebenwirkungen etc.: vgl. Anhang 4 und 5 der AMZV.

[22] Verordnung vom 17.10.2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

[23] Verordnung vom 22.6.2006 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die vereinfachte Zulassung von Komplementär- und Phytoarzneimitteln (Komplementär- und Phytoarzneimittelverordnung, KPAV; SR 812.212.24).

[24] RPW 2008/3, 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

[25] Swissmedic-Journal 1/2004, S. 23 f.; Swissmedic-Journal 2/2004, S. 148.

[26] BGE 134 III 166; für die entsprechende Weisung/Empfehlung seitens Swissmedic vgl. Swissmedic-Journal 3/2008, S. 164.

[27] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

[28] Urteil des BVGer C-6885/2008 vom 17.6.2011, E. 4.5 und E. 6.3.

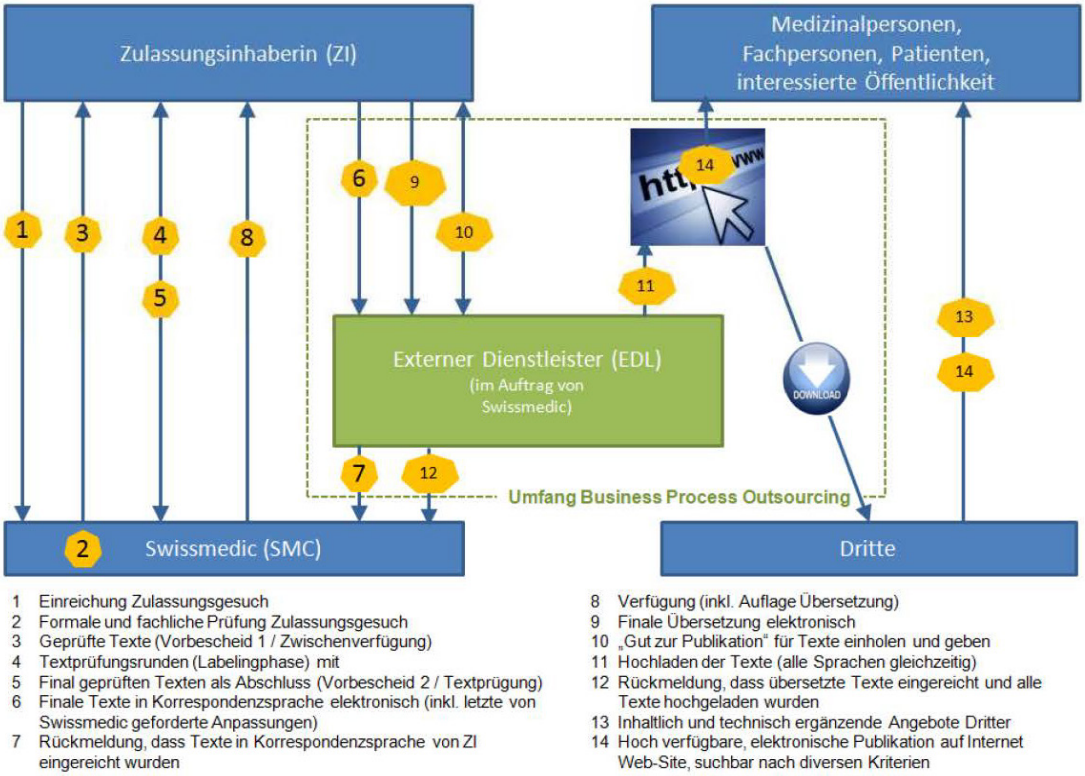
[29] Mitteilung von Swissmedic vom 27.6.2011, abrufbar unter: <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/00688/01524/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 14.11.2014).

[30] Extensible Markup Language (XML) ist eine Auszeichnungssprache zur Darstellung hierarchisch strukturierter Daten in Form von Textdateien. XML wird u.a. für den plattform- und implementationsunabhängigen Austausch von Daten zwischen Computersystemen eingesetzt.

[31] Gemäss Pflichtenheft der öffentlichen Ausschreibung.

34. Wie aus unten stehender Abbildung ersichtlich ist, stellen nach Konzeption die Arzneimittelinformationen auf AIPS die Grundlage für eine Veredelung durch Dritte dar (Punkt 13/14 ganz rechts). Daneben ist über diese Homepage (<www.swissmedicinfo.ch>) die direkte Abfrage möglich (Punkt 14 links). Swissmedic stellte das ausgeschriebene Outsourcing im Pflichtenheft wie folgt dar:

Abbildung 5: Beteiligte und Umfang Geschäftsprozess Outsourcing



Quelle: Swissmedic

35. HCI erhielt den Zuschlag für den Aufbau und den Betrieb der neuen Publikationsplattform AIPS.[32] Seit dem 1. Januar 2013 erfolgt die Publikation der Arzneimittelinformationen «auf geeignete Weise» nur noch auf AIPS. Durch die Publikation auf AIPS erfüllen die Zulassungsinhaberinnen ihre gesetzliche Pflicht zur Publikation.[33] Zur Publikation auf anderen Kanälen sind die Zulassungsinhaberinnen nicht verpflichtet.

36. AIPS erfüllt gemäss den Angaben von Swissmedic die folgenden Aufgaben (Angaben in eckigen Klammern hinzugefügt):[34]

- *«Eine kostenfreie Plattform[35] der behördlich genehmigten Fach- und Patienteninformationen für alle Nutzer;*
- *Eine kostenfreie Plattform für die Zulassungsinhaberinnen, um die von Swissmedic genehmigte FI und PI den Nutzern durch Hochladen der Texte [Punkt 11 gemäss Abbildung] verfügbar zu machen und damit ihre gesetzliche Pflicht zu erfüllen; […]*
- *Die AIPS Plattform ist die erste umfassende Plattform, auf der künftig alle FI und PI-Texte publiziert werden;*
- *Eine Plattform, von der jeder «Datenveredler» [bspw. e-mediat] den kompletten Stamm der FI und PI im XML Format downloaden kann. Die Informationen des XMLs sind auf die gesetzlichen Anforderungen der AMZV (Anhang 4, Artikel 13 für die FI und Anhang 5, Artikel 14 für die PI) beschränkt».*

37. Mit der Einführung von AIPS hat Swissmedic die Veröffentlichungsfunktion und damit die entsprechenden Angebote von Documed und ywesee ersetzt (vgl. Rz 29). AIPS stellt die neue Plattform für Arzneimittelinformationen dar. Gestützt auf die obigen Äusserungen von Swissmedic ist ausserdem davon auszugehen, dass die Verfügbarkeit eines vollständigen Datensatzes für die Behörde ein wichtiges Anliegen ist, was durch die Publikation durch die privaten Verleger nicht garantiert werden konnte.[36]

[32] Mitteilungen von Swissmedic vom 29.11.2011, 5.4.2012 und 23.7.2012, abrufbar unter: <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 14.11.2014).
[33] Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203 f. S.a. oben, Rz 28.
[34] AIPS Funktionsübersicht, S. 3, abrufbar unter: <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 19.9.2015).
[35] Die Kosten für den Betrieb von AIPS sind über die Zulassungsgebühren gedeckt.
[36] Documed und e-mediat geben an, dass das Arzneimittelkompendium nie ganz vollständig war. Dies entspricht und trifft faktisch wohl auch auf AIPS zu, welches im August 2013 das Ziel der Vollständigkeit mit 98 % erreicht hatte (vgl. <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de> [zuletzt besucht am 10.3.2017]).

B.2 Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen

38. In einem nächsten Schritt werden nun die Nachfragerinnen und Nachfrager von Medikamenteninformationen und insbesondere von Arzneimittelinformationen betrachtet.

39. Genutzt und damit nachgefragt werden die (elektronischen) Medikamenteninformationen durch nahezu alle Akteure im schweizerischen Gesundheitswesen. Dabei handelt es sich namentlich um Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (a), Vertriebsunternehmen (b) und Kostenträger (c) (vgl. auch nachstehend Abbildung 6).

a. Ärztinnen und Ärzte sowie Spitäler stellen die ambulante und stationäre Gesundheitsversorgung sicher. (Spital-)Apotheken gewähren die Versorgung mit pharmazeutischen Gütern und informieren und beraten zudem die Kundinnen und Kunden insbesondere im Bereich der Anwendung von Arzneimitteln ohne Beratung durch eine Spezialistin oder einen Spezialisten (Selbstmedikation). Daneben sind in gewissen Regionen Ärztinnen und Ärzte gemäss kantonalem Recht zur Selbstdispensation (= direkte Abgabe) von Medikamenten ermächtigt. Ärztinnen und Ärzte, Spitäler und Apotheken führen zunehmend ein elektronisches Patientendossier, das mit den Medikamenteninformationen verknüpft sein kann. Sie können zudem ihr Lager elektronisch bewirtschaften.

   Arzneimittel der Kategorien D und E (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel) dürfen auch von eidgenössisch diplomierten Drogistinnen und Drogisten abgegeben werden.[37] Insofern kommen auch ihnen gewisse Informations- und Beratungsaufgaben zu. Weiter führen diese eine breitere Produktepalette aus den Bereichen Nahrungsergänzung und Kosmetik als Apotheken. Diesbezügliche Informationen fallen jedoch, wie erwähnt, nicht unter die Medikamenteninformationen.

   Heime erfüllen die Aufgabe der Pflege von pflegebedürftigen Personen und haben dazu – ähnlich wie Ärztinnen und Ärzte, Spitäler oder Apotheken – ein Patientendossier zu führen. Daneben haben sie weitere Aufgaben wie die Zurverfügungstellung von Wohnraum und Bewirtschaftung und erledigen auch für diese verwandten Aufgaben die administrative Organisation über eine Software.

b. Abgesehen von den Spitälern beziehen die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Arzneimittel und unter Umständen weitere Produkte grundsätzlich von den Grossisten. Letztere übernehmen die Feinverteilung und haben individuelle Sortimente, Preise, Codes etc., welche in Zusammenhang mit dem Bestellwesen von Bedeutung sind. Bestellungen können elektronisch, per Fax oder Telefon eintreffen. Daneben wird zunehmend mit automatisierten Bestellvorgängen gearbeitet (Scannerstifte, Abrechnungssysteme etc.), welche im System des Grossisten aufgenommen und verarbeitet werden.

   Prewholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte. Gewisse Hersteller von Arzneimitteln konzentrieren sich auf ihr Kerngeschäft, die Forschung und Entwicklung, und lagern andere Tätigkeiten aus. Das Hauptangebot der Prewholesaler besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Nicht alle Prewholesaler verfügen dabei über eigene Transportmöglichkeiten. Oftmals wird der Transport der Pharmaprodukte seinerseits an spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert.[38] Daneben können Prewholesaler den Herstellern verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie z.B. die Abwicklung des Bestellwesens, Rechnungstellung, Inkasso oder die Übernahme des Delkredererisikos (auch Debitorenrisiko).[39]

c. Bei denjenigen Arzneimitteln, welche von den Krankenversicherern im Rahmen der Grund- oder Zusatzversicherung übernommen werden, hat sodann der Abrechnungsprozess mit den Krankenversicherern zu erfolgen. Die Übermittlung der dafür notwendigen Informationen erfolgt im System des Tiers garant von der oder dem Versicherten an seinen Krankenversicherer. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer werden direkt von der Kundin oder dem Kunden abgegolten. Im System des Tiers payant erfolgt die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruches gegenüber den Krankenversicherern in der Regel direkt durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, d.h. von der jeweiligen Abgabestelle gegenüber dem Krankenversicherer der Kundin oder des Kunden (vgl. Art. 42 KVG). Die Kundin oder der Kunde erhält lediglich eine Kopie der Rechnung.

   Unfallversicherungen übernehmen u.a. die Kosten für die Heilbehandlung nach einem Unfall (Art. 10 UVG[40]) und benötigen für die Abrechnung der Arzneimittel ebenfalls entsprechende Informationen.

   Die Invalidenversicherung übernimmt die Kosten in Folge Invalidität (Art. 4 IVG[41]) und benötigt für die Abrechnung der Arzneimittel ebenfalls entsprechende Informationen.

40. Viele der Tätigkeiten der genannten Akteure und die Interaktion zwischen denselben – wie bspw. bei der Führung von Patientendossiers oder das Bestellwesen – erfolgen weitgehend EDV-unterstützt und laufen vornehmlich und zunehmend elektronisch ab. Daneben sind verschiedene textorientierte Abfrageinstrumente nicht nur der Fachwelt, sondern der Allgemeinheit zugänglich. Auch das Interesse der Öffentlichkeit wird zunehmend in

[37] Art. 25 Abs. 1 Bst. b HMG i.V.m. Art. 23, 24, 25, 26 und 27 VAM. Eine erweiterte Kompetenz zur Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel mit vorheriger Fachberatung (Kategorie C) besteht im Falle von Art. 25b VAM.

[38] RPW 2005/4, 641 Rz 33, *Galenica SA/Alliance Uni*.

[39] RPW 2009/2, 178 Rz 36, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica*; RPW 2015/3, 365 Rz 23, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

[40] Bundesgesetz vom 20.3.1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

[41] Bundesgesetz vom 19.6.1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

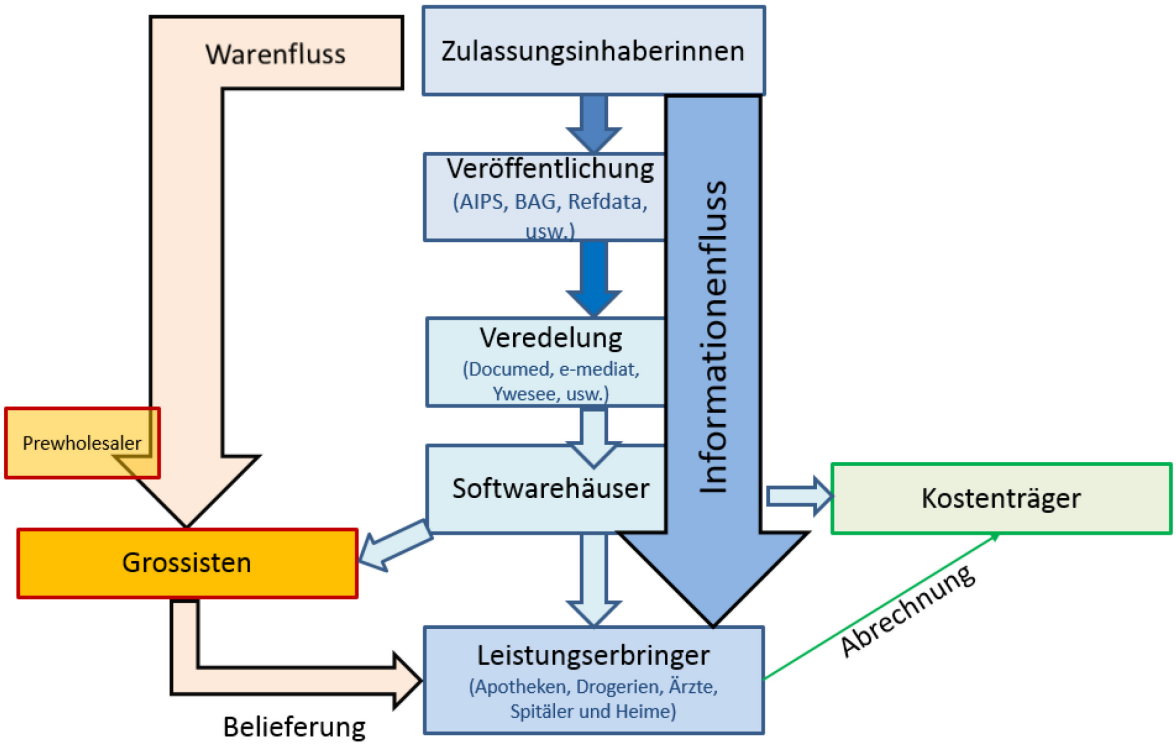
elektronischer Form bedient. Dies geschieht auf elektronischem Weg über Homepages[42] oder auch über Applikationen für Smartphones oder Tablets.[43]

41. Alle genannten Akteure sind in Zusammenhang mit ihren Tätigkeiten in unterschiedlichem Ausmass auf elektronische Medikamenteninformationen angewiesen. Sie dienen ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentin oder den Konsumenten, der dazugehörigen Lagerbewirtschaftung und dem Bestellwesen sowie der Abrechnung mit den Kostenträgern (vgl. dazu auch Rz 55 ff.).

B.3 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen

42. Die nachfolgende Grafik illustriert den Datenfluss von der Veröffentlichung durch die Zulassungsinhaberinnen respektive der Bereitstellung über Plattformen der Behörden über die weitere Verarbeitung durch Datenveredler und Softwarehäuser bis hin zur Verwendung in Form von Datensammlungen durch die Abnehmer. Auf die einzelnen Schritte wird nachfolgend eingegangen. Wie vorne erwähnt stellen sich im Rahmen vorliegender Untersuchung v.a. Fragen in Zusammenhang mit der Publikation und der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen. Eine klare Unterscheidung dieser beiden Stufen der Wertschöpfungskette ist folglich elementar.

Abbildung 6: Fluss elektronischer Medikamenteninformationen



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

B.3.1 Veröffentlichung

43. Wie bereits in Rz 28 ff. erläutert, besteht eine regulatorische Pflicht, die Arzneimittelinformationen auf AIPS zu veröffentlichen. Andere Medikamenteninformationen, die für den Vertrieb, die Abgabe und Abrechnung von Medikamenten notwendig sind, werden teilweise ebenfalls öffentlich zur Verfügung gestellt (z.B. Spezialitätenliste, Refdata-Datenbank, MiGeL). Darüber hinaus werden Informationen von den Herstellern freiwillig bereitgestellt – entweder über die vorne genannten Datenbanken von Behörden und Privaten (Primärquellen) oder aber direkt an die Datenveredler oder Endnutzerinnen und Endnutzer dieser Informationen.

[42] Wie bereits erwähnt bieten verschiedene Akteure der Allgemeinheit online Zugang zu den Datenbanken: Swissmedic über AIPS, ywesee, just-medical, aber auch das Compendium von Documed.
[43] Compendium-App, med-drugs mobile App.

B.3.2 Kommerzialisierung

B.3.2.1 Im Allgemeinen

44. Die auf AIPS publizierten Arzneimittelinformationen sowie weitere, oben genannte für den Vertrieb von Arzneimitteln relevante Informationen werden auf Stufe der sogenannten «Kommerzialisierung» von Unternehmen veredelt, um diese veredelten Daten anschliessend für die Nutzung durch Abnehmer von strukturierten Datensätzen zu kommerzialisieren.

45. Nach der Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Systeme der Datenveredler werden diese verarbeitet. Die Veredelung der Daten umfasst dabei mehrere Arbeitsschritte. Dazu zählen die Aggregation, die Strukturierung und die Codierung:

a. Aggregation: Bei der Aggregation werden die Daten aus verschiedenen Primärquellen aggregiert und in einer Datenbank vereint (z.B. die Daten aus AIPS und der Spezialitätenliste). Zudem können auch Daten ergänzt werden, die selbst generiert werden können (bspw. Produktabbildungen).

b. Strukturierung: Die Medikamenteninformationen müssen in eine bestimmte Struktur gebracht werden, damit auf Basis der Daten weitere Funktionen wie z.B. die Interaktions-prüfung programmiert werden können. Diese Struktur entspricht z.B. den Feldern einer Tabelle. Gleichzeitig müssen sie auf einem einheitlichen Muster basieren und auf bestimmte Identifyer (eine Basis) bezogen werden. Welche Struktur ein Datensatz hat, ist für jede Datenbank unterschiedlich. Die Anzahl der Datenfelder, die strukturiert werden, hängt davon ab, wie viele Daten vorhanden sind und wie diese aufgeteilt werden. Die Struktur auf AIPS ergibt sich beispielsweise aus den Anhängen 4 und 5 der AMZV. e-mediat verwendet dagegen Daten aus verschiedenen Quellen und unterteilt die Informationen weitergehend als auf AIPS. Bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens teilte e-mediat mit, dass ihre Datenbank aus 18 verschiedenen Schemata (Themenbereiche) bestehen, in die verschiedene Datensätze einfliessen, und so bspw. beim hospINDEX (vgl. unten Rz 49) […] Datenfelder vorhanden sind.[44]

c. Codierung: Die bei der Strukturierung verwendeten Datenfelder werden in einen maschinenlesbaren Code «übersetzt». Beispielsweise wird bei einem Arzneimittel der Code 1 an der entsprechenden Stelle hinterlegt, falls das Produkt gekühlt gelagert werden muss oder der Code 0, falls keine Kühlung erforderlich ist. Anhand dieser Codierung sind auch Interaktionsprüfungen zwischen verschiedenen Produkten möglich. Die Softwarehäuser, die Funktionen basierend auf den Arzneimittelinformationen anbieten, müssen die Codierung kennen.

46. Veredelte Daten können anschliessend kommerzialisiert werden, indem die Datenveredler die veredelten Daten in das jeweilige Informatiksystem der Anwender der Datensammlungen einfliessen lassen. Dort werden, je nach Softwareprodukt, unterschiedliche Informationen extrahiert und in die Softwarelösung integriert (vgl. dazu Rz 51).

47. Die veredelten Daten ermöglichen somit zum einen den elektronischen Abruf von Arzneimittelinformationen über die jeweiligen Softwareprogramme und zum anderen den Austausch von spezifischen Artikelstammdaten für den Betrieb von beispielsweise Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt (d.h. für Kundenbetreuung, Qualitätssicherung, Lagerbewirtschaftung, Materialwirtschaft, Verkaufsprozess). Sie dienen ausserdem der Parametrisierung und Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel («Supply Chain»).[45] Den Kostenträgern dienen die Daten in Zusammenhang mit deren Rechnungsprüfung und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern u.a. in Zusammenhang mit der Verschreibung von Arzneimitteln, der Beratung, Ausübung ihrer Sorgfaltspflichten sowie Kontroll- und Abrechnungsprozessen.

B.3.2.2 Kommerzialisierung durch HCI/e-mediat

48. Vorliegende Untersuchung fokussiert sich auf die führende Anbieterin solcher veredelten Daten: e-mediat bzw. seit 1. Januar 2016 HCI. e-mediat bietet seit 2012 sieben unterschiedliche INDEX-Produkte an, die elektronische Artikel- und Partner-Daten aus den e-mediat-Datenbanken im XML-Format enthalten und auf die Bedürfnisse der Anwender ausgerichtet sind. Die referenzierten Artikel sind mit kommerziellen und wissenschaftlichen Daten verknüpft:[46]

- **careINDEX** richtet sich an die Heime und umfasst rund 100'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).
- **drogINDEX** richtet sich an die Drogerien und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).
- **hospINDEX** richtet sich an die Spitäler. Die Selektion der Daten ist auf die Bedürfnisse der Spitäler ausgerichtet.
- **medINDEX** richtet sich an die Ärztinnen und Ärzte und umfasst rund 100'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).[47]
- **pharmINDEX** richtet sich an die Apotheken und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).

[44] Im Oktober 2015 wurden 20 verschiedene Schemata verwendet; vgl. auch: <https://index.ws.e-mediat.net/DataDoc/> (zuletzt besucht am 19.10.2015).

[45] Vgl. die entsprechenden Feststellungen betreffend Galdat (Vorgängerprodukt der INDEX-Produkte von e-mediat) in RPW 2010/4, 654 Rz 42 ff., *Hors-Liste Medikamente*: *Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

[46] <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php> (zuletzt besucht am 17.9.2015).

[47] <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php> (zuletzt besucht am 17.9.2015): medINDEX Basic ist das kleinste verfügbare Datenpaket; Leistungsumfang medINDEX Basic: Pharma-Produkte (Swissmedic zugelassene Arzneimittel, Impfstoffe, Sera), Non-Pharma-Produkte (Verbandmaterial, Medizinal-, Praxis- und Laborbedarf, Heilnahrung, Kurmittel/Nahrungsergänzungsmitte, Trink- und Sondennahrung, Körperpflege), Limitationen, Arzneimittel-Fachinformation und Patienteninformation, Kurztexte, Kalkulatorische Felder, Adressen (Hersteller, Vertreter, Lieferant, Kostenträger, Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer).

- **insureINDEX** richtet sich an Kostenträger (Kranken- und Unfallversicherer) sowie Dienstleistungsunternehmen in diesem Bereich und enthält neben den im ambulanten Bereich verwendeten Produkten (Galdat) auch die ausschliesslich im stationären Bereich eingesetzten Produkte (Medikamente und andere).
- **logINDEX** richtet sich an die Grossisten und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).

49. Die INDEX-Produkte lösten 2012 das Vorgängerprodukt Galdat ab, welches seit 1993 die gesamtschweizerische Artikelstammdatenbank war, entwickelt für Apotheken und Pharmagrossisten. Im Laufe der Zeit wurde Galdat auch von anderen Anwendern von Datensammlungen (wie Spitäler, Heime und Krankenkassen) verwendet.[48] Die Ablösung von Galdat erfolgte gemäss e-mediat hauptsächlich deshalb, da dieses keine Individualisierungen nach den Bedürfnissen der Zielgruppen zuliess, was durch die Indices möglich ist. Ärztinnen und Ärzte arbeiteten dagegen verbreitet mit Arzneimittelinformationen im Papierformat und damit dem gedruckten Kompendium von Documed. Viele verfügten wenn dann über relativ einfache Praxisadministrationssoftware, welche häufig via Datenlieferungen seitens der Grossisten aktualisiert wurden (IGM Format). Ihnen stand somit mit dem IGM eine elektronische Alternative[49] zu Galdat zur Verfügung. Galdat wurde in Bezug auf Ärztinnen und Ärzte durch medINDEX abgelöst. Damit nimmt HCI die zunehmende Digitalisierung von Arztpraxen mit komplexeren elektronischen Prozessen vorweg (Stichwort elektronische Patientenakte). V.a. Apotheken benötigten bislang die Verbindung von Warenwirtschaft, Kassensystem und pharmazeutischen Informationen.

50. Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Indices können sich auf den Umfang oder den Detaillierungsgrad beziehen. Beispielsweise enthält der medINDEX keine Kosmetikprodukte, der drogINDEX dagegen schon.

B.3.3 Übermittlung an die Abnehmer

51. Die sogenannten Softwarehäuser (Systemanbieter) programmieren und unterhalten Informatikprogramme, welche auf die Bedürfnisse der verschiedenen Akteure im schweizerischen Gesundheitswesen ausgerichtet sind und in deren Systeme/Softwareumgebungen installiert werden. Über diese Produkte werden die Datensammlungen den Abnehmern zur Verfügung gestellt.

52. Aktuell sind in der Schweiz über 150 Softwarehäuser tätig.[50] Diese Unternehmen spezialisieren sich ihrerseits auf bestimmte Abnehmergruppen respektive Tools. So bieten die einen beispielsweise Praxisadministrationssysteme für Ärztinnen und Ärzte, die etwa eine Debitorenbewirtschaftung oder elektronische Patientendossiers enthalten können, andere Pflegemanager für Heime oder Rezeptverkauf und Lagerbewirtschaftung für Apotheken an. Spitäler arbeiten mit Software, die die Materialwirtschaft, die Apothekenverwaltung und die Patientenadministration umfasst. Auch die Galenica-Gruppe bietet durch die Gesellschaft HCI Software für Ärztinnen und Ärzte (Triamed) sowie für Apotheken und Drogerien (Triapharm) an.[51]

53. Die Bereitstellung (Vertrieb) der Daten kann auf verschiedenen Wegen erfolgen:

- Der Datenveredler verkauft die Daten den Softwarehäusern. Diese verkaufen anschliessend die Software und bilden einen Gesamtpreis für Software und Daten. In diesem Fall sind die Daten das Ausgangsprodukt für die Software. Auch kann der Datenveredler selbst zusätzlich Software anbieten und die Daten zusammen mit der Software vertreiben (Geschäftsmodell beispielsweise von ywesee).
- Daneben können die Daten den Endabnehmern separat zu der Software angeboten werden. Ihnen werden die Daten entweder direkt vom Datenveredler verkauft oder aber über die Softwarehäuser als Vermittler.[52]

54. e-mediat verfolgt beim Vertrieb der Datenprodukte beide beschriebenen Modelle. Wie der Vertrieb in Zusammenhang mit den konzerneigenen Softwareprogrammen, welche seitens einer Schwestergesellschaft von e-mediat angeboten werden, gestaltet ist, kann offen bleiben, da er für die vorliegende Beurteilung nicht von Relevanz ist.

B.3.4 Verwendung der Daten und Nutzung durch die Abnehmer

55. Die veredelten maschinenlesbaren Daten dienen den Nachfragerinnen und Nachfragern der Daten (Rz 38 ff.) zur Erfüllung ihrer Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentinnen oder Konsumenten, der dazugehörigen Lagerbewirtschaftung und dem Bestellwesen sowie der Abrechnung mit den Krankenversicherern.

[48] Zu Galdat allgemein: RPW 2010/4, 654 Rz 42 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.
[49] IGM ist das Format, in dem e-mediat früher Medikamenteninformationen an die Ärztinnen und Ärzte vertrieb. Dieses basiert auf einer einfachen Textdatei und erlaubt keine zeitgemässe Datenverarbeitung.
[50] <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php> (zuletzt besucht am 8.10.2015).
[51] <http://www.triapharm.ch/de/>; <http://www.mytriamed.ch/triamed/DE/Home.aspx> (beide Seiten zuletzt besucht am 8.10.2015).
[52] Separate Rechnungsstellung durch Datenveredler oder Softwarehaus als Vermittler.

56. Beispielsweise kann eine Apotheke mit der Software des Softwarehauses CSE Computer für Pharmazie und Medizin AG (diese basiert auf den INDEX-Daten) über ein und dieselbe Software ein elektronisches Patientendossier führen und alle nötigen Informationen über Medikamente zur Beratung der Kundin oder des Kunden abrufen. Daneben dient die gleiche Software auch als Kassensystem, zur Warenbewirtschaftung und allenfalls Abrechnung gegenüber Versicherern. Zudem sind Module für die Buchhaltung, das Marketing und Statistiken vorhanden. Andere Funktionen wurden bereits in Rz 52 angesprochen, wobei nicht auf jede Anwendungsmöglichkeit eingegangen werden soll. Es ist offensichtlich, dass die Verwendung einer entsprechenden Software die Arbeit der verschiedenen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger des Gesundheitswesens gegenüber der manuellen Betreuung bzw. ohne spezialisierte Software erheblich vereinfacht.

57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Medikamenteninformationen in Form der INDEX-Daten unabhängig von den individuellen abnehmerspezifischen Bedürfnissen in Bezug auf die Softwarelösungen, sowohl bei der Führung von Patientendossiers, der Beratung der Konsumentinnen oder Konsumenten, der Verschreibung von Arzneimitteln, beim Verkauf von Arzneimitteln, der Lagerbewirtschaftung und der Abrechnung gegenüber Kostenträgern verwendet werden und für diese zentral sind.

B.3.5 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen in Deutschland

58. Im Rahmen der Parteieinvernahme mit […], damals […] von e-mediat und Documed, wurde vorgebracht, dass das von der Galenica-Gruppe verwendete Finanzierungsmodell – Finanzierung je zur Hälfte durch die Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringer und Leistungserbringerinnen – in Deutschland ebenfalls verbreitet sei. In der Folge wurden auch Ermittlungshandlungen betreffend ausländische Vergleichsmärkte, insbesondere Deutschland, betrieben. Dabei stellte sich heraus, dass die Marktsituation in Deutschland mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar ist (vgl. dazu nachstehend, Rz 59 ff.). Auch in Deutschland sind die Sammlung und die Zurverfügungstellung von Arzneimittel- aber auch Vertriebsinformationen staatlich reguliert und andere Dienstleistungen werden im Wettbewerb erbracht. Das in der Parteieinvernahme vorgebrachte Argument, dass das Finanzierungsmodell in Deutschland mit demjenigen von Documed/e-mediat vergleichbar sei, hat sich hingegen nicht bestätigt.

59. In Deutschland haben die Pharmahersteller (nach Schweizer Terminologie: Zulassungsinhaberinnen) in Bezug auf die Arzneimittelinformationen die Pflicht, ihren Arzneimitteln Packungsbeilagen («Gebrauchsanweisungen») beizulegen (§ 11 AMG[53]). Zudem haben sie die Pflicht, den Fachkreisen auf Anfrage entsprechende Gebrauchsinformationen zur Verfügung zu stellen (§ 11a AMG). In Anpassung an die Änderung der Pharmakovigilanz-Richtlinie der EU[54] wurde § 34 Abs. 1a Nr. 1 AMG dahingehend geändert, dass die Bundesbehörden die Öffentlichkeit über die aktuelle Fassung der Packungsbeilage und der Fachinformationen zu informieren haben. Diese Information geschieht über ein Internetportal.[55] Die Aufnahme der anzuliefernden Arzneimittelinformationen in dieses Internetportal erfolgt kostenlos. Diese Aufgabe des Portals ist mit der des schweizerischen AIPS vergleichbar. Vor der Einführung des Portals des Staates haben die Pharmahersteller die Information der Fachkreise über die «Rote Liste»[56] wahrgenommen. Diese besteht auch im Zeitpunkt des Entscheides noch, jedoch arbeiten nicht mehr alle Pharmahersteller mit dieser zusammen, da die Aufnahme dort kostenpflichtig ist und die Information der Fachkreise durch das Portal des Staates gewährleistet ist. Somit ist die Rote Liste nicht mehr komplett. Die Funktionen, welche die Rote Liste früher wahrnahm, erinnern an die des Schweizer Pendants, des Compendiums.

60. Neben der Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen besteht die Pflicht der Pharmahersteller, den Krankenkassen und den Apotheken die massgeblichen Preis- und Produktangaben (Vertriebsinformationen) mitzuteilen und ein einheitliches Kennzeichen zu verwenden (§ 131 Abs. 4 und Abs. 5 SGB V[57]). Gestützt auf diese Bestimmung hat der Spitzenverband Bund der Krankenkassen einen Rahmenvertrag mit den Spitzenorganisationen der Pharmahersteller abgeschlossen.[58] Aus diesem Rahmenvertrag ergibt sich, dass die Pflicht der Pharmahersteller betreffend Vertriebsinformationen nur durch die Aufnahme in die Datenbank der IFA GmbH (IFA-Datenbank) erfüllt werden kann.[59] Die IFA-Datenbank umfasst somit die Vertriebsinformationen aller in Deutschland zugelassener Arzneimittel und ist als solche ihrerseits vergleichbar mit refdatabase respektive den INDEX-Datenbanken auf nachgelagerter Stufe. Die IFA vergibt auch das einheitliche Kennzeichen (Pharmazentralnummer; PZN). Die PZN ist als einheitliches Kennzeichen vergleichbar mit dem GTIN/EAN in der Schweiz, wohingegen dieser hierzulande (noch) keine zentrale Referenzierungsfunktion wahrnimmt. Diese Rolle kommt gegenwärtig noch einem privaten Kennzeichen, dem Pharmacode, herausgegeben und kontrolliert von e-mediat, zu. Die Aufnahme in die IFA-Datenbank ist für die Pharmahersteller kostenpflichtig,

[53] Gesetz vom 24.8.1976 über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG).
[54] Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel hinsichtlich der Pharmakovigilanz; geändert durch Richtlinie 2010/84/EU, ABl. L 348/74 vom 31.12.2010.
[55] <http://www.pharmnet-bund.de/static/de/index.html> (zuletzt besucht am 15.10.2015).
[56] Rote Liste Service GmbH, <http://www.rote-liste.de/> (zuletzt besucht am 15.10.2015).
[57] Sozialgesetzbuch vom 20.12.1988 (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung.
[58] Rahmenvertrag nach § 131 SGB V über das bundeseinheitliche Arzneimittelkennzeichen sowie Preis- und Produktinformationen pharmazeutischer Unternehmer vom 14.5.2012, abrufbar unter: <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/arzneimittel/rahmenvertraege/pharmazeutische_unternehmer/AZ_Rahmenvertrag_131_bundeseinheitliche_Arzneimittelkennzeichen_2012-06-20.pdf> (zuletzt besucht am 15.10.2015).
[59] Anders als in der Schweiz sind die Vorgaben in Bezug auf die Codierung der Vertriebsdaten öffentlich und können von Seiten der Pharmaindustrie selbst oder durch Dritte vorgenommen werden (vgl. IFA-Infodienste Produktbeschreibung – 10189/20189 abrufbar unter: <http://www.ifaffm.de/de/home.html>).

jedoch sind die Kosten relativ gering.[60] Die IFA veredelt somit die Vertriebsinformationen ein erstes Mal. In der Schweiz bestehen im Unterschied dazu keine staatlichen Vorschriften betreffend Vertriebsinformationen respektive der Verwendung eines einheitlichen Kennzeichens. Über die umfassendste Sammlung an Vertriebsinformationen – herausgegeben seitens der Hersteller sowie eigen generierte – verfügt in der Schweiz e-mediat.

61. Im deutschen System übernehmen verschiedenste Softwarehäuser direkt die weitere Veredelung der vorhandenen Daten. Es gibt keinen Datenveredler, der die vorhandenen Daten zusammenführt und anschliessend Verträge über den weiteren Vertrieb mit Softwarehäusern unterhält. Die Softwarehäuser sind in Deutschland gleichzeitig Datenveredler. Sie beziehen kostenpflichtig die Daten von der IFA und ergänzen diese mit den Arzneimittelinformationen, die über das Internetportal des Staates zur Verfügung stehen. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich nach Art und Umfang der Datennutzung durch die Softwarehäuser, bzw. indirekt durch die Endnutzerinnen und Endnutzer der Software – die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger. Direkte Vertragsbeziehungen zu den Pharmaherstellern sind von den Softwarehäusern, wenn überhaupt, nur in Bezug auf das Listing vorhanden. Unter Listing kann die spezielle Abbildung des Produktes über das Softwareprodukt verstanden werden. Daneben sind auch Werbemassnahmen i.e.S. vorhanden, wie die besondere Positionierung des Produktes bei der Suche.[61] Für die Aufnahme als solche mit einem Basiseintrag sind jedoch keine Zahlungen geschuldet. Zudem gibt es auch Softwarehäuser, die ganz auf Zahlungen von den Pharmaherstellern verzichten und sich ausschliesslich durch die Lizenzierung der Software und die Verwendung der dahinterstehenden Datenbank an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und andere Abnehmer finanzieren. Die Softwarehäuser aggregieren die Vertriebsinformationen und die Arzneimittelinformationen und betreiben somit eine weitere Veredelung der Daten.

62. Das System in Deutschland zeigt, dass die Aufnahme der *Arzneimittelinformationen* in die veredelte Datenbank der Softwarehäuser ohne Vertragsschluss zwischen den Veredlern (Softwarehäusern) und den Pharmaherstellern und entsprechend ohne Entgelt erfolgt. Die Über- und Aufnahme der *Vertriebsdaten* der IFA GmbH durch Softwarehäuser erfolgt ebenfalls ohne Vertragsschluss und Entgelt zwischen den Softwarehäusern und den Pharmaherstellern. Vorhanden sind ausschliesslich Verträge betreffend Sonderleistungen wie das Listing, Werbemassnahmen in der Software etc.

B.4 Vertragsgestaltung und Praxis von Documed/e-mediat über die Jahre

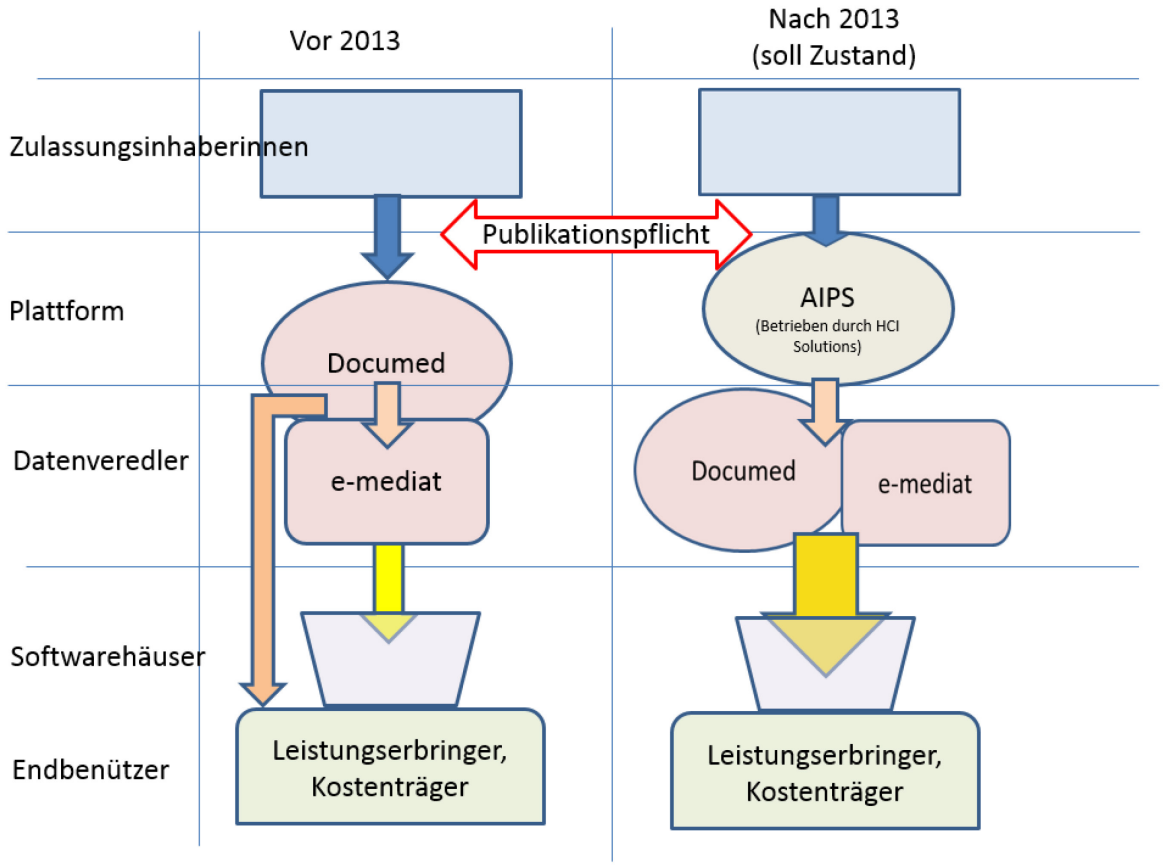
63. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, zu welchem Zeitpunkt die Zulassungsinhaberinnen mit welcher Galenica-Gruppengesellschaft (Documed und/oder e-mediat) einen Vertrag über welchen Gegenstand (die Publikation im Kompendium, die Aufnahme in die Galdat-/INDEX-Datenbanken, Referenzierung seitens Refdata mit EAN/GTIN Code, Vergabe eines Pharmacodes) abschlossen haben. In diesem Teil wird konkret das Verhalten von Documed/e-mediat in den oben festgehaltenen Rahmenbedingungen (Kapitel B.1, B.2 und B.3) beschrieben.

64. Überblickartig können die Änderungen in der Wertschöpfungskette durch den Wegfall der Publikationspflicht der Arzneimittelinformationen bei Documed (bzw. ywesee) wie folgt dargestellt werden:

[60] Jahresgrundgebühr: EUR 50.–; Zuteilung PZN: EUR 3.–; Neuaufnahme der Artikeldaten: EUR 6.–; Änderungen EUR 3.–; komplette Preisliste abrufbar unter: <http://www.ifaffm.de/de/ifa-fuer-anbieter/ifa-preisliste.html> (zuletzt besucht am 15.10.2015).

[61] So werden beispielsweise Zahlungen entrichtet für die Position des Ergebnisses im Rahmen einer Suchanfrage ähnlich der Suche über Online-Suchmaschinen oder bei Hotelbuchungsplattformen. Z.B.: Bei einer Suche nach einem entsprechenden Wirkstoff kann das Medikament der zahlungsbereiten Zulassungsinhaberin als erstes angezeigt werden.

Abbildung 7: Wertschöpfungskette vor und nach 2013



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

B.4.1 Frühere Vertragsgestaltung

B.4.1.1 Verträge von Documed

65. Seit 1989 bzw. 2002[62] besteht die bereits erwähnte Pflicht der Zulassungsinhaberinnen, die jeweils aktuellen, durch Swissmedic genehmigten Arzneimittelinformationen den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung dieser Arzneimittel berechtigten Personen in geeigneter Weise zur Verfügung zu stellen (vgl. auch die Ausführungen dazu in Rz 28 und 194). Dies erfolgte seit jeher über Documed.

66. Mit Verfügung der WEKO vom 7. Juli 2008 wurde festgestellt, dass Documed auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk und auf dem Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung hat und dass Documed durch Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG ihre Stellung missbrauchte.[63] Die Zulassungsinhaberinnen hatten die Kosten für die Publikation zu tragen, wobei der grösste Aufwand beim Erfassen und bei den mit dem Druck zusammenhängenden Arbeiten anfiel.[64] Zum entsprechenden Standardprozess *im Hinblick auf die Publikation* gehörten das Erfassen des Textes in die Kompendiumsdatenbank, die Kontrolle auf Vollständigkeit, die Klärung der Unklarheiten mit den Zulassungsinhaberinnen oder Swissmedic, das Einfügen des Textes ins korrekte Wirkstoffregister und therapeutische Register sowie das definitive Erfassen des Textes nach dem «Gut zum Druck» durch die Zulassungsinhaberinnen.[65] Diese *in Zusammenhang mit der Publikation stehenden Kosten* durfte Documed den Zulassungsinhaberinnen in Rechnung stellen, was sie via einen kostenbasierten Basispreis (Dossierführungskosten) sowie einen Volumenpreis (abhängig von Länge der Texte/Anzahl Zeichen) tat. Darüber hinaus lagen für den damals ebenfalls im Raum stehenden Vorwurf der Querfinanzierung weiterer Produkte keine Indizien vor. Es schien, dass die entsprechenden Kosten, insbesondere für die Dienstleistungen und Produkte gegenüber anderen, wie beispielsweise gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern [Galdat, respektive INDEX-Datenbank], nicht zulasten der Zulassungsinhaberinnen gingen.[66]

[62] Hintergründe erläutert in RPW 2008/3, 386 Rz 5 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[63] RPW 2008/3, 410 Dispositivziffern 1 und 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[64] RPW 2008/3, 404 Rz 199, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[65] RPW 2008/3, 394 Rz 199, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[66] RPW 2008/3, 406 Rz 212 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

67. Aus damaliger Sicht nicht stichhaltig erschien das von Documed vorgebrachte Argument, dass 40 % aller bereits publizierten Texte im Laufe eines Vertragsjahres massgeblich fachredaktionell mutiert werden müssten, obschon gemäss Angaben von Swissmedic 90 % der Arzneimittelinformationen unverändert blieben.[67] Die identischen Preise zwischen Neuaufnahmen oder Mutationen von Arzneimittelinformationen ins Kompendium und solchen, die unverändert aus der Vorgängerversion übernommen werden konnten, erfüllten das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG.[68]

68. Auch nach Abschluss der Untersuchung gegen Documed 2008 schlossen die Zulassungsinhaberinnen Verträge *ausschliesslich mit Documed und ausschliesslich betreffend die Publikation* ihrer FI und PI im Kompendium ab. Documed hatte gemäss der einvernehmlichen Regelung (auch EVR) ausgewiesene kostengerechte Basispreise sowie differenzierte Volumen-/Produktionspreise für gegenüber dem Vorjahr veränderte und unveränderte Arzneimittelinformationen zu verlangen.[69] Documed schloss damit Verträge über die – und nur die – Publikation im Kompendium ab, wobei der Druck im Vordergrund stand.[70] Dementsprechend wurden die kostengerechten Preise mit einem Millimetertarif berechnet. Mit dem ein- bis dreijährigen «*Auftrag für Anmeldung, Aufnahme und Publikation im Arzneimittelkompendium der Schweiz*» meldeten die Zulassungsinhaberinnen ihre Produkte für das Kompendium inklusive elektronischer Version und für die Supplementa (Aktualisierungen) an. Sie akzeptierten darin die «Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB)» sowie die «Nutzungsbedingungen für das compendiumPortal»[71] für online Publikationsaufträge. Gemäss den AVB wurden die Basisinformationen (FI/PI) in Anwendung der AMZV publiziert und mit ergänzenden, nicht publikationspflichtigen Informationen über Heilmittel (sog. Pseudo-FI, Gebrauchsinformationen für Medizinprodukte) ergänzt. Von Galdat respektive den INDEX-Produkten und auch einer Weitergabe der Daten an e-mediat war nicht die Rede. Diesbezüglich bestanden keine entsprechenden Verträge mit Documed oder e-mediat.

69. […] ist, dass schon vor der Übernahme Documeds im Jahr 2004 seitens von Galenica zwischen Documed und e-mediat ein Vertrag bestand und dass die beiden Unternehmen sich gegenseitig mit Daten und Codes beliefert haben. Der Austausch der Informationen war kostenpflichtig. Documed hat e-mediat die strukturierten Arzneimittelinformationen zu einem Pauschalpreis von CHF [...] geliefert und die e-mediat der Documed die packungsorientierten Daten und Codes aus dem Galdat-Datenstamm zu einem Pauschalpreis von CHF […]. Mit der Bezahlung von CHF […] für die Lieferung der strukturierten Daten wurde gemäss den Parteien aber nicht der Gesamtaufwand für die Aufbereitung abgegolten. Dieser wurde und werde vielmehr zum ganz überwiegenden Teil durch die Zulassungsinhaberinnen finanziert.

70. Gemäss der Parteien würden die veredelten Fachinformationen erst seit 2008 in die INDEX-Datenbanken überführt, so dass von Seiten Documed die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung hätten übernommen werden können.

B.4.1.2 Verträge von e-mediat

71. Neben Documed hatte auch e-mediat Verträge mit den Zulassungsinhaberinnen abgeschlossen. e-mediat schloss diese Verträge indes als Betreiberin der Datenbank refdatabase, welche Informationen zu Akteuren des Gesundheitswesens und damit *Vertriebsinformationen* umfasst (vgl. Rz 22), im Auftrag von Refdata. Die Verträge waren so aufgebaut, dass ein «*Rahmenvertrag über die Verbreitung von Informationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt*» abgeschlossen wurde mit einem Anhang A betreffend die «*Referenzdatenbank für die Verwaltung von EAN-Identifikationsnummern im Bereich der Refdata-Stiftung*». Die Referenzierung der Artikel erfolgte dabei als für die Zulassungsinhaberinnen (Informationslieferanten) kostenpflichtige Dienstleistung. Gleichzeitig wurde aber auch Folgendes vereinbart (Angabe in eckigen Klammern hinzugefügt):

[Ziffer 5 – 7 des Vertrages: Berechtigung, nicht aber Verpflichtung, die im Zuge der Referenzierung (Vergabe EAN-Referenzierung sowie Aufnahme in die Referenzdatenbank) für Refdata in deren Auftrag erhobenen Produktdaten auch in eigene Datenbanken einzupflegen, zu ergänzen und zu verbreiten ohne den Zulassungsinhaberinnen dafür ein Entgelt zu schulden.]

72. Die in Zusammenhang mit der Referenzierung über Refdata erhobenen Daten wurden durch e-mediat also auch anderweitig für von ihr vermarktete Produkte verwendet. Konkret waren diese Bestimmungen die Grundlage zur Verwendung der erhobenen Daten in Galdat. Dies wurde auch durch e-mediat im Begleitschreiben zu diesem Vertrag klargestellt:

> *«Wir garantieren mit der Vertragsunterzeichnung, die Daten Ihrer Produkte nicht nur in der RefData Referenzdatenbank MedRef (gratis abrufbar unter www.medwin.ch) zu pflegen, sondern diese auch in unsere eigenen Artikelstammdatenbanken einzulesen, sie mit den Stammdaten zu verknüpfen und an die Professionals im Schweizer Gesundheitswesen zu verteilen. So ist der sinnvolle Einsatz am Verkaufspunkt und bei der Abrechnung garantiert.»*

73. In Ziffer 5 des Vertrages wurde geregelt, dass die Verwendung der Daten seitens e mediat für andere Produkte, d.h. zum damaligen Zeitpunkt konkret Galdat, für e-mediat kostenlos ist. Zum damaligen Zeitpunkt ging e-mediat also davon aus, dass eher e-mediat eine Vergütung für die anderweitige Verwendung der Daten zu

[67] RPW 2008/3, 401 Rz 162 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[68] RPW 2008/3, 401 Rz 165 und Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[69] RPW 2008/3, 401 Rz 158 f., EVR Vereinbarung B II., Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[70] Vgl. «Auftrag für die Anmeldung, Aufnahme und Publikation im Arzneimittelkompendium der Schweiz» inkl. den AVB.
[71] Webbasiertes Auftrags- und Textverwaltungsportal, welches 2008 eingeführt wurde.

bezahlen hätte und nicht umgekehrt. Die Zulassungsinhaberinnen ihrerseits zahlten für die Vergabe des EAN-Codes, nicht aber die Aufnahme der entsprechenden Daten in die Datenbanken von e-mediat.

B.4.1.3 Zwischenfazit

74. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zulassungsinhaberinnen vor 2013 gemäss Vertrag ausschliesslich für die Aufnahme und Publikation der Fach- und Patienteninformationen in das Compendium bezahlt haben und die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Datenbank von e-mediat kostenlos erfolgte. Auch die Parteien selbst führen an, dass die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Datenbank von e-mediat für die Zulassungsinhaberinnen ohne vertragliche Regelung und ohne ein spezifisches Entgelt erfolgte.

75. Die Parteien geben selbst zu, dass die vertragliche Abbildung der sich im Laufe der Zeit entwickelten Dienstleistungen zwar spärlich gewesen sein möge, aber aus dieser rein formalen Betrachtung dürfe nicht auf eine missbräuchliche Verhaltensweise geschlossen werden.

B.4.2 Neue Vertragsgestaltung per 2013 und Übergangslösung

B.4.2.1 Übergangslösung 2012

76. Die Verträge von Documed wurden im Jahr 2012 angepasst. Anfangs 2012 versandte Documed ein Schreiben «*Unser Angebot für Ihre Präsenz im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz / Publikation von FI und PI im Übergangsjahr 2012*» an die Zulassungsinhaberinnen. In diesem Schreiben wurde auf Folgendes hingewiesen:

a. die regulatorische Publikationspflicht bei Documed wurde aufgehoben, doch die Publikation auf «geeignete Weise» ist nach wie vor durch die Zulassungsinhaberinnen zu erledigen; die behördliche Datenbank wird frühestens ab Ende 2012 zur Verfügung stehen;

b. mit ihren INDEX-Datenbanken verfügt Documed über mehr als 90 % Abdeckung bei den Softwaresystemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern;

c. bis Ende März 2012 werden die Informationen in den elektronischen Medien und INDEX-Produkten belassen; ab 1. April 2012 werden allerdings nur diejenigen Produkte aktuell und umfassend dokumentiert, für die ein Auftrag vorliegt.

77. Im Punkt c wurde zwar angekündigt, dass ab dem 1. April 2012 nur noch die Informationen von Vertragspartnern in der Datenbank vertreten seien. Dies wurde nicht umgesetzt und alle Produkte waren auch ohne entsprechenden Vertrag im Jahr 2012 weiterhin mit dem Basiseintrag vertreten. Die Verträge schloss nach wie vor Documed ab, von einer Weitergabe der Daten an e-mediat war weiterhin nicht die Rede.

78. Aufgrund der Intransparenz des von Galenica gestalteten Systems kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Zulassungsinhaberinnen 2012 gemäss diesen Informationen mit der legitimen «Hoffnung» gelebt haben, dass die Einführung von AIPS (vergleiche dessen Zwecke, Rz 36) zum Ende der vertraglichen und kostspieligen Beziehungen mit Documed führen würde.

79. Selbst die Parteien geben im Rahmen der Anhörungen zu, dass sie gegenüber der Pharmaindustrie nicht genügend kommuniziert hätten. Sie hätten nicht explizit aufgeführt, welche Zusatzleistung sie im Prozess der Printaufbereitung und der Strukturierung gemacht hätten. Sie bestreiten unter Verweis auf zahlreiche Einzelgespräche, dass ihre Vertragsunterlagen unklar gewesen seien.

B.4.2.2 Neue Vertragsgestaltung ab 2013

80. Per 2013 wurde das neue Konzept – kostenpflichtige Verträge für die Aufbereitung und Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbanken – von Documed/e-mediat definitiv eingeführt. Wie in Rz 49 ausgeführt, begründeten Documed/e-mediat die Anpassung vor allem damit, dass das neue Produkt, die Indices, Individualisierungen je nach Abnehmer zulassen. Doch auch Documed/e-mediat gestehen ein, dass ein neues Angebot aufgrund der Einführung der AIPS-Plattform entwickelt werden musste. Documed/e-mediat informierten die Zulassungsinhaberinnen am 20. September 2012 über ihr neues Angebot per 2013.[72] Einer Vielzahl von Zulassungsinhaberinnen liessen sie in der Folge eine Offerte (inkl. Leistungskatalog und Preisliste) für die Jahre 2013 und folgende zukommen, welche bis Ende November 2012 zu unterzeichnen war.[73] Formal betrachtet blieb weiterhin Documed Vertragspartner, doch auf der Preisliste und dem Leistungskatalog erschienen die Namen beider Gesellschaften. Auch in der weitergehenden Information an die Zulassungsinhaberinnen war die Rede vom Angebot von *Documed und e-mediat*. Gemäss «*Auftragsformular zum Vertrag*» ist Documed für das Modul D1 verantwortlich und e-mediat für das Modul E1. Vertraglich ist denn auch festgehalten, dass «*gewisse Leistungen in Zusammenarbeit mit der e-mediat AG erbracht [werden]*.» Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass Documed und e-mediat in diesen Vertragsverhandlungen *gemeinsam* auftraten, auch wenn formell nur Documed Vertragspartner war.

81. In dem der Offerte beiliegenden Schreiben an die Zulassungsinhaberinnen hiess es u.a.: «*Documed garantiert Ihnen in allen Kundengruppen und Sprachregionen der Schweiz eine optimale Präsenz in den Systemen von 115 Softwarehäusern – für Bestellung, Verordnung und Abrechnung. […] Mit der Unterzeichnung garantieren wir Ihnen auch ab dem 1.1.2013 die lückenlose Publikation Ihrer Produktinformationen zu allen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern im Gesundheitsmarkt*.»

[72] <http://www.e-mediat.ch/wAssetsEmediat/bin/de/veranstaltung_2092012/7_NEU_Peter_neues-Angebot.pdf> (zuletzt besucht am 3.5.2015).
[73] Vgl. Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 11.

82. Der nachfolgende Leistungskatalog von Documed/e-mediat listet die entgeltlichen Dienstleistungen auf. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Basisdienstleistung, welche die Module D1 und E1 beinhaltet, nicht identisch ist mit den Dienstleistungen der einzelnen Module von D1 und D2. Daraus lässt sich schliessen, dass der Fokus von Documed/e-mediat bei der Neugestaltung des Leistungskatalogs nicht auf den einzelnen Dienstleistungen bzw. Modulen lag, sondern der entgeltlichen Aufnahme der Medikamenteninformationen in ihre Datenbank:

Leistungskatalog | 2013

Documed
Documed AG
Elisabethenanlage 11 · Postfach · CH-4010 Basel
Telefon +41 58 851 21 11 · Fax +41 58 851 21 15
info@documed.ch · www.documed.ch

e-mediat
e-mediat AG
Untermattweg 8 · Postfach · CH-3027 Bern
Telefon +41 58 851 26 00 · Fax +41 58 851 27 10
info@e-mediat.ch · www.e-mediat.ch

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

Stand: **19. 9. 2012**
Beilage 1

Basisdienstleistung | **Module D1 + E1**

- Auftragsmanagement via compendiumPORTAL2
- Verknüpfen der FI mit Artikeln und den relevanten Angaben zu Preisen, Swissmedic-Abgabekategorien
- Redaktionelle Qualitätssicherung (Sprachenvergleich, Plausibilitätskontrollen)
- Redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachinformationen
- Optimierung von Tabellen und Grafiken, Sacherschliessung und Codierung
- Suchen über Wirkstoff, Indikation, Therapeutische Gruppe

D1 Basismodul | **Documed**

- Publikation FI/PI elektronisch:
  - www.compendium.ch (inkl. Spitallisten und Interaktionsprüfung)
  - App (iPhone, iPad)
  - eBook

D2 Optional | **Kommunikation**

- USP Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler
- Anforderung von Besuchsterminen
- Weiterleitung auf eigene Webseiten
- Anforderung von Musterpackungen
- Publizieren von Kursdaten
- Verlinkung ihrer Fach- und Produkt- sowie Kurzinformationen («Botschaften»)
- Aufnahme nach Redaktionskriterien in die Mitteilung des «compendium update»

D3 Optional | **Sonstige Dienstleistungen**

- redaktionelle Textbearbeitungen
- Übersetzungen
- zielgruppenspezifische Mailings (Docu News)
- Marktbeobachtungen und Auswertungen nach separater Preisliste

E1 Basis Modul | **e-mediat**

- Aufnahme der Artikel-, Produkt- und Fachinformationen in die INDEX-Produkte
- Verteilung der INDEX-Daten in Zusammenarbeit mit über 115 Systemanbietern im Schweizer Gesundheitsmarkt
- Integration der Produkte in pharmavista inkl. Kurzmonographie ergänzt mit Produktfotografien (sofern vorhanden)
- Identa
  Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
  - Abgabeeinheit
  - Primärverpackung
  - Sekundärverpackung
- Zugang zu Browser «firmINDEX» zur Sichtung aller INDEX-Daten:

Clinical Decision Support (CDS) bei RX-Produkten

- Restrukturierung der Fachinformationen und Codierung deren Inhalte, als Voraussetzung für Prozessintegration
- CDS Daten enthalten Angaben und Berechnungslogiken zu:
  - Maximalen Einzel- und Tagesdosen bei Erwachsenen
  - Dosierungsanpassung bei Nieren- und Leberinsuffizienz
  - Schwangerschaft und Stillzeit
  - Allergien und Unverträglichkeiten
  - Nahrungsmittelinteraktionen
  - Dopingsubstanzen
- Präsenz als Warn- und Assistenzsystem bei der Therapieentscheidung, Verordnung und Abgabe von Arzneimittel

E2 Optional | **Konsumenten-Kompendium für OTC-Produkte**

- Publikation im online Konsumenten-Kompendium
- Verknüpfung mit vom Kunden genannten Partner-Apotheken/Drogerien

Modul in Vorbereitung:
separate Preisliste ab 1. Quartal 2013 verfügbar

83. Die «Basisdienstleistung» enthält die Module D1+E1, wobei erst aus der Preisliste (vgl. Anhang 1) klar wird, dass diese auch einzeln buchbar sind. Die im Basisangebot genannten Leistungen decken sich jedenfalls nicht mit den unter D1 und E1 einzeln genannten, respektive lassen sich diesen Modulen nicht ohne Weiteres zuordnen. So wird zumindest gemäss Leistungskatalog bei *einzelnem* Abschluss der Module beispielsweise keine «redaktionelle Qualitätssicherung» respektive «redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachinformationen» bezogen, wird diese doch weder in D1 noch E1 aufgezählt. Redaktionelle Tätigkeiten werden explizit nur im Modul D3 erwähnt. Auch das Auftragsmanagement via compendiumPORTAL2 wird nur im Basisangebot explizit genannt, obschon dies das Auftrags-, Verwaltungs- und Erfassungssystem für alle Vertragspartner (auch für solche, die ausschliesslich das Modul D1 buchen) ist. Das optionale Modul D3 enthält wie erwähnt u.a. «redaktionelle Textbearbeitungen» und damit explizit Tätigkeiten, welche bis 2012 Gegenstand der Verträge mit Documed für die Publikation waren. Die WEKO hat 2008 entschieden, dass die Korrekturarbeiten *im Hinblick auf die Publikation* keine unzulässige Koppelung mit der Publikationsdienstleistung darstellen und die Korrekturarbeiten vernachlässigbar tiefe Kosten verursachen.[74] Daneben gibt es auch Funktionen im Leistungskatalog, die keinen Bezug zu einer Leistung an die Zulassungsinhaberinnen haben, sondern von den Nachfragerinnen und Nachfragern veredelter Datenbanken nachgefragt werden, wie die «Suche über Wirkstoff, Indikation und therapeutische Gruppe». Ebendies gilt für den «Clinical Decision Support (CDS)», ein spezifisch auf Spitäler ausgerichtetes neues Tool.

84. Der dem Schreiben an die Zulassungsinhaberinnen beiliegende Vertrag («*Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz und in den Index-Produkten*») hatte die Geschäftsbeziehung zwischen Documed und den Zulassungsinhaberinnen für die Aufträge zur «Publikation» von Informationen im Kompendium und «weiteren Diensten» zum Gegenstand. Unter dem Titel Datennutzung wird Documed ermächtigt, Daten zu nutzen und, erstmals explizit, diese an e-mediat weiterzugeben. Beide werden sodann ermächtigt, diese Daten zu bearbeiten (insb. zu vervielfältigen, speichern und in gängigen Informationstechnologien für Formate des Arzneimittel-Kompendiums und der übrigen Dienste zu verbreiten). Documed und e-mediat sind durch den Vertrag berechtigt, fehlende notwendige Daten zu erheben und zu verbreiten. Das «Gut zum Druck» müssen die Zulassungsinhaberinnen gemäss den compendiumPORTAL2 Bedingungen erteilen. Daneben wird die Haftung von Documed und e-mediat sowie deren Organen, Angestellten und beigezogenen Dritten weitgehend ausgeschlossen.

85. Der Upload auf AIPS ist nicht in den Modulen enthalten. Documed/e-mediat verpflichten sich jedoch, den Upload auf AIPS bei entsprechender Beauftragung vorzunehmen, ohne eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen.[75] Dazu musste die Kundin lediglich ein separates Auftragsblatt ausfüllen, welches der Offerte 2012 beilag.

86. Documed liess den Zulassungsinhaberinnen, die die Offerte nicht unterzeichneten, am 11. Dezember 2012 ein Schreiben zukommen. Das Schreiben enthielt u.a. folgende Aussagen:

> *«Ab 1. Januar 2013 wird Swissmedic die Plattform «Arzneimittel-Informations-Publikationssystem» (AIPS) aufschalten. AIPS dient ab diesem Zeitpunkt als rechtlich verbindliche Basis für die Publikation der Fach-Informationstexte, deckt allerdings nur einen Bruchteil der von Documed und e-mediat aufgearbeiteten Stammdatensätze und Datenfelder ab. Die Leistungserbringer – 16'000 Ärzte, 1700 Apotheken, 200 Spitäler, 430 Drogerien, 63 Krankenkassen – sind aber auf umfassende, aktuelle, allgemeingültige und verbindliche Arzneimittelinformationen aus einer Hand angewiesen. Denn ein breit abgestütztes Referenzwerk des schweizerischen Gesundheitswesens erhöht die Patientensicherheit.»*

87. Gegen Ende des Schreibens stellte Documed die vom Sekretariat der WEKO aufgeworfenen Frage[76], ob die Zulassungsinhaberinnen die Möglichkeit haben sollen, a) Leistungen nur für Teile ihrer Produkte in Anspruch zu nehmen oder b) nur in einem Teil der Datensammlungen (z.B. nur hospINDEX) zu publizieren. Der von Documed verfasste, obenstehende Auszug aus dem Schreiben stellt, bevor die Frage aufgeworfen wird, klar, dass weder Documed, noch aus ihrer Sicht die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer an einer solchen Lösung interessiert wären[77]. Weiter strich Documed – unter Bezugnahme auf die Arzneimittelinformationen – in genanntem Schreiben die hälftige Finanzierung und den Nutzen für die Zulassungsinhaberinnen hervor:

> *«Im Auftrag der Pharmaunternehmen und je zur Hälfte finanziert durch die Industrie und die Leistungserbringer aktualisiert Documed die Arzneimittel-Informationen laufend. 60 qualifizierte Mitarbeitende bringen die gelieferten Daten in die gewünschte Form und komplettieren diese. Dabei sorgen sie dank ihren vielfältigen Dienstleistungen wie Formatkontrolle, Produkteverknüpfung, redaktionelle Bearbeitung, Codierung etc. für eine hohe Qualität und damit für den grösstmöglichen Nutzen in der täglichen Praxis. Dies kommt auch Ihrem Unternehmen zugute.»*

88. Die Offertstellung im Oktober 2012 liess zumindest implizit (da ansonsten kein Vertrag abgeschlossen werden müsste) den Schluss zu, dass ohne den Abschluss des E-Moduls die Medikamenteninformationen nicht in den INDEX-Daten vertreten sein werden. Documed/e-mediat bestätigten auch auf Anfrage der Zulassungsinhaberinnen, dass dem so sei.

---

[74] RPW 2008/3, 405 Rz 203 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

[75] Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.

[76] Vgl. Schreiben betreffend Untersuchungseröffnung.

[77] Dieses Angebot steht diametral entgegen eigenen Aussagen, dass für Documed/e-mediat das Angebot von Einzeldienstleistungen nicht praktikabel sowie für die Endnutzer Vollständigkeit notwendig sei.

89. Zum Verhältnis zwischen dem «*Rahmenvertrag über die Verbreitung von Informationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt*» betreffend Referenzierung in Refdata, mit welcher bislang auch die Präsenz in den Indices garantiert wurde (oben Rz 71 ff.), und dem Modul E1 (teilweise überschneidende Leistungen) hielt e-mediat auf entsprechende Anfrage einer Zulassungsinhaberin hin Folgendes fest:

> *«Eine Koppelung mit dem RefData Auftrag ist so nicht möglich […]. Die e-mediat AG hat von RefData den Auftrag erhalten, diese Datenbank zu führen, dies ist jedoch ein Auftragsverhältnis und darf nicht mit dem eigentlichen Angebot der Firma vermischt werden.*
>
> *Eine automatische Integration der Daten in die Datenbanken der e-mediat ist hierbei nicht vorgesehen. Die Datenbanken der e-mediat AG enthalten sehr viel mehr Informationen als dies von der RefData-Stiftung vorgesehen ist.»*

90. Im Widerspruch zu diesen Ausführungen wurde in den Ziffern 5–7 des Rahmenvertrages (Rz 71) geregelt, dass die Daten, die die Zulassungsinhaberinnen zwecks Zuteilung eines Referenzcodes an Refdata liefern, in andere Produkte von e-mediat übernommen werden dürfen. Eine Pflicht dazu wurde zwar nicht statuiert, doch die vertragliche Möglichkeit dazu war vorgesehen.

B.4.2.3 Preisentwicklung

91. Auf die Preisentwicklung in den Verträgen muss nicht im Detail eingegangen werden, da die Preise nicht für konkrete, den Zulassungsinhaberinnen zurechenbare Dienstleistungen gestaltet wurden, sondern insgesamt die Strategie verfolgt wurde, das Gesamtsystem je ca. zu 50 % durch die Zulassungsinhaberinnen und zu 50 % durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger zu finanzieren, wie dies u.a. auch in den Parteieinvernahmen bestätigt wurde (s.a. Rz 87, 107 und 112). Demgegenüber hat sich aber das Angebot stark verändert und insbesondere die Publikationsdienstleistung – und damit das komplette frühere Geschäftsfeld von Documed – fiel durch AIPS weg. Die Preise sind somit an die hälftige Finanzierung des Gesamtsystems gebunden und unabhängig des kostenbasierten Aufwands.

92. Die Parteien erwidern, dass es nicht zutreffe, dass die Kostenaufteilung im Verhältnis 50 % Leistungserbringer und 50 % Zulassungsinhaberinnen als strikte Vorgabe verfolgt worden sei. Die diesbezügliche Aussage entstamme einer Momentaufnahme, welche in dieser Form richtig gewesen sei. Heute betrage der Beitrag der Pharmaindustrie nur gerade 40 %. Die Codierung und Strukturierung der Daten stehe im Interesse sowohl der Leistungserbringer, aber auch in jenem der Zulassungsinhaberinnen.

93. Die Parteien erachten eine 100-prozentige Anwendung des Verursacherprinzips bei der Festlegung der Tarife als unmöglich und unwirtschaftlich. Die heutige Preisstruktur orientiere sich an der Kostenstruktur pro Produktekategorie und am Aufwand. Auch wenn den Parteien bekannt sei, wie viele Apotheken, Ärzte bei den medizinisch relevanten Daten arbeiten würden, wie viele Assistentinnen und Assistenten bei den kommerziellen Daten arbeiten würden, würden sie es als sehr schwierig betrachten, die Prozesse genau auseinander zu nehmen.

B.4.3 Vorbringen von e-mediat/Documed in Bezug auf die frühere Vertragsgestaltung sowie effektive Tätigkeit

94. Die Parteien bestreiten die auf dem Wortlaut der vor 2013 abgeschlossenen Verträge sowie der EVR basierenden Schlussfolgerungen, dass die Aufnahme der Arzneimittel- als auch der kommerziellen Informationen in die INDEX-Produkte bisher für und auf Kosten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer erfolgte. Die vertragliche Abbildung der sich im Laufe der Zeit entwickelten Dienstleistungen möge zwar spärlich gewesen sein, aber aus dieser rein formalen Betrachtung dürfe nicht auf eine missbräuchliche Verhaltensweise geschlossen werden. Sie hätten gegenüber der Pharmaindustrie nicht genügend kommuniziert und nicht explizit aufgeführt, welche Zusatzleistung sie im Prozess der Printaufbereitung und der Strukturierung gemacht hätten. Die Realität hätte gemäss diesen und weiteren Vorbringen der Parteien i.R. der Stellungnahmen und Anhörungen folglich anders ausgesehen:

95. Auch e-mediat/Documed gehen zunächst mit den Behörden einig, dass den Zulassungsinhaberinnen lediglich eine gesetzlich definierte Pflicht zur Publikation in geeigneter Weise obliegt und der darüber hinausgehende Prozess der Veredelung bislang nicht geregelt ist. Folglich bestehe keine explizite Verpflichtung, die Arzneimittelinformationen in codierter und strukturierter Form bereitzustellen. Indes sei in Anbetracht der technischen Weiterentwicklungen und dementsprechender Nachfrage der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer[78] unter der offenen Formulierung in geeigneter Weise auch die Publikation in den INDEX-Produkten, d.h. die immer wichtiger werdende prozessintegrierte Weitergabe der Daten zu verstehen. Das bisherige Geschäftsfeld von Documed sei durch AIPS nicht komplett weggefallen. Die Dienstleistung von Documed hätte in der Überprüfung[79], Überarbeitung und Publikation der Arzneimittelinformationen in «geeigneter Form» bestanden. Das Geschäftsfeld hätte unter anderem auch die Publikation der Fachinformationen in strukturierter Form über die INDEX-Datenbanken enthalten. Das Kompendium enthalte immer Informationen, welche über den Umfang von AIPS hinausgingen. Die Fachinformationen würden seit 2008 in die INDEX-Datenbanken überführt, so dass von Seiten Documed die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung hätten übernommen werden können. Schon vor 2004, dem Zeitpunkt der Übernahme der Documed durch Galenica, habe zwischen Documed und e-mediat ein Vertrag bestanden und hätten sich die beiden Unternehmen gegenseitig mit Daten und Codes beliefert. Der Austausch

[78] Diese Formulierung macht deutlich, dass sich die Entwicklung der INDEX-Datenbank und damit der Ausbau des Angebotes an den Bedürfnissen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer orientiert.

[79] Vgl. in diesem Zusammenhang auch die nachfolgenden Ausführungen zur Qualitätssicherung, Rz 102.

der Informationen sei kostenpflichtig gewesen. Documed habe e-mediat die strukturierten Arzneimittelinformationen zu einem Pauschalpreis von CHF […] geliefert und e-mediat Documed die packungsorientierten Daten und Codes aus dem Galdat-Datenstamm zu einem Pauschalpreis von CHF […]. Mit der Bezahlung von CHF […] für die Lieferung der strukturierten Daten sei gemäss den Parteien aber nicht der Gesamtaufwand für die Aufbereitung abgegolten worden. Dieser würde und werde vielmehr zum ganz überwiegenden Teil durch die Zulassungsinhaberinnen finanziert.

96. Weiter werde vom Sekretariat nicht anerkannt, dass zwischen den Informationen im Kompendium und den heutigen INDEX-Datenbanken eine enorme Wertschöpfung läge.

97. Der Index sei seit 2008 – entsprechend der Nachfrage der Ärzte, Spitäler, Apotheken, Drogerien[80] etc. – stetig und drastisch ausgebaut und für eine differenzierte Nutzbarkeit massiv optimiert worden.[81] Die Komplexität des Datensatzes hätte sich stark erhöht: Während 2008 ein Eintrag in den INDEX-Datenbanken aus rund 370 Informationselementen pro Arzneimittel bestanden habe, habe sich die Zahl bis 2013 auf knapp 700 fast verdoppelt[82]. Die zusätzlichen Datenfelder beträfen insbesondere die Arzneimittelinformationen (Anstieg von 227 auf 451 Datenfelder) und nicht die Stammdaten, welche historisch gesehen, von den Leistungserbringern finanziert worden seien. Weiter führt HCI an, dass der Anteil der von HCI direkt oder indirekt redaktionell zu verantwortenden Felder laufend zugenommen habe und heute beinahe drei Viertel der Datenstrukturen (72 %) betrage. Der Anteil an öffentlichen Daten sei von ca. 35 % auf 28 % zurückgegangen. Entsprechend seien die Kosten für die Datenveredlung bereits im Vorfeld der Systemänderung im Jahre 2013 infolge stetiger Zunahme des benötigten Bearbeitungsaufwands laufend und bedeutend angestiegen.

98. Die Aufbereitung der Daten für die INDEX-Produkte und die Überführung in ein maschinenlesbares Format sei ein intellektuell anspruchsvoller, arbeitsintensiver und in Bezug auf die Patientensicherheit sensitiver Prozess. Gemäss Schätzungen der HCI betrage der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung eines neuen Präparates (inklusive Anreicherung mit zusätzlichen Informationen sowie Vereinheitlichungen, damit Dosierungen abgestimmt werden) in das maschinenlesbare Datenformat zirka 27 Stunden. Die Arbeiten würden von einer Fachredaktion, bestehend aus 50 Fachpersonen (Ärzte, Apotheker und Drogisten sowie speziell geschulte Medizin-Informatiker), vorgenommen.

99. Die direkt an die e-mediat gelieferten oder über AIPS erhältlichen Arzneimittelinformationen müssten in eine stark verästelte Datenbankstruktur überführt werden. Ein Grossteil der Datensätze liesse sich nicht aus AIPS entnehmen, sondern müsse von der Fachredaktion der e-mediat erarbeitet oder aus verschiedensten öffentlichen und kommerziell erworbenen, neutralen wissenschaftlichen Quellen erschlossen werden. Dabei stellten sich oft schwierige Fragen, welche mitunter aufwändige Abklärungen durch die bei der e-mediat tätigen Apothekerinnen und Apotheker erforderten.

100. Die Überprüfung und Anreicherung der Angaben der Zulassungsinhaberinnen, welche für die Aufbereitung der INDEX-Daten erforderlich sei, überschneide sich mit Arbeitsschritten für die Aufbereitung der Kompendiumsdaten. Die Fachredaktion der beiden früheren Rechtseinheiten sei eine einheitliche gewesen.

101. Die Daten enthielten wichtige Informationen in maschinenlesbarer Form, welche für die Medikation nutzbar und in den von der Swissmedic geprüften Fachinformationen nicht, nicht vollständig und/oder nur in variabler Prosaform enthalten seien. Als Beispiele könnten hier Angaben zu Hilfsstoffen, Maximaldosierungen, Angaben zur Anwendung bei Nieren- oder Leberinsuffizienz, Angaben zur Anwendung bei Schwangerschaft/Stillzeit, Kinderdosierungen[83], Angaben zu Kontraindikationen und Allergien genannt werden. Weiter enthielten die Datenbanken wirtschaftliche und vertriebsbezogene Informationen, welche für die Abrechnung mit Krankenkassen, die Logistik (bspw. die Frage, ob ein Produkt gekühlt werden muss) und administrative Belange relevant seien.

102. Die Ergänzung um solche in den Fachinformationen nicht enthaltene, von Documed/e-mediat selbst generierte Informationen ist nicht mit einer sprachlichen und redaktionellen Qualitätssicherung, wie sie bereits für die Publikation der FI und PI erforderlich ist (vgl. Rz 66), gleichzusetzen. Entsprechend dienen die von Documed/e-mediat als «qualitätsgesicherte Daten» vermarkteten Indexe auch vielmehr einer gewissen Medikationssicherheit als der von Documed/e-mediat stets vorgebrachten, aber mit der Zulassung von Swissmedic verbundenen Patientensicherheit (vgl. auch Rz 328 und 353 f.). Solche Daten würden zu erhöhter Patientensicherheit führen, da damit EDV-unterstützt gefährliche Interaktionen erkannt und Fehler bei der Medikation (bspw. Maximaldosierungen) verhindert werden könnten.

103. HCI sei bei den Informationen, welche in ihren Datenbanken vertreten sind, nicht bereit, auf eine Qualitätskontrolle zu verzichten.[84] Diese müsse zwingend erfolgen, sofern HCI weiterhin dieselbe Datenqualität

[80] Insbesondere die Bedürfnisse der Spitäler hinsichtlich Fachinformationen in elektronischer Form hätten sich in den letzten Jahren, mit zunehmender Einführung von klinischen Informationssystemen und elektronischer Verschreibungsprogrammen, grundlegend verändert, sie hätten an Komplexität gewonnen.

[81] Die Umstellung vom veralteten, nicht modular erweiterbaren ASCII-Format (Galdat) auf Datensätze in XML-Format (INDEX) bedeute eine beträchtliche Effizienz- und Qualitätssteigerung: Diese Daten-Produkte seien anwenderorientiert, modular aufgebaut und viel umfangreicher als Galdat und die IGM-Daten.

[82] Früher enthielten die Daten im Wesentlichen die logistischen und ökonomischen Mindestinhalte, heute würden sie in Kombination mit den Informatiksystemen der Leistungserbringer bei der Verschreibung und Anwendung zentrale Funktionen, welche für einen effizienten und sicheren Einsatz von Medikamenten nicht mehr wegzudenken seien, erfüllen.

[83] Beispielhaft für Verknüpfungen von Arzneimitteln mit in der Fachinformation nicht oder nur am Rande enthaltenen wissenschaftlich evaluierten und codierten Angaben von Institutionen, die unabhängig Risiken bewerten. Weitere wären Anwendungsempfehlungen bei Nieren- und Leberinsuffizienz und Regelwerken zum Umgang mit Interaktionen bei multimorbiden Patienten.

[84] Sich selber davon überzeugen zu können, dass neu aufgenommene Daten erstens vollständig seien und zweitens keine unzutreffenden Informationen enthielten, bilde für HCI einen grundlegenden Bestandteil einer sorgfältigen und verantwortungsbewussten Leistungserbringung.

sicherstellen wolle. Die Fachinformationen anlässlich der Aufnahme in die Internetplattform compendium.ch und die INDEX-Datenbanken einer redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle zu unterziehen, sei angesichts ihrer Bedeutung für die Patientensicherheit in jedem Fall unerlässlich – mithin auch im Falle eines «Imports» aus AIPS. Die Qualität der auf AIPS hochgeladenen Informationen könne nicht mit jener des Kompendiums verglichen werden, welches einerseits überprüfte Informationen enthalte und andererseits mit zusätzlichen Daten angereichert werde

104. Die verschiedenen Innovationen von HCI in der Verteilung der Arzneimittelinformationen seien von den Pharmaherstellern gefordert und mitgetragen worden, selbst wenn bislang nicht explizit ein spezifisch ausgewiesenes Entgelt dafür verlangt worden sei.

105. Dass es auch Sache der Hersteller sei, für die Strukturierung und Codierung der Arzneimittelinformationen aufzukommen, zeige der Umstand, dass sich die Industrie im Rahmen der HMG-Revision freiwillig bereit erklärt habe, einen Vorschlag mit Kostentragung durch die Zulassungsinhaberinnen in den parlamentarischen Prozess einzubringen. Von den 689 Datenfeldern im gesamten INDEX-Datenbestand (Stand 2016) werde künftig ein substantieller Teil ausschliesslich auf Kosten der Industrie aufbereitet.

B.4.4 Praxis von Documed/e-mediat ab 2013

B.4.4.1 Einzelvereinbarungen

106. Obwohl im Nachgang zum Informationsanlass von Documed/e-mediat im September 2012 und der anschliessenden Offertstellung die begründete Befürchtung bestand, dass Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag bzw. ohne Modul E1 aus den Indices gelöscht werden (vgl. dazu Rz 88 und 325 ff.), wurde dies nicht getan. Stattdessen war ab Januar 2013 bis zum Ende dieser Praxis im September 2013 die Mutation und Neuaufnahme von Arzneimittelinformationen von Zulassungsinhaberinnen ohne Rahmenvertrag E1 auf Basis von Einzelvereinbarungen möglich. e-mediat verpflichtete sich dabei, die Neuaufnahme bzw. Mutation aufgrund der Einzelvereinbarung kostenlos in die INDEX-Datenbanken aufzunehmen bzw. zu ändern. Gemäss Ziffer 3 der Einzelvereinbarung stellte e-mediat aber in Aussicht, dass die Aufnahme bzw. Mutation der Daten länger dauern könnte als bei Vertragspartnern. Dies führte dazu, dass die Produkteinführung wesentlich verzögert werden konnte oder auch […].[85] Documed/e-mediat stellten aber auch klar, dass bei einem späteren Vertragsabschluss die Leistung nachträglich verrechnet werde.

107. Die Zulassungsinhaberinnen, die keinen Vertrag bzw. einen Vertrag ohne Modul E1 abgeschlossen hatten, wurden am 19. März 2013 u.a. wie folgt informiert:

> *«Die Leistungen der e-mediat sind nicht nur für die Leistungserbringer, sondern auch für die Hersteller bzw. Zulassungsinhaberinnen relevant, da die Aufbereitung der kommerziellen Daten (Preise, Kassenzulässigkeit) und der Fachinformationen durch die e-mediat AG eine entscheidende Voraussetzung für einen effizienten und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln bilden. Aus diesem Grunde verrechnet die e-mediat die hierfür erforderlichen Leistungen wie bisher (bis 2012 via Documed) je hälftig den Zulassungsinhaberinnen und den Leistungserbringern.*
>
> *Seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom Sommer 2011, mit dem in Folge durch Swissmedic für Zulassungsinhaberinnen die Publikationspflicht gegen Entgelt bei Dritten aufgehoben wurde, ist die Branche in einem Change-Prozess. Bis 2012 konnte die Datenaufbereitung für die INDEX-Datenbanken durch entsprechende redaktionelle Leistungen der Documed-Redaktion vereinfacht und mitfinanziert werden. Eine derartige Unterstützung kann Documed unter den neuen Rahmenbedingungen nicht mehr leisten, e-mediat ist auf sich gestellt und muss gleichzeitig mit knappen Ressourcen haushalten.*
>
> *Da aber kein Rahmenvertrag «E1» abgeschlossen wurde, braucht es für die Datenverarbeitung durch e-mediat eine vertragliche Grundlage. Für die Neuaufnahme und Eingliederung Ihres Produktes in die Systematik unserer INDEX-Datenbanken benötigen wir eine explizite Beauftragung und Bestätigung Ihrerseits, für die Zulassungsinhaberin einen oder mehrere Pharmacode(s) zuzuteilen und mit vollständigen Informationen gemäss unserem Regelwerk angereichert in unsere Publikationsplattformen einzuspeisen und aktuell zu halten. Aus diesem Grund haben wir das Formular um die Rubrik «Mutationen» vervollständigt.»*

B.4.4.2 Einführung Label «QAP»

108. Im März und April 2013 informierte e-mediat die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (die Softwarehäuser wurden bereits im Januar 2013 informiert) über die Einführung des «QAP Labels» (QAP= «Quality Assurance Partnership»; «Quality Approved»). Arzneimittelinformationen von Zulassungsinhaberinnen, die mit Documed/e-mediat zusammenarbeiten, werden als qualitätsgeprüft ausgezeichnet. Dabei wurde dieses Label jedoch nicht den Arzneimittelinformationen von Vertragspartnern von Documed/e-mediat beigefügt, sondern Arzneimittel von Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag, welche geänderte FI und/oder PI auf AIPS aufgeschaltet haben, wurden mit diesem Label gekennzeichnet, bis die Anpassung in der Datenbank erfolgt. Dabei wurde QAP mit einem «?» verbunden, was signalisieren sollte, dass die entsprechende Qualitätssicherung fraglich ist. In genannten Schreiben stellte e-mediat klar, dass AIPS keine Bearbeitungsplattform sei und keine Übersetzungsprüfung enthalte. Sodann wurde über die wichtigsten Änderungen betreffend Qualität und Aktualität der verfügbaren Informationen, welche die Umstellung auf AIPS mit sich bringe, informiert. Im Brief vom 6. März 2013 an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer hielt e-mediat u.a. Folgendes fest:

[85] Diverse Zulassungsinhaberinnen gaben an, dass die Folgen des Nichtabschlusses eines Vertrages u.a. zeitliche Verzögerungen bei der Aufschaltung von neuen Arzneimittelinformationen bzw. Mutation von Bestehenden waren (Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Antworten auf Frage 12b).

«1. […] Documed und e-mediat haben weiterhin den Anspruch, Sie als Leistungserbringer mit qualitätsgesicherten und praxisnahen Arzneimittelinformationen zu versorgen. Die Mehrzahl der Pharmafirmen hat sich bereit erklärt, diese Aufgabe im Sinne der Patientensicherheit zu unterstützen. Diese Firmen nutzen die von Documed bereitgestellten Software-Werkzeuge und arbeiten direkt mit unserer wissenschaftlichen Redaktion zusammen. […]

4. Die Prüfung der Arzneimittelinformationen der Firmen, die nicht mit unseren Fachredaktionen zusammenarbeiten, muss in einem separaten Prozess erfolgen. Documed und e-mediat prüfen derzeit, welche klinischen Informationen sie von Nicht-Vertragspartnern aufnehmen dürfen. Rechtliche Fragen wie die der Haftung bei Firmen, die über das AIPS potentiell ungesicherte Informationen publizieren, werden geprüft. Die Verhandlungen zur Klärung der Rechte und Pflichten kann bei einzelnen – grossen wie kleinen – Firmen leider noch weitere Monate dauern.

5. Aus Gründen der Patientensicherheit sind Documed und e-mediat verpflichtet, die Daten zu Arzneimitteln von Vertragspartnern und Nicht-Vertragspartnern unterschiedlich zu kennzeichnen. Somit können die Leistungserbringer sofort erkennen, ob die Informationen von Documed und e-mediat qualitätsgesichert sind oder die Basisinformationen von der Zulassungsinhaberin direkt hochgeladen wurden. Im zweiten Fall liegt die Verantwortung für Richtigkeit und Vollständigkeit für die Angaben ganz allein bei der verantwortlichen Firma. […]

Documed setzt alles daran, die Arzneimittelsicherheit mit qualitativen und umfassenden Dienstleistungen zu unterstützen. Wir sind dabei aber letztendlich auf den Willen der Zusammenarbeit aller Partner angewiesen.»

109. Im Schreiben vom 25. April 2013 wurde u.a. betreffend die Einführung der Kennzeichnung geänderter Arzneimittelinformationen durch das Label [QAP?] wie folgt informiert:

«Die Kennzeichnung soll es den Leistungserbringern ermöglichen, sofort zu erkennen, ob die Informationen durch Documed und e-mediat qualitätsgesichert geprüft wurden oder ob die Basisinformationen von der Zulassungsinhaberin direkt in die Referenzdatenbank AIPS der Swissmedic hochgeladen wurden. Verzichten die Zulassungsinhaberinnen auf die Qualitätssicherung durch Documed und e-mediat, so liegt die Verantwortung für Richtigkeit und Vollständigkeit für die Angaben allein bei der jeweiligen Firma.

Sie erkennen einen dahingehend geänderten Status der Informationsqualität an der im Produktnamen enthaltenen Bezeichnung [QAP?]. Der Hinweis bedeutet, dass zu diesem Produkt im AIPS eine geänderte Information vorliegt, diese aber noch nicht für die Integration in die INDEX-Produkte sowie www.pharmavista.net und www.compendium.ch berücksichtigt werden konnte. […]

Erfreulicherweise ist die Zahl der Zulassungsinhaberinnen, die sich mit uns zusammen für die Qualitätssicherung einsetzen, weiter gestiegen. Damit sinkt die Zahl der Produkte weiter, die entsprechend temporär gekennzeichnet werden müssen.»

110. Das [QAP?]-Label erschien ab dem 1. Mai 2013 in den Datenbanken. Verlinkt waren gleichzeitig auch «ähnliche Produkte». Bei «ähnlichen Produkten» handelt es sich um Produkte mit der gleichen Indikation, die jedoch von Vertragspartnern von Documed/e-mediat herausgegeben werden. Gemäss Documed/e-mediat seien grundsätzlich alle Produkte über therapeutische Codesysteme (z.B. ATC) mit anderen Produkten verbunden. Entsprechend bestehe der Verweis auf andere Produkte unabhängig vom Vertragsstatus (Nichtvertragspartner oder Vertragspartner).

111. Das Label war zudem auch in der refdatabase ersichtlich. Die Referenzierung über Refdata ist jedoch unabhängig vom Abschluss eines Vertrages betreffend die Aufnahme in die INDEX-Produkte (E-Modul). Refdata stehen alle nötigen Daten für die Referenzierung zur Verfügung. Auch beim Einkauf von Arzneimitteln von Nicht-Vertragspartnern im Einzelhandel erschien die Kennzeichnung auf dem Kaufbeleg und auf Rezepten.

112. Infolge Intervention von Swissmedic änderte sich das Label [QAP?] ab dem 15. August 2013 in die Kennzeichnung «[!]».[86] Unveränderte Daten werden ohne Vermerk im System beibehalten. Bei Änderungen in AIPS erscheinen die Produkte von Nichtvertragspartnern mit Verweis [!] im System, was den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern signalisieren soll, dass die automatisierte Interaktionsprüfung nicht funktioniere respektive u.U. falsche Ergebnisse liefere. e-mediat informierte die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer über diese neuerlichen Änderungen u.a. wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):

«Swissmedic prüft und genehmigt die Fach- und Patienteninformation lediglich in einer Sprache. Seit der Einführung dieser neuen Plattform können Pharmafirmen alle Texte direkt auf der Swissmedic-Plattform publizieren, auch ohne externe Qualitätskontrolle. Documed kann die Texte von Nicht-Vertragspartnern erst nach der Veröffentlichung auf AIPS prüfen.

Die Prüfung, Systematisierung und Codierung von Änderungen der FI und PI in die INDEX-Datenbanken sind sensitive und aufwändige Tätigkeiten und mit einem beträchtlichen personellen Aufwand verbunden. Bislang wurden die dadurch verursachten Kosten zu 50 % von den Zulassungsinhaberinnen und zu 50 % von den Leistungserbringern getragen. Der Umstand, dass sich gewisse Zulassungsinhaberinnen nicht mehr an diesen Kosten beteiligen wollen, hat zur Folge, dass die Ressourcen angepasst werden mussten und es somit zu zeitlichen Verzögerungen kommen kann. Dabei werden die Daten der Vertragspartner prioritär behandelt.»

[86] <http://www.e-mediat.ch/de/qap/index.php> (zuletzt besucht am 12.10.2015).

B.4.4.3 Aufnahme nach Bedarf

113. Ab 1. Oktober 2013 wurde die Praxis mit Einzelvereinbarungen eingestellt und Neuaufnahmen und Änderungen betreffend Medikamente von Nicht-Vertragspartnern wurden nur in die Indices übernommen, falls ein «entsprechendes Bedürfnis» seitens der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer besteht. e-mediat informierte über diesen Schritt wie folgt:

> *«Für die Verteilung neuer oder mutierter Produkte von Nichtvertragspartnern in den INDEX-Datenbanken behält sich e-mediat das Recht vor, die Angaben entsprechend den Bedürfnissen der Leistungserbringer aufzunehmen.»*

114. Nach diesem «Bedarfsprinzip» nehmen Documed/e-mediat bzw. durch die Umstrukturierung HCI auch noch zum Zeitpunkt des Entscheides neue Arzneimittelinformationen in die Indices auf bzw. ändern die Daten. Diese Aufnahme erfolgt gemäss Angaben von Zulassungsinhaberinnen/ywesee je nach Entscheidung von Documed/e-mediat relativ zügig oder aber verzögert bzw. gar nicht.

115. Diese Aufnahme in die Indices verlief und verläuft nicht ohne weitere Komplikationen. So gab es Vorfälle bei Medikamenteninformationen von Nicht-Vertragspartnern, dass gewisse Informationen nicht aufgenommen wurden, wie z.B. die Kategorisierung, ob ein Produkt in der Spezialitätenliste des BAG ist oder nicht, also von der Grundversicherung übernommen wird oder nicht. Und auch die Verknüpfung mit dem Pharmacode verlief nicht immer problemlos, was zu Rückgängen in den Bestellungen führen konnte.

116. Entscheidend jedoch ist, dass Documed/e-mediat entscheiden, ob die Aufnahme in die INDEX-Produkte stattfindet oder nicht. Kommen sie zum Schluss, dass keine Nachfrage bestehe, werden die Daten auch nicht aufgenommen. Insbesondere bei der Neulancierung eines Produktes verschlechtert dies die Erfolgschancen erheblich. Ohne Präsenz bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern ist der kommerzielle Erfolg eines Medikamentes erheblich in Frage gestellt[87]. Aus diesem Grund haben auch gewisse Zulassungsinhaberinnen einen Vertrag abgeschlossen.

B.4.4.4 Regelung und Finanzierung der Aufnahme von Arzneimittelinformationen betreffend homöopathische Produkte und Daten von Non-Pharma Produkten in die Indices

117. Die Verträge über die Aufnahme von Informationen, die nie einem Obligatorium unterstanden (bspw. Daten von Non-Pharma Produkten), wurden hingegen ganz anders gestaltet.

118. Eine Zulassungsinhaberin ([…]) hat z.B. im Rahmen der Befragung Folgendes bemerkt:

> *«Wir vertreiben viele Nicht-Arzneimittel (vorwiegend Medizinprodukte). Diese sind ja auch in den besagten INDEX-Produkten und da wurde noch nie etwas verrechnet. Weshalb dieser Unterschied durch e-mediat besteht, ist uns nicht klar, die Leistung ist unseres Erachtens die gleiche.»*

119. Demgegenüber hat […] einen «Vertrag über die Verbreitung von Artikelinformationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt» mit e-mediat betreffend «Zurverfügungstellung von Artikel-Daten von Nicht Swissmedic registrierten Produkten des Schweizer Gesundheitsmarktes». Bearbeitung und Aufnahme der via Meldeformular zur Verfügung zu stellenden Informationen erfolgen gegen eine Listing Fee pro Produkt. Die Kosten sind überschaubar: Ersterfassung des Dossiers CHF 5.–; Pflege CHF 3.–/Jahr.

120. Auf der Homepage von e-mediat werden die Kosten für Parapharmazeutika und Produkte ohne behördlich genehmigte Fachinformationen (Informationen zu sonstigen Pharmaprodukten) ebenfalls deklariert. Für Parapharmazeutika kostet die Dossiereröffnung CHF 5.– pro Artikel und CHF 3.– pro Artikel und Jahr für die Pflege. Produkte ohne behördliche genehmigte Fachinformationen kosten pro Artikel und Jahr CHF 50.–.[88]

121. Auch betreffend homöopathische Arzneimittel, für die erleichterte Bestimmungen in Bezug auf die Arzneimittelinformationen gelten (vgl. Rz 28), verfolgte e-mediat eine andere Strategie bei der Umstellung auf die Indices 2013. Eine Zulassungsinhaberin ([…]), die früher für das Kompendium, dann 2012 für die flat-fee und auch für die Referenzierung in der refdatabase einen Vertrag hat, gab dazu an:

> *«Wir sollten einen Vertragsentwurf erhalten. Wir haben diesen Entwurf nicht erhalten. Auf unsere telefonische Anfrage hin bekamen wir die Auskunft, dass wir uns nicht sorgen müssten. Auch ohne Vertrag seinen unsere Mittel weiterhin im online Kompendium. Für homöopathische Mittel müsste erst noch ein Vertrag entworfen werden.»*

B.4.4.5 Leistungsangebot 2016

122. Das Angebot von Documed/e-mediat hat sich seit der Offertstellung 2013 leicht verändert. Der Vertragsgegenstand an sich bleibt jedoch derselbe: Die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank und der anschliessende Vertrieb dieser Daten. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS ist nun hingegen fester Bestandteil des D-Moduls.[89] Für die vorliegende Beurteilung wird jedoch das Leistungsangebot 2013 herbeigezogen, da sich zu diesem Zeitpunkt die zu beurteilende Verhaltensweise in besonderem Masse zeigt.

---

[87] Die Parteien weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Produkte auch ohne Präsenz der kommerziellen Daten im INDEX bestellt, verkauft und abgerechnet werden könnten. Gleichzeit betonen sie indes wiederholt, dass eine Präsenz in der INDEX-Datenbank [Aufbereitung der kommerziellen Daten und der Fachinformationen durch HCI] Grundlage eines sicheren und effizienten Vertriebes sei, womit sich der Nutzen seitens der Pharma-Industrie und damit deren Beitragspflicht rechtfertige.

[88] <http://www.e-mediat.ch/wAssetsEmediat/bin/de/Artikelstammdaten/2014_12_16_aktuell_einlageblatt_preise_v0111_internerdruck.pdf> (zuletzt besucht am 22.10.2015).

[89] <http://www.hcisolutions.ch/wAssetsHCI/bin/de/offers/industry/hci_dienstl_de_2015_v0402_ia.pdf> (zuletzt besucht am 22.9.2015).

B.4.4.6 Leistungsangebot 2017

123. Im April 2016 wurde das Sekretariat durch die Untersuchungsadressaten über das neue Preismodell für das Jahr 2017 informiert. Aufgrund der laufenden Untersuchung und der gescheiterten Verhandlungen betreffend eine einvernehmliche Regelung (vgl. Rz 158 f.) habe sich HCI entschieden, das Preismodell ab 2017 stärker aufwandorientiert zu gestalten. Entsprechend würden ab 2017 für die Zulassungsinhaberinnen höhere Kosten im Zeitpunkt der Markteinführung eines Produktes anfallen, die Kosten für die Pflege und Verteilung der Daten unveränderter Produkte würden hingegen reduziert.

C Prozessgeschichte

C.1 Vorabklärung

124. Im Jahr 2010 hat das Sekretariat in Sachen Medikamentenvertrieb in der Schweiz eine Vorabklärung eröffnet. Dies aufgrund von Mitteilungen und Anzeigen von Zulassungsinhaberinnen und Unternehmen aus der Vertriebskette betreffend eine allfällige marktbeherrschende Position, Missbrauch derselben sowie Absprachen in diesem Wirtschaftsbereich. In diesem Verfahren gab es auch Hinweise auf mögliche Verstösse gegen das Kartellgesetz im Bereich der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

125. Am 30. Dezember 2011 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an e-mediat, welcher sich insbesondere auf den Vertrieb von Medikamenteninformationen bezog. Mit Eingabe vom 5. März 2012 beantwortete e-mediat den Fragebogen. Am 8. Juni 2012 nahm Documed auf einen zweiten Fragebogen Stellung, in welchem die aktuelle Entwicklung der regulatorischen Rahmenbedingungen und die Preisentwicklung seitens Documed Thema waren.

126. Zwischen dem 18. Januar 2012 und dem 7. Dezember 2012 haben verschiede Unternehmen ([…]) ergänzende Informationen geliefert. Diese bezogen sich einerseits auf das Verhalten von e-mediat, welche ihre mutmasslich marktbeherrschende Stellung durch Erzwingung unangemessener Preise oder Drohung, die Zulassungsinhaberinnen aus ihren Produkten zu löschen, missbraucht haben soll, und andererseits auf die allgemeine Struktur und Funktionsweise des Marktes, insbesondere auch in Bezug auf den Vertrieb elektronischer Medikamenteninformationen durch die Softwarehäuser. Zusätzlich wurde das Sekretariat auf die Funktionsweise von AIPS und auf eine mögliche Kampfpreisunterbietung in Verdrängungsabsicht durch HCI während der Ausschreibung von AIPS aufmerksam gemacht.

127. Am 11. Oktober 2012 ging beim Sekretariat eine Anzeige gegen Documed und e-mediat ein. Anzeigerin war ywesee, eine Gesellschaft, die Softwaredienstleistungen und Datenbanken auf dem Gesundheitsmarkt anbietet.[90] Es wurden die Eröffnung eines formellen Verfahrens und zugleich der Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegen Documed und e-mediat beantragt. Die Anzeige und der Antrag wurden sinngemäss damit begründet, dass Documed und e-mediat die Zulassungsinhaberinnen zwingen würden, mit e-mediat neue Verträge über die Aufnahme von Arzneimittelinformationen zum Zwecke der Publikation der Informationen im Kompendium und über die Aufnahme in die Produkte von Documed/e-mediat (INDEX-Produkte) zu schliessen, obwohl diese Arzneimittelinformationen ab dem 1. Januar 2013 im Internet über AIPS für jedermann unentgeltlich verfügbar seien. Documed und e-mediat würden ausserdem ihre mutmasslich marktbeherrschende Stellung dadurch missbrauchen, dass sie die Aufnahme in das Kompendium sowie in die INDEX-Produkte nur gekoppelt und für all ihre Arzneimittel anbieten würden («Bundling») und der Abschluss eines Mehrjahresvertrages durch hohe Rabatte sehr attraktiv sei, was den Eintritt von Konkurrenten stark erschwere. Weiter drohe e-mediat, die Daten derjenigen Zulassungsinhaberinnen aus den INDEX-Produkten zu entfernen, welche nicht bereit seien, neue Verträge zu schliessen. Dies sei für das Schweizer Gesundheitswesen verheerend, weil dann ein Auffinden diverser Arzneimittel bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern nicht mehr gewährleistet sei, was die Patientensicherheit gefährde und zu Verzerrungen des Absatzes auf Stufe der Zulassungsinhaberinnen führe, da die Arzneimittel, die nicht in den Indices erscheinen, durch andere, in den Indices ersichtliche Arzneimittel, substituiert würden.

128. Der Eingang des Antrages wurde den Parteien mitgeteilt; diese nahmen per 29. Oktober 2012 dazu Stellung. Darin stellten die Parteien verschiedene Verfahrens- sowie Sachanträge, unter anderem, dass auf das Gesuch nicht einzutreten bzw. das Gesuch abzuweisen sei.

129. Mangels Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, konkret aufgrund fehlender Dringlichkeit, hat das Sekretariat bei der WEKO keinen entsprechenden Antrag gestellt. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 informierte das Sekretariat die Gesuchstellerin, dass ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht stattgegeben werden konnte und dementsprechend das Sekretariat keinen Antrag an die WEKO stellen werde.

130. Documed und e-mediat haben sich im Rahmen der Vorabklärung auch ausserhalb der Fragebögen und der Stellungnahme zum Antrag vom 11. Oktober 2012 wiederholt zum Sachverhalt der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen geäussert. Insbesondere am 11. September 2012 und am 16. Oktober 2012 lieferten die Parteien Informationen zur künftigen Vertragsgestaltung mit den Zulassungsinhaberinnen nach Inkrafttreten von AIPS.

C.2 Untersuchung

131. Aufgrund der zahlreichen Vorwürfe im Bereich der Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen, der Aktualität der Problematik infolge der Einführung von AIPS per 1. Januar 2013 sowie der diesbezüglich weiter fortgeschrittenen Ermittlungen im Vergleich zu anderen im Rahmen der Vorabklärung «Medikamentenvertrieb in der Schweiz» untersuchten Elementen, entschied das Sekretariat, diesen Bereich aus der

[90] Insbesondere über die Softwarelösung oddb2xml, die die Gesellschaft direkt über <www.oddb.org> vertreibt, aber auch als Datenlieferant für andere Plattformen (<www.just-medical.com>/<www.med-drugs.ch>, alle Seiten zuletzt besucht am 16.9.2015).

Vorabklärung zu lösen. Das Sekretariat eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 6. Dezember 2012 die vorliegende Untersuchung 32 0249 Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen gegen Galenica, HCI, Documed und e-mediat. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat am 7. Dezember 2012 den Untersuchungsadressaten bekannt. Am 28. Dezember 2012 gab das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt.[91]

132. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob Galenica bzw. HCI, Documed sowie e-mediat im Bereich Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und ob sie diese Stellung gegebenenfalls gegenüber Pharmaherstellern und Konkurrenten missbrauchen.

133. Es bestanden zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung Anhaltspunkte für entsprechende, möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen seitens der genannten Unternehmen im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von elektronischen Medikamenteninformationen. e-mediat und Documed schienen aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage zu sein, die Zulassungsinhaberinnen zu einer Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen Medikamenteninformationen in die Datensammlungen von e-mediat zu bewegen. Die Untersuchung sollte auch Aufschluss über die Kartellrechtskonformität einzelner Vertragsbedingungen geben. Zu diesen zählen u.a. die Verpflichtung derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche einen Vertrag betreffend Aufnahme elektronischer Medikamenteninformationen in die Datensammlungen von e-mediat schliessen, einen solchen für die Medikamenteninformationen all ihrer Produkte abzuschliessen zu müssen. Ausserdem wurde der fehlende Einfluss der Zulassungsinhaberinnen auf die Weiterverwendung ihrer Daten untersucht. Die Untersuchung sollte klären, inwiefern u.a. die genannten Verhaltensweisen zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führen. In diesem Zusammenhang wurde auch das Verhalten von HCI im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens von Swissmedic betreffend Betrieb und Verwaltung von AIPS untersucht. Weiter waren die vertikalen Beziehungen zwischen Documed/e-mediat und den Softwarehäusern von Relevanz.

C.2.1 Beteiligung vips und ywesee an der Untersuchung als beteiligte Dritte i.S.v. Art. 43 KG sowie Antrag einer Zulassungsinhaberin auf Beteiligung

134. Mit Schreiben vom 6. Februar 2013 teilte vips, Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz, dem Sekretariat mit, sich am Verfahren als Partei beteiligen zu wollen. Das Sekretariat erkannte vips mit Schreiben vom 18. April 2013 die Stellung als beteiligte Dritte ohne Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG zu.

135. Mit Eingabe vom 21. Juni 2013 nahm vips in ihrer Rolle als beteiligte Dritte zu verschiedenen Aspekten des Verfahrens Stellung (Untersuchung, Patientensicherheit, jetziger Modus, einvernehmliche Regelung, Essential facility). Das Ziel war es, die Wichtigkeit einer funktionierenden Arzneimittelplattform für alle betroffenen Stakeholder zu verdeutlichen.

136. Am 31. Oktober 2014 stellte ywesee einen Antrag auf Parteistellung. Das Sekretariat stellte den Antrag auf Parteistellung den Parteien am 12. November 2014 zu und diese nahmen dazu innert erstreckter Frist am 11. Dezember 2014 Stellung. In der Folge forderte das Sekretariat zusätzliche Informationen von ywesee bezüglich deren Geschäftstätigkeit und inwiefern die untersuchte Verhaltensweise ywesee in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert. ywesee nahm dazu am 9. Januar 2015 Stellung. Mit Schreiben vom 9. März 2015 wurde das Gesuch abgelehnt und den Parteien der Entscheid zur Kenntnis gebracht. ywesee wurde jedoch die Beteiligung am Verfahren als beteiligte Dritte ohne Parteistellung i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zugestanden.

137. Das Sekretariat erhielt am 3. Dezember 2015 einen Antrag einer Zulassungsinhaberin auf Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG. Derselbe Antrag wurde bereits zu einem früheren Zeitpunkt – nämlich am 30. März 2015 – eingereicht, jedoch aufgrund möglicher Nachteile seitens Documed/e-mediat von der Antragstellerin wieder zurückgezogen. Am 18. Dezember 2015 lehnte das Sekretariat den Antrag auf Parteistellung der Zulassungsinhaberin ab, da die 30-tägige Frist zur Meldung (vgl. Art. 28 Abs. 2 KG) bereits verstrichen war. Die fristauslösende amtliche Publikation für allfällige Meldungen erfolgte am 28. Dezember 2012.

C.2.2 Ermittlungshandlungen bei diversen Dritten

C.2.2.1 Swissmedic

138. Am 14. März 2013 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an Swissmedic zum Thema Entstehung, Ausschreibung und Funktionsweise von AIPS. Swissmedic reichte am 12. April 2013 die Stellungnahme zum Auskunftsbegehren ein. Bis am 10. Dezember 2013 fand die Amtsgeheimnisbereinigung statt. Am 13. November 2013 und am 10. Dezember 2013 reichte Swissmedic noch ausstehende Beilagen ein.

139. Am 27. Mai 2013 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und Swissmedic zum Thema AIPS statt. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und Swissmedic zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt. Mit Schreiben vom 19. Juli 2013 beantragte Swissmedic die Beteiligung am Verfahren, insbesondere die Möglichkeit, vor der Kommission Stellung zu nehmen. Nach Prüfung des Antrages teilte das Sekretariat Swissmedic am 1. Oktober 2013 mit, dass deren Antrag nicht stattgegeben werden kann. Swissmedic akzeptierte diesen Entscheid mit Schreiben vom 24. Oktober 2013.

[91] SHAB-Nr. 252–130. Jahrgang vom 28.12.2012, Meldungsnummern 6995846, 6995848 und 6995850; BBl 2012 9833, 9833 f.

C.2.2.2 Zulassungsinhaberinnen

140. Zwischen dem 28. März 2013 und dem 4. April 2013 verschickte das Sekretariat Fragebogen an alle (ca. 300) Zulassungsinhaberinnen der Schweiz (gemäss Liste Swissmedic). Die Stellungnahmen zum Auskunftsbegehren trafen ab dem 1. April 2013 ein. Zwischen dem 30. Mai 2013 und dem 6. Juni 2013 mahnte das Sekretariat die Zulassungsinhaberinnen, welche den Fragebogen noch nicht beantwortet hatten. Einige Unternehmen wurden nochmals am 20. August 2013 gemahnt. Ab dem 6. Mai 2013 stellte das Sekretariat diversen Zulassungsinhaberinnen Präzisierungs- und teilweise Ergänzungsfragen, welche ab dem 6. Mai 2013 beantwortet wurden.

141. Am 14. Oktober 2013 und am 15. Oktober 2013 nahm das Sekretariat mit verschiedenen Zulassungsinhaberinnen im Hinblick auf die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse Kontakt auf. Mehrheitlich konnte diese bis Februar 2014, mit den letzten Unternehmen per Mai 2014 abgeschlossen werden.

C.2.2.3 Refdata

142. Mit Schreiben vom 13. Juni 2013 wurde die Stiftung Refdata (vgl. Rz 22e) zu einem Gespräch am 4. Juli 2013 eingeladen. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und Refdata zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt.

C.2.2.4 Softwarehäuser

143. Am 1. Juli 2013 und am 23. August 2013 verschickte das Sekretariat einen Fragebogen an ausgewählte Softwarehäuser aller Vertriebskanäle. Ab dem 10. Juli 2013 bekam das Sekretariat die Antworten. Mit Schreiben vom 19. August 2013 mahnte das Sekretariat diejenigen Unternehmen, deren Antworten noch ausstehend waren. Einzelnen Softwarehäusern stellte das Sekretariat ab dem 21. August 2014 Präzisierungsfragen zum Auskunftsbegehren vom 1. Juli 2013, um ausstehende Fragen zu klären, Informationen zu aktuellen Entwicklungen aus Sicht der Softwarehäuser zu erhalten sowie Verträge nachzufordern. Die Antworten dazu trafen ab dem 10. September 2014 ein.

144. Am 2. Juli 2014 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und einem Softwarehaus ([…]) statt. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und dem Softwarehaus zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt.

C.2.2.5 Teilnehmende an der Ausschreibung von AIPS

145. Am 18. Juli 2013 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an drei Unternehmen, welche nebst HCI an der AIPS-Ausschreibung teilgenommen hatten. Die drei Unternehmen antworteten zwischen dem 1. August 2013 und dem 4. November 2013.

C.2.2.6 Vertrieb von Medikamenteninformationen in Deutschland

146. Am 20. September 2013 befragte das Sekretariat zwei Gesellschaften, die in Deutschland in den Vertrieb von Medikamenteninformationen involviert sind ([…]) über die Markt- und Vertriebsstrukturen von elektronischen Medikamenteninformationen in Deutschland. Die Antworten trafen am 21. und am 22. Oktober 2013 ein. Offene Fragen wurden telefonisch geklärt und eine Zusammenfassung des Inhalts des Gesprächs zu den Akten genommen.

C.2.2.7 Zeugeneinvernahme

147. Am 20. Februar 2014 wurde […], ehemaliger Mitarbeiter von HCI, zuständig für die Offerte im Rahmen der Ausschreibung AIPS sowie die Entwicklung der Datenbanken von HCI, als Zeuge betreffend die Teilnahme von HCI an der Ausschreibung von AIPS in Anwesenheit der Parteien einvernommen. Das Protokoll der Einvernahme wurde zu den Akten genommen.

C.2.2.8 Ermittlungshandlungen in Zusammenhang mit der HMG Revision

148. Im Frühjahr 2015 holte das Sekretariat bei den verschiedenen zuständigen Stellen (Swissmedic, Sekretariat der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit und Bundesamt für Gesundheit) Informationen über die Entwicklungen im Rahmen der laufenden HMG-Revision im Parlament ein. ywesee äusserte sich ebenfalls zur HMG-Revision, jedoch ohne entsprechende Aufforderung des Sekretariats.

C.2.3 Freiwillige Beteiligung Dritter am Verfahren

149. Am 3. Oktober 2013 hat das Sekretariat die Ankündigung einer Petition des Vereins für die unabhängige Apotheke, IFAK, zur Aufrechterhaltung des pharmINDEX erhalten. Das Sekretariat nahm dazu am 24. Oktober 2013 Stellung. In der Folge erhielt das Sekretariat verschiedentlich Informationen zur Vorgehensweise von IFAK bei der Unterschriftensammlung.

150. Am 14. Oktober 2014 stellte ywesee einen Antrag auf Hausdurchsuchung, den das Sekretariat am 17. Oktober 2014 ablehnte, worauf ywesee erneut dazu Stellung nahm.

151. Neben den hier gesondert aufgeführten Ermittlungshandlungen und freiwilligen Informationen Dritter erhielt das Sekretariat von verschiedenen Seiten laufend Informationen zur Funktionsweise des Marktes, zu AIPS und zu Verhaltensweisen von e-mediat, Documed sowie HCI.

C.2.4 Ermittlungshandlungen bei den Parteien und Beteiligung derselben am Verfahren

C.2.4.1 Parteieinvernahmen und Auskunftsbegehren

152. Am. 15. Februar 2013 lud das Sekretariat […] und […] zu auf den 20. Februar 2013 festgelegten und durchgeführten Parteieinvernahmen vor. Mit Schreiben vom 13. März 2013 nahmen die Parteien Stellung zu den ausgestellten Protokollen. Am 4. April 2013 verschickte das Sekretariat die überarbeitete Version des Protokolls der Parteieinvernahme mit […], welches die Parteien am 22. April 2013 unterschrieben retournierten.

153. Mit Schreiben vom 26. Juni 2013 stellte das Sekretariat den Parteien ein Auskunftsbegehren betreffend Tarif- und Rabattgestaltung der Vertragsmodule D1, E1 sowie das Basismodul D1/E1 sowie betreffend Anzahl und Umsatz der Verträge je Modul zu. Mit Eingabe vom 2. Juli 2013 beantworteten die Parteien den Fragebo-

gen, worauf das Sekretariat seinen Fragebogen weiter präzisierte. Die Parteien antworteten darauf am 5. August 2013.

154. Mit Eingabe vom 10. Februar 2014 beantragten die Parteien eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (insb. Apotheken, Ärztinnen und Ärzte und Spitäler). Aufgrund der sich anbahnenden Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (vgl. nachstehend Rz 159) wurde der Antrag mit Einverständnis der Parteien einstweilen zurückgestellt[92] und wird nun im Rahmen der vorliegenden Verfügung (vgl. Rz 161 ff.) behandelt.

155. Am 27. März 2014 stellte das Sekretariat HCI, Documed und e-mediat ein Auskunftsbegehren betreffend sämtliche Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Gesellschaften HCI, Documed und e-mediat für die Jahre 2009–2013 zu, welches von den Parteien am 25. April 2014 beantwortet wurde. Am 10. November 2015 forderte das Sekretariat die Bilanzen und Erfolgsrechnungen genannter Gesellschaften für das Jahr 2014 ein, welche am 18. November 2015 eingereicht wurden.

C.2.4.2 Akteneinsicht

156. Während der Vorabklärung wurde den Parteien gemäss Art. 26 Abs. 3 KG trotz entsprechender Anfrage keine Akteneinsicht gewährt. Die Parteien stellten am 29. Januar 2013 und am 18. Februar 2013 im Stadium der Untersuchung erneut ein Gesuch um Akteneinsicht. Am 7. Februar 2013 wurden die Parteien informiert, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung der Akten für die Akteneinsicht noch nicht abgeschlossen sei. In der Folge wurde den Parteien am 4. April 2013 ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt. Am 15. Mai 2013 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis Ende März 2013 aufgelaufenen Akten. Auf entsprechende Nachfrage stellte das Sekretariat den Parteien am 4. Juni 2013 ein aktuelles Aktenverzeichnis und noch ausstehende Akten zu. Mit Eingabe vom 12. September 2013 nahmen die Parteien Stellung zu den offengelegten Akten und stellten die Anträge, in neue Aktenstücke so rasch als möglich Einsicht zu erhalten sowie bezüglich einem Dokument mit Schwärzungen, dass die Namen der Unternehmen entweder offenzulegen oder das Aktenstück aus den Akten zu weisen sei. Am 13. November 2013 stellte das Sekretariat den Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zu und bezog zu den am 12. September 2013 gestellten Anträgen Stellung. Am 17. Februar 2014 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis zum 15. Oktober 2013 aufgelaufenen Akten. Mit Schreiben vom 30. April 2014 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis 10. April 2014 aufgelaufenen Akten. Sodann wurde mit Schreiben vom 16. Juli 2014 elektronische Akteneinsicht in die bis 5. Juni 2014 aufgelaufenen Akten gewährt. Die Parteien nahmen am 11. August 2014 zu den offengelegten Akten Stellung. Mit E-Mail vom 22. Januar 2015 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis 31. Dezember 2014 aufgelaufenen Akten. Gleichzeitig mit der Zustellung des Antrags des Sekretariats nach Art. 30 Abs. 2 KG wird ein weiteres Mal Akteneinsicht gewährt. Sodann wurde den Parteien am 1. Dezember 2016 Akteneinsicht gewährt.

C.2.4.3 Freiwillige Beteiligung der Parteien an der Untersuchung

157. Während des gesamten Untersuchungsverfahrens reichten die Parteien verschiedentlich unaufgefordert Informationen zur Sachverhaltsermittlung ein. Am 22. Februar 2012 reichten die Parteien die Studie «Grundlagenanalyse Stammdaten» und einen Entwurf eines Informationsschreiben von e-mediat an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer betreffend «*Qualitätsgesicherte Arzneimittelinformationen im Umbruch (Quality Assurance Partnership (QAP)*» ein. Am 13. März 2013, am 22. April 2013, am 19. Juni 2013, am 2. Juni 2013, am 17. September 2013 und am 16. Oktober 2013 informierten die Parteien das Sekretariat über Entwicklungen auf dem Markt, insbesondere über die Anpassung der Verträge von Documed/e-mediat mit den Zulassungsinhaberinnen. Am 3. Dezember 2013 teilten die Parteien dem Sekretariat die Sichtweise gewisser Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (GSA-SA, Schweizerischer Verein der Amts- und Spitalapotheker) zum Markt für elektronische Medikamenteninformationen mit und regten eine Befragung aller Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer an. Das Sekretariat antwortete darauf am 17. Dezember 2013 und hielt fest, dass eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer nicht angezeigt sei, da ein möglicher Missbrauch Documeds/e-mediats gegenüber den Zulassungsinhaberinnen untersucht werde und eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer diese Fragen nicht klären könne. Im Anschluss darauf reichten die Parteien am 10. Februar 2014 den oben erwähnten Antrag zur Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ein (Rz 154).

C.2.4.4 Gespräche mit den Parteien und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung

158. Am 20. Dezember 2012 waren die Parteien zu einem Gespräch zu der Funktionsweise von AIPS und der INDEX-Datenbank sowie den Verhaltensweisen der Parteien gegenüber den Zulassungsinhaberinnen, welche keinen Vertrag mit e-mediat und Documed abgeschlossen haben, eingeladen. Am 13. November 2013 fand ein Gespräch mit den Parteien über die nächsten Verfahrensschritte sowie über den Zugang zu den Akten statt.

159. Ab Frühling 2014 wurde zwischen den Parteien und dem Sekretariat die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung diskutiert. Infolge dieser sich anbahnenden Gespräche nahmen die Parteien am 1. Mai 2014 Stellung betreffend die derzeit laufende HMG-Revision und die aktuellen Entwicklungen und Diskussionen auf dem Markt zwischen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern und Zulassungsinhaberinnen. Am 15. Mai 2014 fand ein erstes Gespräch zwischen den Parteien und dem Sekretariat über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung statt. Am 14. August 2014 folgte

[92] Informelles Gespräch über eine mögliche Aufnahme von Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung mit den Parteien vom 15.5.2014.

ein neues Gespräch zum Thema einvernehmliche Regelung. Am 27. Oktober 2014 haben die Parteien und das Sekretariat die Rahmenbedingungen für Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung unterschrieben. Die EVR-Gespräche wurden am 10. Juli 2015 ohne Erfolg abgebrochen und das Verfahren wurde im ordentlichen Verfahren fortgesetzt.

C.2.4.5 Ausstandsgesuch

160. Am 10. August 2015 stellten HCI, e-mediat und Documed ein Gesuch um Ausstand gegen mehrere am Verfahren beteiligte Mitarbeitende des Sekretariats. Das Gesuch wurde sinngemäss damit begründet, dass diese im Rahmen der EVR-Verhandlungen Aussagen gemacht hätten, die den Anschein der Befangenheit erweckten und der Verfahrensausgang daher vorherbestimmt sei. Der stellvertretende Direktor nahm am 21. August 2015 zu dem Gesuch Stellung und verneinte das Vorliegen von Ausstandsgründen, worauf HCI, e-mediat und Documed an ihrem Gesuch festhielten und der Ausstand streitig wurde. Der Präsident der WEKO verfügte in der Folge am 21. September 2015 in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde über das Sekretariat, dass keine Ausstandsgründe vorliegen. Am 22. Oktober 2015 reichten HCI, e-mediat und Documed eine Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten der WEKO beim Bundesverwaltungsgericht ein. Diese wurde jedoch mit Urteil vom 12. Februar 2016 abgewiesen.[93] Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gelten für nicht-richterliche Behörden geringere Anforderungen an die Unabhängigkeit als für Gerichtspersonen.[94] Ferner ergebe sich aus Art. 29 KG, dass das Sekretariat seine Ansichten betreffend das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung kundtun muss.[95]

C.2.5 Verfahrensantrag betreffend Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

161. Am 10. Februar 2014 reichten die Untersuchungsadressaten einen Verfahrensantrag auf Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (insbesondere Apotheken, Ärztinnen und Ärzte, Spitäler) mit einem Fragekatalog zu verschiedenen Themen ein. Eventualiter sei eine repräsentative Auswahl an Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern zu befragen. Im Anschluss an den Verfahrensantrag wurden die Bestrebungen für Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung vorangetrieben und in der Folge auch solche Gespräche geführt. Aus diesem Grund wurde die Behandlung des Verfahrensantrags einstweilen aufgeschoben (vgl. Rz 154).

162. Gemäss Art. 39 KG i.V. mit Art. 33 Abs. 1 VwVG[96] hat das Sekretariat alle ihm angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kennt Art. 33 Abs. 1 VwVG zwei Voraussetzungen: Das angebotene Beweismittel muss eine Tatsache beweisen können, die rechtserheblich für den Sachverhalt ist, und das anerbotene Beweismittel muss tauglich sein, diesen Beweis zu erbringen. Damit ist von der Behörde jeder Beweis abzunehmen, der geeignet ist, eine Tatsache zu erstellen, von deren Vorliegen abhängt, ob über den betroffenen Sachverhalt in der einen oder anderen Weise zu entscheiden ist.[97]

163. In der Folge sind die einzelnen anerbotenen Beweismittel respektive die Fragen an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer zu den verschiedenen Themenbereichen auf deren Rechtserheblichkeit und Tauglichkeit zu prüfen.

a. «Qualität der INDEX-Daten allgemein und im Vergleich zu Konkurrenzdienstleistungen (Datenvielfalt, -qualität und Tauglichkeit für die Praxis)»:

   Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung wurde festgestellt, dass die INDEX-Daten von sehr hoher Qualität sind und keine vergleichbare Konkurrenzdienstleistung besteht (vgl. Rz 55 ff. und nachfolgend 256). Eine Befragung betreffend Vergleich zu Konkurrenzdienstleistungen ist nicht mehr nötig, da die Bedeutung der INDEX-Daten im Markt und damit die mögliche Marktbeherrschung bereits aufgrund der vorhandenen Beweismittel rechtsgenüglich erstellt ist. Zudem ist für den konkret zu prüfenden möglichen Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung die Qualität des in Frage stehenden Gutes oder der Dienstleistung irrelevant. Aufgrund dieser Ausführungen ist die Qualität der INDEX-Daten rechtsunerheblich für die Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, und soweit ein Beweis erbracht werden muss, kann dieser durch die erhobenen Beweismittel erbracht werden.

b. «Bedeutung der INDEX-Daten im Vertrieb der Arzneimittel, in Bezug auf die Effizienz des Vertriebes und in Bezug auf die Sicherheit des Arzneimittelvertriebes»:

   Die Bedeutung für den physischen Vertrieb wurde festgestellt (vgl. Rz 55 ff.). Die Wichtigkeit der INDEX-Daten für den physischen Vertrieb geht bereits aus den Akten hervor. Es besteht daher kein Anlass, bereits Feststehendes erneut zu beweisen.

c. «Folgen für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, wenn INDEX-Daten oder vergleichbare Daten nicht mehr angeboten würden»:

   Wie bereits oben beschrieben (Rz 51 ff.), nehmen die INDEX-Daten eine zentrale Funktion durch die Präsenz in den Softwaresystemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ein. Dies gilt wie ausgeführt sowohl für den Vertrieb, die Beratung, die Verschreibung, die Abgabe als auch die Abrechnung von Medikamenten. Untersucht wurde jedoch das Verhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen und den Softwarehäusern. Die Bedeutung der INDEX-Daten und die Folgen, falls diese nicht mehr zur Verfügung stünden, sind für den Sachverhalt nicht rechtserheblich, da unabhängig der Antwort ein missbräuchliches Verhalten vorliegt.

---

[93] Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, *HCI Solutions AG et al./WEKO*.
[94] Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, E. 4.3, *HCI Solutions AG et at./WEKO*.
[95] Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, E. 5.2, *HCI Solutions AG et al./WEKO*.
[96] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[97] ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013 Rz 536 f.; BGE 135 I 187, 190 E. 2.2; BGE 124 I 241, 242 E. 2.

d. «Wer soll für die Aufbereitung der INDEX-Daten bezahlen? Die Pharmahersteller oder die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer? Bitte begründen Sie Ihre Antwort»:

   Welcher Teilnehmer am Wirtschaftsprozess eine Dienstleistung zu finanzieren hat, bestimmt sich nach objektiven ökonomischen Kriterien und nicht nach dem subjektiven Empfinden eines Wirtschaftsteilnehmers. Zudem ist die Antwort der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer auch vorhersehbar. Es ist offensichtlich, dass Unternehmen versuchen, ihre Kosten möglichst gering zu halten. Bei einer solchen Fragestellung ist es folglich klar, dass die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Zulassungsinhaberinnen als diejenigen bezeichneten, die die Kosten zu übernehmen hätten. Aus denselben Überlegungen wurde diese Frage auch nicht den Zulassungsinhaberinnen gestellt. Um die Frage der Kostenübernahme beurteilen zu können, sind nur die Informationen zur Funktionsweise des Marktes nötig, die bereits erhoben wurden und der vorliegenden Beurteilung zugrunde liegen. Diese ökonomische Frage kann aufgrund der eigenen Sachkunde des Sekretariats ausreichend gewürdigt werden,[98] weshalb dazu kein Beweismittel erhoben werden muss. Die notwendigen Beweismittel im Hinblick auf die Funktionsweise des Marktes wurden bereits erhoben, wobei das hier anerbotene Beweismittel diese Frage nicht klären könnte und somit untauglich ist.

e. «Rolle der INDEX-Datenbanken auf die Wahrung der Sorgfaltspflichten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und Hersteller von Arzneimittel (Stichwort: Patientensicherheit)»:

   Die Sorgfaltspflichten der Zulassungsinhaberinnen im Umgang mit Arzneimittelinformationen sind gesetzlich geregelt (vgl. nachfolgend Rz 193 f.). Es muss daher diesbezüglich kein Beweis abgenommen werden. Die Beurteilung der gesetzlichen Lage können die Wettbewerbsbehörden aufgrund eigener Sachkunde vornehmen. Zudem ist auch im Handel mit sensiblen und wichtigen Daten ein missbräuchliches Verhalten möglich.

f. «Nutzen der INDEX-Daten für die Pharmahersteller aus Sicht der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer»:

   Die Funktionsweise des Marktes wurde bereits untersucht (z.B. Befragung der Zulassungsinhaberinnen und der Softwarehäuser, diverse Eingaben der Untersuchungsadressaten und Dritter, Einvernahmen etc.). Ausserdem ist fraglich, inwiefern die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer über den Nutzen der INDEX-Daten für die Zulassungsinhaberinnen Auskunft geben können, da sie sich in einer anderen Situation befinden als die Zulassungsinhaberinnen und deren Nutzen nicht aufgrund eigener Erfahrungswerte kennen. Die Beurteilung wäre eine Fremdanalyse. Die anerbotene subjektive Meinung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer vermag die Beweislage betreffend Marktsituation nicht erheblich zu beeinflussen. Dieser Sachverhaltsaspekt wurde zudem bereits untersucht. Es liegt somit im Ermessen der Behörde den anerbotenen Beweis nicht erneut abzunehmen bzw. die subjektive Meinung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer erscheint nicht tauglich, diesen Punkt zu beweisen.

g. «Könnte aus der Sicht der befragten Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer eine Datenbank, die lediglich auf öffentlich zugänglichen Quellen (open source) basiert, einen effizienten und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln gewährleisten»:

   Wie bereits in a.–c. und e. ausgeführt, ist die Qualität der Daten und möglicher Konkurrenzprodukte für den möglichen Missbrauch einer möglichen marktbeherrschenden Stellung nicht rechtserheblich.

164. Die anerbotenen Beweismittel vermögen somit insgesamt den Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 1 VwVG nicht zu genügen und werden nicht erhoben. Der Verfahrensantrag wird abgelehnt.

C.2.6 Anträge der Untersuchungsadressaten auf Einstellung der Untersuchung

165. Am 28. Januar 2016 und am 9. Mai 2016 reichten die Untersuchungsadressaten einen Antrag auf Einstellung der vorliegenden Untersuchung ein. In beiden Anträgen stützen die Untersuchungsadressaten ihre Einstellungsanträge auf die laufende Revision des HMG (vgl. Rz 199 ff.). Gemäss neuer Regelung seien die Zulassungsinhaberinnen für die Lieferung der gesetzlich vorgeschriebenen Inhalte der Arzneimittelinformation verantwortlich und müssten zudem die Kosten für die Strukturierung übernehmen. Dieses Argument ist bereits insofern nicht stichhaltig, als die Zulassungsinhaberinnen bereits heute für die Publikation und damit die Aufnahme ihrer Daten auf AIPS aufkommen müssen.

166. Den Einstellungsanträgen wird nicht stattgegeben. Eine Einstellung der Untersuchung ist nicht sachgerecht, da ein sanktionierbarer Kartellrechtsverstoss vorliegt, wie in den nachfolgenden Erwägungen dargelegt wird.

C.2.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie der beteiligten Dritten/Entscheidprozess der Wettbewerbskommission

167. Am 12. Mai 2016 versandte das Sekretariat den Antrag an die Verfügungsadressatinnen bzw. an deren Rechtsvertreter und gewährte Akteneinsicht.

168. Das Sekretariat erhielt am 6. Juni 2016 ein Fristerstreckungsgesuch der Galenica/HCI. Dieses wurde am 8. Juni 2016 teilweise bewilligt und die Frist für die Stellungnahme bis zum 13. Juli 2016, diejenige für die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse und Einreichung der Umsatzahlen für das Geschäftsjahr 2015 nur bis zum 20. Juni 2016 erstreckt.

[98] Vgl. dazu Urteil des BGer U 410/04 vom 3.11.2006, E. 3; BGE 122 V 157, 162 E. 1d.

169. Am 20. Juni 2016 reichten Galenica/HCI fristgerecht die Umsatzzahlen und eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Antrags ein. Ein 2. Fristerstreckungsgesuch ging beim Sekretariat am 7. Juli 2016 ein. Darin wurde eine kurze Fristerstreckung bis zum 31. Juli 2106 beantragt aufgrund der Komplexität des Falles und der Einholung eines noch ausstehenden ökonomischen Gutachtens. Am 8. Juli 2016 lehnte das Sekretariat das 2. Fristerstreckungsgesuch ab, da keine qualifizierten Gründe für eine Fristverlängerung vorlagen.

170. Die Stellungnahme der Parteien wurde am 13. Juli 2016 eingereicht. Die Verfügungsadressatinnen beantragten in ihrer Stellungnahme, dass (1) das Untersuchungsverfahren einzustellen sei und (2) es festzustellen sei, dass HCI auf dem Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk und auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Eventualiter (3) beantragten sie, die Sache sei zur Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen, insbesondere zur Durchführung einer Befragung der Leistungserbringer, an das Sekretariat zurückzuweisen. Subeventualiter (4) wurde der Antrag gestellt, dass davon abzusehen sei, der Galenica und/oder HCI eine Sanktion aufzuerlegen, bzw. die Sanktion massiv zu reduzieren sei.

171. Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 wurde Seitens Galenica/HCI der Verfahrensantrag gestellt, auf eine Zustellung des Antrags an die ywesee (als beteiligte Dritte) zu verzichten oder aber die ywesee unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB[99] im Widerhandlungsfall zu verpflichten, den Antrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens geheim zu halten. Der erwähnte Antrag wurde am 23. Juni auf Nachfrage des Sekretariates um vips – ebenfalls beteiligte Dritte – ergänzt. Nach Rücksprache mit den Parteien und beteiligten Dritten einigte sich das Sekretariat mit Galenica/HCI auf eine Zustellung zur Stellungnahme nach Abgabe einer Verpflichtungserklärung durch die beteiligten Dritten, den Antrag nicht publik zu machen. Das schriftliche Einverständnis der Parteien zu diesem Vorgehen erfolgte am 8. Juli 2016.

172. Am 27. Juni 2016 lud das Sekretariat Swissmedic zur Stellungnahme ein. Diese traf am 7. Juli 2016 ein und enthielt Anmerkungen lediglich zur gesetzlichen Grundlage von AIPS, jedoch darüber hinaus keine inhaltlichen Anmerkungen zum Antrag.

173. ywesee wurde, nach Eingang der unterzeichneten Verpflichtungserklärung vom 1. Juli 2016, der Antrag zur Stellungnahme noch am selben Tag zugestellt. Am 13. Juli 2016 traf die Stellungnahme ein. Sie enthielt Ergänzungen betreffend GTIN und MiGel.

174. Nachdem das Sekretariat vips zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung eingeladen hatte, verzichtete diese am 4. Juli 2016 auf eine Zustellung des Antrags des Sekretariates und demzufolge auch auf eine allfällige Stellungnahme.

175. Am 6. September 2016 reichten die Parteien ein ökonomisches Gutachten ein. Ein zweites wurde am 2. Dezember 2016 eingereicht.

176. Am 10. Oktober 2016 fand eine Anhörung von HCI durch die WEKO statt.

177. Am 7. November 2016 fand die Anhörung von drouwerkerk ag statt, am 21. November 2016 diejenige von ywesee. Am 5. Dezember 2016 wurde Herr Dr. med. Christoph Bangerter, ehemaliger Direktor der Documed und der e-mediat, angehört.

178. Am 21. November 2016 hat die WEKO die Einreichung sämtlicher Verträge und Bestimmungen mit den Softwarehäusern von HCI verlangt, die Ende 2012 in Kraft waren (unabhängig vom Unterzeichnungsdatum). HCI reichte die verlangten Dokumente am 29. November 2016 ein.

D Erwägungen

D.1 Geltungsbereich

D.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

179. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[100]

180. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen emediat, Documed sowie HCI. Sie sind bzw. waren alle 100-prozentige Tochtergesellschaften von Galenica, gegen die sich das Verfahren ebenfalls richtet (vgl. Gruppenstruktur in Abbildung 3).

181. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.[101] Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt,[102] so dass die Konzerngesellschaften nicht in

[99] Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

[100] JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; Samuel Jost, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[101] RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[102] Sogenanntes «Leitungsprinzip» im Gegensatz zum „Kontrollprinzip“, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.[103]

182. Fest steht, dass sowohl Galenica und HCI (sowie auch Documed und e-mediat bis 2016) rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind bzw. waren. Documed und e-mediat traten insbesondere bei den Offerten für neue Verträge ab dem Jahr 2013 auch offiziell gemeinsam auf (gemeinsame Vertragsverhandlung, Kombinationspakete ihrer Produkte, Erbringung gegenseitiger Dienstleistungen etc.). Folglich könnte das fragliche Verhalten entweder ihnen gemeinsam respektive HCI als Managementgesellschaft dieser beiden Gesellschaften oder Documed einer- und e-mediat andererseits zugeordnet werden. Durch die Umstrukturierung auf den 1. Januar 2016 hat HCI den Geschäftsbetrieb von Documed und e-mediat übernommen. HCI ist zudem Betreiberin von AIPS, hat diese Aufgabe jedoch früher an e-mediat ausgelagert. Von ihnen ging und geht das fragliche, vorliegend zur Beurteilung stehende Verhalten nach aussen aus. Denkbar ist auch, dass sie in die Gesamtstrategie des Galenica-Konzerns eingebettet sind und unter Leitung der Konzernmutter stehen. Insbesondere die in jüngster Zeit vorgenommenen verschiedenen Umstrukturierungen im Konzern lassen darauf schliessen, dass Galenica als Muttergesellschaft nicht nur die Möglichkeit der Einflussnahme hat, sondern diese zumindest teilweise auch wahrnimmt. Als kartellrechtliches Unternehmenssubjekt wird die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und somit der Konzern als Ganzes erfasst.[104]

183. Damit ist erstellt, dass bei der Galenica-Gruppe ein Konzern vorliegt, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG die Frage nicht beantwortet, wer Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend D.2).[105]

D.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

184. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

185. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.[106] Ob es sich bei der Galenica-Gruppe um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

D.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

186. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da die Voraussetzungen offensichtlich erfüllt sind und die Verfügungsadressaten den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich auch nicht bestreiten.

D.2 Verfügungsadressatinnen

187. Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft respektive Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist respektive sind. Denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein kann. Verfügungsadressaten können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind.

188. Im Urteil *Swisscom ADSL II* hielt das Bundesverwaltungsgericht in diesem Sinne fest, dass der Konzern als solcher nicht Partei des Verfahrens sein kann, da er keine Rechtsfähigkeit besitzt. Eine Erfassung aller Konzerngesellschaften wäre zwar formell korrekt, sei aber ebenfalls nicht angebracht, sondern der Verwaltungsbehörde komme bei der personellen Reduktion der Beschränkung der Verfügungsadressaten ein gewisses Ermessen zu. Dabei dürfte es in der Regel sachgerecht sein, neben den konkret handelnden Konzerngesellschaften auch die Obergesellschaft zu erfassen, da diese aufgrund der ihr zukommenden Leitungsmacht das kartellrechtswidrige Verhalten veranlasst oder zumindest geduldet habe. Zudem sind auch Sanktionen und Massnahmen gegen die Obergesellschaft auszusprechen, da diese die Wirtschaftskraft des Konzerns verkörpert.[107] Dieselben Ausführungen finden sich auch im aktuellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. *Bayrische Motoren Werke AG*.[108]

189. Gemäss den jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheiden kann also die Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.[109]

---

[103] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 579, E. 27, *Swisscom ADSL II*; Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

[104] Urteil des BVGer vom 14.9.2015, E. 29, *Swisscom ADSL II*.

[105] RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

[106] Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros - EEF*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (nachfolgend: Botschaft KG 1995), 547 f.; JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz. 14.

[107] Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 585 E. 68 ff., *Swisscom ADSL II*.

[108] Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

[109] Zustimmend und m.w.H. Jost (Fn 100), Rz 725.

190. Im vorliegenden Fall erscheint es sachgerecht, neben den direkt involvierten Tochtergesellschaften – Documed, e-mediat und HCI – aufgrund der konzernmässigen Verbundenheit der Gesellschaften (vgl. Rz 182) auch die Konzernmutter, die Galenica, als Verfügungsadressatin zu behandeln. Zu beachten ist indes, dass auf den 1. Januar 2016 Documed und e-mediat in HCI fusioniert wurden (Absorptionsfusion) und rechtlich nur noch HCI besteht.

191. Adressatinnen der vorliegenden Verfügung sind somit sowohl die Konzerntochtergesellschaft HCI als auch die Galenica als Konzernmuttergesellschaft.

D.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

D.3.1 Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation

193. Mit der Frage allfälliger vorbehaltener Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation hat sich die WEKO bereits 2008 im Rahmen der Verfügung i.S. Publikation von Arzneimittelinformationen[110] auseinandergesetzt. Sie kam dabei u.a. zum Schluss, dass auf Gesetzes- und Verordnungsstufe die folgenden Vorgaben *für Zulassungsinhaberinnen* statuiert sind, die jedoch für den konkreten Fall keinen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen:

- Sorgfaltspflicht im Umgang mit Heilmitteln (Art. 3 HMG);
- Pflicht zur Einreichung von Arzneimittelinformationen im Rahmen des Zulassungsverfahrens (Art. 11 Abs. 1 Bst. f HMG);
- Zuständigkeit Swissmedics für das Zulassungsverfahren und den Zulassungsentscheid (Art. 16 HMG) sowie für die nähere Umschreibung der im Rahmen des Zulassungsgesuches einzureichenden Unterlagen (Art. 11 Abs. 3 HMG);
- Pflicht des Gesuchstellers, die jeweils aktuelle, durch das Institut [Swissmedic] genehmigte Fachinformation den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung dieser Arzneimittel berechtigten Personen auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen, wobei die Fachinformationen den Anforderungen gemäss Anhang 4 der Arzneimittel-Zulassungsverordnung entsprechen müssen (Art. 14 AMZV);
- Pflicht, die Patienteninformationen den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung von Humanarzneimitteln berechtigten Personen zur Verfügung zu stellen (Art. 15 AMZV; Anforderungen gemäss den Anhängen 5 ff. der AMZV);
- Was «in geeigneter Weise zur Verfügung zu stellen» bedeutet, ist in der Arzneimittel-Zulassungsverordnung nicht näher definiert. Aus den Anhängen 4 und 5 der Arzneimittel-Zulassungsverordnung geht indes hervor, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss.

194. Diese gesetzlichen Grundlagen haben sich seit der damaligen Beurteilung nicht grundlegend geändert. Die Weisungen Swissmedics sodann, mit welchen die Voraussetzungen für die Publikation näher konkretisiert wurden und werden, haben Änderungen erfahren (vgl. die Ausführungen in Rz 28 ff.), begründen jedoch keinen Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG. Die Zulassungsinhaberinnen haben aufgrund der Weisungen von Swissmedic die Arzneimittelinformationen heute auf AIPS zu publizieren. Durch diese Publikation auf AIPS ist die gesetzliche Pflicht der Zulassungsinhaberinnen vollumfänglich erfüllt.[111] Die Publikation ist durch die Weisungen der Swissmedic umfassend geregelt. Da vorliegend die Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen betrachtet wird und nicht die Publikation auf AIPS als solche, kann darüber hinaus die Frage offen bleiben, ob HCI für den Betrieb von AIPS mit besonderen Rechten nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ausgestattet wurde.

195. Die weitere Kommerzialisierung der Arzneimittelinformationen wird durch das Swissmedic-Journal oder andere gesetzliche Bestimmungen nicht geregelt. Festgehalten wird jedoch, dass die Informationen auf AIPS die Basisdaten zur weiteren Veredelung darstellen und diese den Datenveredlern gratis zur Verfügung stehen.[112]

D.3.2 Vorschriften in Bezug auf die Prüf-/Sorgfaltspflichten auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

196. Auf der Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bestehen Prüf- und Sorgfaltspflichten im Umgang mit Arzneimitteln (Art. 3 und Art. 26 HMG). Diese Sorgfaltspflichten verweisen auf die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften. Das Bundesgericht hält dazu in Bezug auf Ärztinnen und Ärzte (wobei sich dies auch auf andere Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer übertragen liesse) fest: «*Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts richten sich die Sorgfaltspflichten des Arztes im Allgemeinen nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme*.»[113] Um diesen Pflichten nachzukommen, benötigen die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer u.a. die entsprechenden Arzneimittelinformationen, weshalb diese nach Ansicht des Gesetzgebers und

[110] Vgl. RPW 2008/3, 390 Rz 47 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[111] Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203 f.
[112] Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203.
[113] BGE 134 IV 175, 177 E. 3.2.

Swissmedics auch öffentlich frei verfügbar sein sollen. Diese Prüf- und Sorgfaltspflichten betreffen jedoch nicht die Publikation der Arzneimittelinformationen als solche oder eine nachgelagerte Kommerzialisierung dieser Daten.

197. Alle vorgenannten Vorschriften begründen betreffend die Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen keinen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, der der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen würde.

198. Mit dem Urheberrechtsschutz von FI und PI haben sich das Bundesgericht[114] und die WEKO[115] bereits auseinandergesetzt, weshalb darauf verwiesen und festgehalten werden kann, dass keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG vorhanden sind.

D.3.3 Exkurs: laufende HMG Revision

199. Am 7. November 2012 hat der Bundesrat den Entwurf für eine Revision des HMGs verabschiedet und eine Botschaft verfasst.[116] Der Nationalrat behandelte die Revision in einer Sondersession im Mai 2014 (Session 2014 Ia) als Erstrat. Der Ständerat beschäftigte sich in der Wintersession 2014 (Session 2014 IV) als Zweitrat mit der Vorlage. Da der Beschluss des Ständerates abweichend von demjenigen des Nationalrates war, kam die Vorlage in der Sondersession im Mai 2015 (Session 2015 Ia) erneut in den Nationalrat zur Differenzbereinigung. Der Ständerat befasste sich dann in der Herbstsession 2015 (Session 2015 III) erneut mit der Vorlage. Weiterhin konnte keine Einigung zwischen den Räten gefunden werden. In der Wintersession 2015 (Session 2015 IV) entschied der Nationalrat erneut abweichend vom Resultat der Abstimmung im Ständerat.

200. Der vom Nationalrat überarbeitete Artikel 67 E-HMG, der die Information der Öffentlichkeit und damit auch den Umfang und die Struktur der Publikation betrifft, wurde jedoch in der Herbstsession 2015 vom Ständerat als Zweitrat angenommen, wodurch diesbezüglich ein Konsens erzielt werden konnte. Das Gesetzgebungsverfahren ist abgeschlossen. Die Bundesversammlung hat das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), Änderung vom 18. März 2016, verabschiedet. Die Referendumsfrist läuft am 7. Juli 2016 ab. Nach der Verabschiedung durch das Parlament werden voraussichtlich im Frühjahr 2017 die notwendigen Ausführungsbestimmungen erarbeitet werden.

201. Gemäss der angenommenen Fassung wird inskünftig anstelle von Swissmedic eine Stiftung für das Zugänglichmachen der Arzneimittelinformationen zuständig sein und Umfang und Struktur der zu publizierenden Arzneimittelinformationen festlegen können (Art. 67 Abs. 3, 4 und 5 HMG). Infolge der Revision könnte folglich Umfang und Struktur der durch die ZI zu liefernden Informationen ändern. Nach wie vor werden indes nur Arzneimittelinformationen (respektive patientensicherheitsrelevante Informationen) von der Bestimmung erfasst sein. Die der Publikation über die Stiftung nachgelagerte Veredelung der Daten wird gesetzlich weiterhin nicht geregelt sein, ebenso wenig die Verwendung weiterer Daten (kommerzieller Natur, Non-Pharma etc.) respektive die Verwendung eines staatlichen Kennzeichens.

202. Die noch nicht in Kraft getretenen Pflichten für die Zulassungsinhaberinnen spielen für diese Untersuchung keine Rolle, da die Pflichten des geltenden Heilmittelgesetzes zentral sind. Das geltende Heilmittelgesetz legt fest, in welchem Umfang und in welcher Struktur die Zulassungsinhaberinnen die Arzneimittelinformation aktuell zugänglich zu machen haben und dass sich dadurch deren Pflicht erschöpft.

D.3.4 Fazit

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

D.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

204. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.[117]

D.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und –mass)

D.4.1.1 Beweiswürdigung

205. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V. mit Art. 19 VwVG sowie sinngemäss Art. 40 BZP[118]). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.[119] Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.[120] Dies schliesst –

[114] BGE 134 III 166, 169 E. 2.
[115] RPW 2008/3, 386 Rz 75 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen.*
[116] Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes, BBl 2013 1 ff.; Entwurf Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), BBl 2013 131 ff.
[117] BGE 139 I 72, 103 f. E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[118] Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[119] So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, 36 f. E. 2.1.
[120] Statt anderer BSK KG-BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 99; BSK KG-STEFAN BILGER (Fn 100), Art. 39 KG N 62.

selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein,[121] wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung «minderen Grades» ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann.

D.4.1.2 Beweismass

206. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen[122] Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

207. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,[123] wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,[124] was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass[125] übereinstimmen dürfte.

208. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.[126] Richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.[127] Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde höchstrichterlich geklärt, weshalb an dieser Stelle weitere Ausführungen obsolet sind und auf das Urteil des Bundesgerichtes sowie auf jüngere Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes i.S. *Swisscom ADSL II* und i.S. *BMW* verwiesen werden kann.[128]

D.4.2 Marktbeherrschende Stellung

209. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieterinnen und Anbieter oder Nachfragerinnen und Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerberinnen und Mitbewerbern, Anbieterinnen und Anbietern oder Nachfragerinnen und Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

210. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.[129]

D.4.2.1 Marktbeherrschung

211. Documed/e-mediat bzw. HCI werden sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersehen. Um dies zu prü0fen, ist vorab der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU[130] nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Für die Marktabgrenzung ist die Sichtweise der Marktgegenseite massgebend.

D.4.2.1.1 Die relevanten Märkte

D.4.2.1.1.1 Marktgegenseiten

212. Wie schon erwähnt (vgl. Rz 48), sind Documed/e-mediat bzw. HCI im Bereich der Datenveredelung, d.h. der Aufbereitung von ökonomischen und wissenschaftlichen Daten, welche für den Vertrieb, die Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln benötigt werden, tätig. Die auf AIPS publizierten Arzneimittelinformationen sowie weitere für den Vertrieb von Arzneimitteln relevante Informationen werden auf Stufe der sogenannten «Datenveredelung» aufgenommen, strukturiert, codiert (vgl. Rz 44 ff. für die einzelnen Schritte der Veredelung) und für die Nutzung durch Abnehmer von veredelten Datensätzen in bestimmten Formaten bereitgestellt.

D.4.2.1.1.1.1 Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger

213. Die in casu interessierende Marktgegenseite sind die Nachfragerinnen und Nachfrager von Datenprodukten für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln.

214. Die Datenprodukte dienen der Parametrisierung und Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel («Supply Chain»; Rz 47) und den Kostenträgern in Zusammenhang mit deren Rechnungsprüfung. Den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern dienen die Datenprodukte u.a. in Zusammenhang mit der eigentlichen Verschreibung von

---

[121] Siehe etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una…»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

[122] Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

[123] Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

[124] Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch Amstutz/Keller/Reinert (Fn 121), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

[125] Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

[126] Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 124), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 216.

[127] An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

[128] BGE 139 I 72, 91 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 602 E 4.3.c). 160 ff., *Swisscom ADSL II*; bestätigt in Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 3.11.3, *Bayerische Motoren Werke AG*.

[129] Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 (nachfolgend: Botschaft zum KG 2003), 2045.

[130] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

Arzneimitteln, der Beratung, der Ausübung ihrer Sorgfaltspflichten sowie Kontroll- und Abrechnungsprozessen. Diese Anwender der Datensammlungen sind die Marktgegenseite der Datenveredler, d.h. die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen sowie Kostenträger (vgl. auch die Ausführungen in Rz 38 ff. und 55 ff.).

D.4.2.1.1.1.2 Softwarehäuser

215. Weiter stehen die Datenveredler den Softwarehäusern gegenüber, welche denselben Abnehmergruppen (Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger) Arztpraxisadministrationssysteme, Waren- und Wirtschaftssysteme etc. anbieten (Rz 51 ff.). Im hier relevanten – weil in der Schweiz vorherrschenden – Vertrieb veredelter Daten an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sind die Datensammlungen nicht direkt einsehbar, sondern fliessen in das jeweilige Informatiksystem ein. Dort werden, je nach Softwareprodukt, unterschiedliche Informationen extrahiert und in die Softwarelösung integriert (vgl. auch Rz 44 ff. und 51 ff. sowie die Ausführungen zu den Softwarehäusern in B.3.3). Den Endabnehmerinnen und Endabnehmern der Daten bieten die Softwarehäuser unterschiedliche Funktionen an. Die Softwarehäuser stehen ihrerseits in vertraglichen Beziehungen zu den Datenveredlern betreffend Nutzung der Daten und den entsprechenden Schnittstellen. Auch Datenveredler und Softwarehäuser sind folglich Marktgegenseiten in Bezug auf die Integration der Datenbanken in die Softwarelösungen. Die Nutzung der Datenbank seitens der Softwarehäuser unterscheidet sich indes von derjenigen durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, da erstere die Daten nicht selbst nutzen, sondern diese als Grundlage für ihr eigenes Produkt benötigen.

D.4.2.1.1.1.3 Zulassungsinhaberinnen

216. Bis Ende 2012 haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich die Publikation ihrer Arzneimittelinformationen und damit formal rein die Aufnahme ins Kompendium nachgefragt und gezahlt. Documed bot damals diese Dienstleistung zur Erfüllung der rechtlichen Publikationspflicht der Zulassungsinhaberinnen an (Rz 65). Seit 2013 können die Zulassungsinhaberinnen ihre Publikationspflicht nur noch auf AIPS erfüllen und das diesbezügliche Angebot von Documed ist nicht mehr notwendig. Wie bis zur Umstellung 2013 hätte ihrerseits in Bezug auf die Arzneimittelinformationen auch weiterhin keine Nachfrage für die Aufnahme in die Indices von Documed/e-mediat bestanden, wären diese wie bis anhin kostenlos (Rz 7, 68 f. und 74) von Documed/e-mediat (statt aus dem Compendium) neu aus AIPS übernommen und gemäss den Bedürfnissen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger in die Datensätze von Documed/e-mediat integriert und veredelt worden.

217. Mit der Schaffung von AIPS hatte Swissmedic nicht die Absicht, die Stellung von e-mediat, also der Geschäftseinheit, die sich formell mit der Datenveredelung beschäftigt, zu beeinträchtigen. Im Gegenteil, sie ging davon aus, dass AIPS die Produkte von e-mediat und allgemein aller möglichen Datenveredler noch verbessern könnte, da AIPS e-mediat sämtliche Arzneimittelinformationen kostenlos zur Verfügung stellen würde, was Documed mit dem Compendium nicht erreichen konnte[131].

218. Ab 2013 wurden die Zulassungsinhaberinnen trotzdem mit einem neuen Angebot konfrontiert. Documed/e-mediat weigerten sich, die AIPS-Daten zu übernehmen, und boten den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme derselben Arzneimittelinformationen in ihre Datensätze gegen Entgelt an. Die Zulassungsinhaberinnen werden, wenn auch nicht alle freiwillig, nun Nachfragerinnen und gleichzeitig Marktgegenseite für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices von Documed/e-mediat.

219. Die Untersuchungsadressaten haben im Rahmen des Verfahrens mehrmals geltend gemacht, dass auch die Zulassungsinhaberinnen ein Interesse daran hätten, in den Indices vertreten zu sein, und diese deshalb einen Teil der Kosten zu übernehmen hätten. Weiter vertreten die Untersuchungsadressaten die Meinung, dass Documed/e-mediat mit den Indices eine Plattformfunktion zwischen den Zulassungsinhaberinnen und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zukomme. Ob eine Plattformfunktion gegeben ist, wird im Rahmen der Marktdefinition untersucht (vgl. D.4.2.1.8).

220. Nachfolgend soll in einem ersten Schritt der Markt gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern abgegrenzt und die Stellung von Documed/e-mediat auf diesem Markt beurteilt werden. Anschliessend wird der Markt gegenüber den Zulassungsinhaberinnen abgegrenzt und die Marktstellung von Documed/e-mediat auf diesem Markt beurteilt, bevor analysiert wird, ob es sich bei diesen Märkten um «gewöhnliche» Märkte handelt (ein Anbieter und eine Nachfragerin oder ein Nachfrager) oder ob ein sogenannter zweiseitiger Markt vorliegt (ein Anbieter und zwei Nachfragergruppen).

D.4.2.1.2 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseiten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser

D.4.2.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

221. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist). Massgebend ist, ob aus der Optik der Marktgegenseite Waren und Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von Nachfragerinnen und Nachfragern hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die *funktionelle Austauschbarkeit* (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Daneben bestehen weitere Methoden zur Be-

[131] Vgl. Fn 36.

stimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.[132]

222. Im vorliegenden Fall ist es sinnvoll, das Angebot von e-mediat an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, beschrieben in Rz 44 ff., als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung heranzuziehen. Gestützt auf diese Ausführungen werden *Medikamenteninformationen für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Medikamenten* nachgefragt, worin folglich die breitest mögliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gesehen werden kann.

223. Die entsprechenden Informationen kann die Marktgegenseite nun grundsätzlich in verschiedenen Formen und über verschiedene Kanäle beziehen: gedruckt in entsprechenden Printmedien, online aus verschiedenen Quellen (Nachschlageseiten, Primärquellen) oder aggregiert als veredelte, maschinenlesbare Datensammlungen, welche die anwenderspezifische EDV-basierte Vornahme gewisser Tätigkeiten ermöglichen.

224. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen stellt sich somit die Frage, ob aus Sicht der Marktgegenseite gedruckte Datensammlungen respektive über öffentlich zugängliche Datenbanken zur Verfügung gestellte elektronische (Teil-)Datensammlungen Alternativen zu den über eine Softwarelösung, welche die EDV-basierte Vornahme diverser Tätigkeiten ermöglicht, einsehbare Datenbanken darstellen.

D.4.2.1.2.1.1 Bezug der Medikamenteninformationen aus den Printmedien

225. Betreffend die Arbeit mit Printmedien stand insbesondere im Bereich der Ärzteschaft lange Zeit das Kompendium im Vordergrund, da dieses, entsprechend den damaligen Weisungen von Swissmedic, unentgeltlich an 34‘000 Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer abgegeben wurde. Das Kompendium wurde letztmals 2013 publiziert und wird folglich zunehmend an Aktualität und Relevanz für die tägliche Arbeit (insbesondere der Ärztinnen und Ärzte) verlieren. Swissmedic entschied sich bei der Umstellung auf AIPS explizit dazu, auf das Erfordernis einer gedruckten Publikation zu verzichten. Insbesondere die Arzneimittelinformationen, die in besonderem Masse die Patientensicherheit gewährleisten, sind somit nicht mehr aktuell in Printmedien vorhanden. Zwar können gewisse (Teil-)Datensätze auch in gedruckter Form bestellt werden (z.B. Spezialitätenliste, MiGeL), diese Datensätze enthalten jedoch nur einen Teil der von den Abnehmern benötigten Informationen. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer können mit dem ausschliesslichen Bezug solcher gedruckter Publikationen ihrer Sorgfaltspflicht nicht umfassend bzw. nur mit erheblichem Mehraufwand nachkommen und die Funktionen, die ein veredelter Datensatz erfüllt, gehen über die in den Printmedien vorhandenen (Teil-)Datensätze hinaus.

226. Daraus kann gefolgert werden, dass Nutzer von Printmedien zunehmend ergänzend elektronische Nachschlageseiten konsultieren respektive zukünftig gänzlich auf solche ausweichen werden und Printmedien kein Substitut für veredelte, maschinenlesbare Datensätze darstellen.

D.4.2.1.2.1.2 Bezug der Medikamenteninformationen aus unveredelten Datensätzen (Primärquellen)

227. Haben die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger Zugang zum Internet, haben sie Zugriff auf die nötigen Medikamenteninformationen. Die Bestellung und der Vertrieb von Arzneimitteln sind grundsätzlich durch Bestelllisten denkbar. Anders als bei der Arbeit mit einer Softwarelösung, in welche aggregierte Datensammlungen einfliessen und über welche die EDV-basierte Vornahme diverser Tätigkeiten ermöglicht wird, müssen beim Bezug der Informationen aus alle Informationen aus verschiedensten Quellen manuell zusammentragen werden (Spezialitätenliste, Refdata, AIPS etc.). Gewisse kommerzielle Informationen wie die MwSt.-Nr. müssen direkt von den Zulassungsinhaberinnen nachgefragt und zusammengetragen werden.

228. Bezieht man weiter die einzelnen Funktionen, welche durch eine entsprechende Software, in welche die Medikamenteninformationen eingespeist werden, ermöglicht werden, in die Beurteilung mit ein, so werden die Unterschiede noch deutlicher. Die Verwendung der Daten sowie der daraus resultierende Nutzen für die Abnehmer wurde bereits vorstehend ausgeführt (vgl. Rz 55). Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass durch eine auf Basis von veredelten, maschinenlesbaren Daten funktionierende Software ein bzw. mehrere konkrete, individualisierte Features für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, das Vertriebsunternehmen bzw. den Kostenträger (wie z.B. ein elektronisches Patientendossier) vorhanden und diese mit den Medikamenteninformationen verknüpft sind und auch mit der Lagerbewirtschaftung und dem Verkauf zusammenhängen. Diese Prozesse benötigen veredelte, maschinenlesbare Daten.

229. Es ist davon auszugehen, dass diejenigen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, welche mit EDV-Systemen arbeiten, ihre bestehenden Systeme weiter nutzen wollen, da diesbezüglich bereits Investitionen getätigt wurden und die Effizienzvorteile der Softwareprodukte bekannt und die Arbeitsabläufe darauf ausgelegt sind.[133] Diese Anwender sind nicht bereit, ausschliesslich mit online oder via Printmedien konsultierbaren, nicht aber automatisiert weiterverwendbaren Daten

[132] Zum Ganzen: BGE 139 I 72, 93 f. E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[133] Vgl. dazu auch das Ergebnis der Grundlagenanalyse Stammdaten (Rz 157), die in Bezug auf die Frage, ob Konkurrenten von e-mediat eine Alternative zu den INDEX-Produkten anbieten, zum Schluss kommt, dass es aus Spitalsicht bedauerlich wäre, wenn der „state of the art“ sinken würde und der Status-Quo wenn möglich mindestens beibehalten werden sollte. Zudem kommt die Grundlagenanalyse zum Schluss, dass für die Spitäler keine alternativen Datenbanken vorhanden seien. Eine Abkehr von veredelten zu unveredelten Daten würde a minori ad maius einen noch grösseren Qualitätsverlust bedeuten und kein Substitut darstellen.

zu arbeiten. Sie werden an ihren (schon länger) elektronisch unterstützten Prozessen festhalten und grundsätzlich so viele elektronische Arbeitsschritte wie bisher erledigen wollen und entsprechende Datensammlungen nachfragen. Zentrale Prozesse müssen weiterhin elektronisch und gestützt auf veredelte Daten ablaufen.[134]

230. Vorstehende Ausführungen lassen den Schluss zu, dass ein Umstieg von der manuellen Recherche aus verschiedenen Quellen auf eine Softwarelösung als Alternative betrachtet werden kann, nicht aber der Umstieg von einer Softwarelösung auf die manuelle Recherche aus verschiedenen Quellen mit dem Verlust der anwenderspezifischen Features der Software. Für diejenigen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, welche bereits mit elektronischen Systemen arbeiten, sind unveredelte, nicht maschinenlesbare Daten keine Substitute. Ebenso für diesen Schluss sprechen die allgemein zunehmende Verbreitung von elektronischen Hilfsmitteln sowie die Tendenzen und Bemühungen von Bund und Kantonen im Bereich e-Health.[135] Auch der IFAK Verein bezeichnet in seiner Petition die Nachforschungen, die getätigt werden müssen, wenn die Daten nicht in veredelter, maschinenlesbarer Form verfügbar sind, als «mühsam». Des Weiteren würde damit ein «erneuter administrativer Aufwand» einhergehen.

D.4.2.1.2.1.3 Fazit

231. Es ist somit davon auszugehen, dass die Marktgegenseite, also die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, in Zusammenhang mit EDV-basierten Tätigkeiten veredelte, maschinenlesbare Daten nachfragen, weshalb von einem entsprechenden *sachlichen Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen* ausgegangen werden kann.

232. Die Softwarehäuser benötigen für ihre Dienstleistung veredelte Daten in maschinenlesbarer Form, auf welche ihre Software je nach gewünschter Funktion zugreifen kann. Ihre Software und ihre Schnittstellen sind auf derartige Datenbanken angepasst und eine Verwendung der Software ohne Daten ist nicht möglich. Die Softwarehäuser müssen den Endabnehmern veredelte, maschinenlesbare Daten liefern, weshalb sie auch selbst als Ausgangsprodukt ebendiese nachfragen, solange sie nicht selbst als Datenveredler auf dem Markt auftreten wollen[136]. Somit ist auch betreffend die Marktgegenseite Softwarehäuser von einem *Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen* auszugehen.

D.4.2.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

233. 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).

234. Die Rahmenbedingungen des Gesundheitswesens sind durch die nationale Gesetzgebung geprägt. Daraus ergeben sich verschiedene nationale Besonderheiten im Hinblick auf die Arzneimittelinformationen, deren Publikation und deren Sprache (s.a. D.3). Zudem werden Arzneimittel spezifisch für die Schweiz zugelassen, wodurch Datensätze mit Medikamenteninformationen den nationalen Begebenheiten Rechnung tragen müssen und vergleichbare Datensätze aus dem Ausland nicht substituierbar sind. Denkbar wäre auch eine engere, sprachregionale Abgrenzung, da die Nachfragerinnen und Nachfrager der Daten diese überwiegend in nur einer Sprache nachfragen. Die Zulassungsinhaberinnen sind demgegenüber verpflichtet, die Arzneimittelinformationen in Deutsch, Französisch und Italienisch auf AIPS zu publizieren. Auch die Struktur der Medikamenteninformationen ist sprachunabhängig vorgegeben und wird in veredelten Datenbanken für die verschiedenen Sprachen identisch sein. Es ist somit davon auszugehen, dass die Kosten, mehrere Sprachen statt einer umfassende veredelte, maschinenlesbare Daten anzubieten, relativ gering sind. Die INDEX-Produkte werden dementsprechend auch schweizweit vertrieben.

235. Es ist somit von einem *nationalen Markt* für veredelte, maschinenlesbare Daten auszugehen.

D.4.2.1.3 Beurteilung der Marktstellung

236. Ob sich e-mediat/Documed bzw. HCI im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerberinnen und Mitbewerbern, Anbieterinnen und Anbietern oder Nachfragerinnen und Nachfragern verhalten können, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie können sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sehen. Es ist jedoch auch die Stellung auf den vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkten zu berücksichtigen.[137]

237. Bis 2008 konnten die Arzneimittelinformationen ausschliesslich über das Kompendium von Documed publiziert werden. Da aus den Weisungen von Swissmedic eine entsprechende Pflicht hervorging, konnte sich Documed als unumgänglicher Partner im Gesundheitswesen positionieren. Die diesbezügliche Marktbeherrschung wurde durch die WEKO bereits festgestellt (vgl. Fn 63). Der Markteintritt von ywesee änderte an der Stellung Documeds auch in den Folgejahren wenig[138], da ausschliesslich Zulassungsinhaberinnen, welche keine Fachinformation zu publizieren hatten und damit rein elektronisch publizieren durften, überhaupt hätten ausweichen können.

238. e-mediat hatte als Schwestergesellschaft als einziges Unternehmen Zugriff auf die von Documed erhobenen Daten (Arzneimittelinformationen), welche sie für CHF […] jährlich von dieser übernahm. Daneben erhob sie selbst als Betreiberin der refdatabase Daten.[139] Diese und weitere Daten aggregierte e-mediat und bot

[134] Zur Art des Vertriebs der Daten und der Rolle, welche den Softwarehäusern im in der Schweiz vorherrschenden System in Bezug auf die Wahlfreiheit des Abnehmers in Bezug auf die Daten zukommt, vgl. B.3.3.

[135] Gemäss Anhörungen habe gerade die Vorbereitung auf e-Health zu einem starken Ausbau der strukturierten Daten und damit einem Entwicklungsschub in Bezug auf Indexe geführt, weiter sodann die Einführung von klinischen Systemen.

[136] Vgl. zu den verschiedenen Vertriebsarten Rz 53.

[137] RPW 2004/2, 436 Rz 130 ff., *Swisscom ADSL*.

[138] Ergebnisse aus den Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 3.

[139] Vgl. Rz 71 ff. sowie Rz 22 für die auf refdatabase enthaltenen Daten.

Galdat (Rz 49) an. Mit diesem Produkt wurde e-mediat zur führenden und einzigen Anbieterin von umfassenden Medikamenteninformationssammlungen für den Vertrieb und die Abgabe von Arzneimitteln. Das weitgehend auf aggregierten und veredelten elektronischen Daten basierende Vertriebs- und Abgabesystem für Arzneimittel in der Schweiz baut auf diesen Datensammlungen von e-mediat auf. Grundlage der Struktur derselben ist der sogenannte Pharmacode, welcher von e-mediat vergeben wird und mittlerweile der Identifyer in den Systemen geworden ist (vgl. Rz 21c). Inwiefern der GTIN den Pharmacode ersetzen wird, kann erst die künftige Marktentwicklung zeigen. Der Pharmacode wird jedenfalls von e-mediat bis auf weiteres weiter gepflegt.

239. Wie vorstehend ausgeführt, besteht auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser Nachfrage nach aggregierten und veredelten, maschinenlesbaren Daten. Aufgrund der historischen Entwicklung war lange Zeit lediglich e-mediat auf diesem Markt tätig. Die Softwarehäuser haben entsprechend ihre Systeme und Schnittstellen auf die Strukturierung und Codierung von e-mediat sowie auf den Pharmacode ausgerichtet.

D.4.2.1.3.1 Aktueller Wettbewerb

240. Bis 2012 war e-mediat mit Galdat die einzige Anbieterin einer umfassenden, veredelten und maschinenlesbaren Datenbank für Medikamenteninformationen. Betrachtet man die Datenangebote anderer Anbieter, waren und sind gestützt auf diese indes nach wie vor keine vergleichbaren Funktionalitäten möglich, da deren Daten nicht in der gleichen Qualität/Form, Menge und Tiefe veredelt werden wie Galdat bzw. die INDEX-Produkte. Diese Einschätzung der Marktsituation wird von den Untersuchungsadressaten weiterhin vertreten.[140]

241. Da von der Einführung von AIPS indes auch eine neue Dynamik im Markt erwartet wurde (vgl. B.1.3), wird nachfolgend die Entwicklung infolge Einführung von AIPS noch genauer betrachtet: Ungefähr gleichzeitig mit dem Start von AIPS wurde von der dr-ouwerkerk ag mit just-medical!/med-drugs, mitfinanziert durch einzelne Zulassungsinhaberinnen, eine Plattform aufgebaut, die gegenwärtig möglicherweise eine Konkurrenz zu den INDEX-Produkten darstellt. Die Medikamenteninformationen werden von ywesee geliefert. Die Datenbank enthält eine Schnittstelle, die z.B. die Integration in eine Website ermöglicht.[141] Diese Anbieter aggregieren öffentlich verfügbare Daten in eine Datenbank und bieten diese veredelten Daten in maschinenlesbarer Form den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern (insbesondere Ärztinnen und Ärzten) an. Somit sind nur Medikamenteninformationen (und die MiGeL[142]) verfügbar, nicht aber bspw. Daten von Non-Pharma Produkten. Selbst wenn man annähme, dass die Daten von just-medical!/med-drugs bzw. ywesee über die gängigen Programme der etablierten Softwarehäuser nutzbar wären, wäre jedoch die aktuelle Konkurrenz nicht genügend gross, um einen disziplinierenden Einfluss auf Documed/e-mediat zu haben. Die dr-ouwerkerk ag hat 2014 ihre Tätigkeiten im Bereich der Datenaufbereitung eingestellt.

242. Im Zeitpunkt der Offertstellung im Hinblick auf die Übergangsverträge für das Jahr 2012 ging Documed davon aus, mit den INDEX-Produkten über eine Marktabdeckung von mehr als 90 % zu verfügen. Es ist davon auszugehen, dass die restlichen < 10 % damals noch nicht auf Softwarelösungen umgestiegen sind und dieser Anteil im Entscheidzeitpunkt der WEKO kleiner ist. Die Unverzichtbarkeit ihrer INDEX-Produkte streichen auch Documed/e-mediat hervor, indem sie betonen, dass die INDEX-Produkte einem Bedürfnis der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer entsprechen, welches nur durch die INDEX-Daten befriedigt werden kann.[143] Sie führen denn auch wiederholt aus, dass der Markt sehr wohl bestreitbar wäre, sofern ihr Produkt nachgebildet würde.

243. Weiter sprechen folgende Faktoren gegen aktuellen Wettbewerb unter Datenveredlern:

a. Die Galenica-Gruppe hat die Wertschöpfungskette des Arzneimittelvertriebs und des Vertriebs der entsprechenden Medikamenteninformationen vertikal integriert (vgl. Rz 10). Auf allen Marktstufen sind Gesellschaften der Galenica-Gruppe aktiv, die teilweise eine starke Marktstellung haben.[144] Diese Gesellschaften werden weiterhin die INDEX-Produkte beziehen.

b. Insbesondere der physische Vertrieb von Arzneimitteln ist von Galenica-Gruppengesellschaften abhängig,[145] weshalb für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Zusammenarbeit in Bezug auf Medikamenteninformationen mit einem Galenica-Partner vorteilhaft scheinen könnte.

c. HCI verfügt mit ihren Einnahmen seitens der Zulassungsinhaberinnen über ein Vielfaches an finanziellen Mitteln als andere Wettbewerber.[146]

d. Die Marktstellung von Documed und e-mediat ist seit langem gewachsen. Documed/e-mediat bzw. HCI sind daher seit langer Zeit ein unverzichtbarer Partner im Gesundheitswesen (vgl. Rz 28 ff. und 65 ff.).

[140] «Insbesondere ist die ywesee GmbH nicht im Bereich der Codierung und Strukturierung der öffentlich zugänglichen Arzneimittelinformationen zu einer maschinenlesbaren Datenbank tätig, wie dies die e-mediat AG mit ihren INDEX-Produkten tut.». S.a. Rz 266.

[141] <http://typo3.ouwerkerk.interway.ch/fileadmin/user_upload/PDF/80822_factsheet_meddrugs_de.pdf> (zuletzt besucht am 21.9.2015).

[142] Indes sei gemäss Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157) die MiGel Datenliste nicht mit Produkten verknüpft.

[143] Vgl. n.a. vorstehende Information seitens Documed/e-mediat an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und Zulassungsinhaberinnen Rz 80 ff. und Rz 106 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Petition der IFAK, Rz 149.

[144] Vgl. jüngst: RPW 2015/3, 370 Rz 79*, Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

[145] Der grösste Prewholesaler, Alloga AG, und der grösste Grossist, Galexis AG, gehören beide der Galenica-Gruppe an (vgl. Abbildung 3 und die Ausführungen in RPW 2015/3, 366 und 368 Rz 32 und 46, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*). Vgl. auch Beschlussbegründung Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft in Bezug auf den physischen Arzneimittelvertrieb, demnächst in RPW publiziert.

[146] ywesee verfügt nicht über eine ähnliche Finanzkraft wie die Galenica-Gruppe.

Neben ihren Geschäftsbeziehungen zu den Zulassungsinhaberinnen, Softwarehäusern und den Abnehmern der INDEX-Datenbanken sowie des Compendiums werden auch nahezu alle outgesourcten Primärdatenbanken von e-mediat betrieben.

e. Der Umfang der Datenbank von Documed/e-mediat bzw. HCI ist nicht leicht reproduzierbar.

f. Der Vertrieb an und über Softwarehäuser ist für andere Anbieter erschwert, da alle bestehenden Anbieter von Softwarelösungen im Bereich von Medikamenteninformationen (ausser ywesee selbst) mit Documed/e-mediat bzw. HCI zusammenarbeiten (Kontrolle der Schnittstelle). Aktuell sind keine anderen Schnittstellen vorhanden[147], die Wechselkosten sind hoch (betreffend die Kosten für die Umstellung von Galdat auf die INDEX-Produkte vgl. Fn 148) und die Verwendung der Datenbankstruktur für andere Datenbanken ist den Softwarehäusern teilweise vertraglich untersagt (vgl. Rz 360 ff.).

g. Die Softwarehäuser hatten bei der Umstellung von Galdat auf die INDEX-Produkte hohe Investitionskosten zu tätigen.[148] Diese Kosten müssen erst amortisiert werden, bevor ein allfälliger Wechsel des Datenlieferanten in Frage kommt.

244. Die Zahlen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, die mit Documed/e-mediat zusammenarbeiten, bestätigen den Schluss, dass diese auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen marktbeherrschend sind:

Tabelle 1: Aufstellung der Anzahl INDEX-Verträge und geschätzter Marktanteil

	Anzahl Verträge[149]	Geschätzter Marktanteil
Apotheken	1‘790	100.0 %[150]
Spitäler	373	100.0 %[151]
Praxisärztinnen und Praxisärzte	16‘000	89.9 %[150]
Drogerien	324	57.8 %[152]
Heime	84	100.0 %[150]
Grossisten	22	100.0 %[153]
Krankenkassen	69	100.0 %[151]
Softwarehäuser	156	nicht verfügbar

Quelle: Aufstellung des Sekretariats; Zahlen gemäss Quellenangaben.

245. Damit ist erstellt, dass auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen wenn, dann nur sehr eingeschränkter aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

D.4.2.1.3.2 Potenzieller Wettbewerb

246. Damit potenzielle Konkurrenten eine disziplinierende Wirkung auf die im Markt tätigen Unternehmen haben können, muss es einerseits mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommen, welche darüber hinaus genügend rasch müssen erfolgen können. Andererseits sollte das eintretende Unternehmen eine ausreichende Unternehmensgrösse vorweisen, um für einen funktionierenden Wettbewerb zu sorgen. [154]

247. ywesee versucht schon seit längerem, die Galenica-Gruppe im Bereich der Medikamenteninformationen zu konkurrenzieren (vgl. Rz 29). Nachdem die Publikation der Arzneimittelinformationen theoretisch auch bei ywesee möglich war[155], versuchte sich diese auch gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern zu etablieren. Dies gelang ihr als Nischenanbieterin im Bereich Ärztinnen und Ärzte (vgl. Rz 266).

[147] Nach Angaben von […] arbeiten heute und seit der Umstellung auf die INDEX-Datenbank nahezu alle Softwarehäuser ausschliesslich mit einer auf den Pharmacode und die INDEX-Daten ausgerichteten Schnittstelle. Einige wenige Softwarehäuser bieten noch die Möglichkeit, die Daten via IGM zu aktualisieren.

[148] Fragebögen Softwarehäuser, Frage 9.

[149] <http://www.documed.ch/wAssetsDocumed/bin/de/2014_12_16_Doc_Folder_Dienstl_de_2015_Apo_v0307_interaktiv.pdf> (zuletzt besucht am 19.10.2015).

[150] Bundesamt für Statistik, Gesundheit, 2014 (Anzahl Apotheken: 1‘764; Anzahl Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis: 17‘804; Anzahl Alters- und Pflegeheime: 1‘580, wobei gemäss Angaben von Interpharma – vgl. Fn 152 – nur etwa 50 Heime eine eigene Apotheke haben).

[151] Bundesamt für Gesundheit, Fakten und Zahlen, 2014 (Anzahl Spitäler: 293; Anzahl Krankenkassen: 60).

[152] Interpharma, Gesundheitswesen Schweiz, Ausgabe 2015, S. 39 (Anzahl Drogerien: 561).

[153] Die fünf stärksten Pharma-Grossisten (Galexis AG, Amedis, Voigt, Unione Farmaceutica und PharmaFocus) decken 95 % des Marktes ab.

[154] RPW 2011/4, 632 Rz 729, *ASCOPA*.

[155] Infolge des Druckerfordernisses – eine entsprechende Möglichkeit bot mit dem Kompendium ausschliesslich Documed an – war bis 2012 für Produkte mit Fachinformationen ein Vertragsabschluss mit Documed unausweichlich, welche sodann Arzneimittelinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk veröffentlichte (vgl. auch RPW 2008/3, S. Rz 11 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*).

248. Es ist, da die in Rz 243 erwähnten Hindernisse für den aktuellen Wettbewerb weiterhin bestehen, auch in absehbarer Zeit nicht mit einer Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen. Dies auch, da allgemein folgende weitere Faktoren gegen einen Markteintritt bzw. gegen eine Entwicklung des bisherigen Angebots sprechen: Durch die nationale Gesetzgebung im Gesundheitswesen und insbesondere in Bezug auf die Arzneimittelinformationen scheinen Markteintritte durch internationale Unternehmen als unwahrscheinlich. Die von den Räten in der Detailberatung angenommene neue gesetzliche Regelung (Art. 67 E-HMG; vgl. Rz 199 ff.) wird zudem eine wesentliche Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bedeuten. Entscheidende Aufgaben werden einer Stiftung übertragen, diverse Fragen in Bezug auf die Umsetzung durch dieselbe sind noch offen[156]. Bis zur Klärung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und der konkreten Ausgestaltung scheinen Investitionen unwahrscheinlich.

249. Potenzielle Konkurrenz, welche einen disziplinierenden Einfluss auf die Galenica-Gruppe hätte, besteht damit keine.

D.4.2.1.3.3 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Wettbewerbsverhältnissen im Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen

250. Allgemein machen die Parteien geltend, dass die relevanten Märkte durch Innovationswettbewerb, Netzwerkeffekte und Wettbewerb «um» den Markt gekennzeichnet seien, der sich tendenziell in einem «winner takes all» Ergebnis niederschlagen dürfte. HCI verfüge über eine marktführende Stellung, sei aber kaum in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise durch Switching costs und Lock-ins geschützt und könne sich keinesfalls in wesentlichen Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten. […] ihre Marktposition [sei] in Zusammenhang mit Regulierungsänderungen verletzlich. Dass die aktuellen Konkurrenten zurzeit eher eine unbedeutende Rolle spielten, hätte weder mit Marktzutrittsschranken noch mit anderen kartellgesetzrelevanten asymmetrischen Vorteilen von HCI zu tun. Der Grund für den Erfolg sie Leistungswettbewerb («competition on the merits») und nicht wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (bspw. durch die vom Sekretariat genannten Vertragsklauseln). Nicht umsonst hätten die Softwarehäuser die Qualität der Daten von anderen Datenanbietern in Frage gestellt. Sofern ein Konkurrenzunternehmen bereit sei, im selben Masse in eine Fachredaktion, eine Verkaufsorganisation und ein professionelles Management zu investieren, dürfte ein Markteintritt problemlos möglich sein. Da es sich um einen Nischenmarkt mit begrenzten Profitaussichten handele und HCI ihre Dienstleistungen in hochwertiger Qualität und zu moderaten Preisen anbiete, sei offenbar in der Vergangenheit niemand bereit gewesen, die notwendigen Investitionen zu tätigen.

251. Der Umstand, dass die Konkurrenz auf diesem Markt nicht tobe, hätte nichts mit Markteintrittsschwellen oder einer nicht angreifbaren Position von HCI zu tun, sondern sei damit begründbar, dass es sich um einen volkswirtschaftlich unbedeutenden Nischenmarkt mit gedeckelten Gewinnaussichten handle.

252. Aufgrund der Recherche von WILLI[157] läge auf der Hand, dass HCI in Bezug auf benutzergruppenspezifische Datenangebote eine marktführende Stellung innehabe. Die Stellung einer Marktführerin sei indessen nicht mit einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu verwechseln, da sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in wesentlichem Umfang von den anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können müsste, wogegen eine Marktführerin in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt ist. Die Erarbeitung von strukturierten Daten sei ein bestreitbares natürliches Monopol.

253. Die Argumente der Parteien sind undifferenziert in Bezug auf die Märkte und mögen nicht zu überzeugen. Die WEKO teilt die Meinung der Parteien, dass Wettbewerb auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen wenn, dann in Form von Innovationswettbewerb spielen müsste, wie üblicherweise im elektronischen Bereich der Fall. Die WEKO bestreitet aber, dass es um Wettbewerb um den Markt geht. Schon das Vorhandensein von verschiedenen Nachfragern (Ärzte, Apotheken, Spitäler usw.) mit verschiedenen Ansprüchen spricht für verschiedene mögliche spezifische Lösungen seitens mehrerer Anbieter, die nebeneinander in Wettbewerb bestehen können. Dies ist beispielweise in Deutschland der Fall. Anders als auf den vorgelagerten Märkten (für die Publikation von FI und PI jeweils online in einem vollständigen Werk, heute zu gewährleisten über AIPS) besteht im vorliegend betrachteten Markt kein bestreitbares natürliches Monopol.

254. Dass selbst HCI anerkennt, dass sie eine marktführende Rolle innehaben und dass die allfälligen Konkurrenten eine unbedeutende Rolle spielen, bedeutet von diesem Hintergrund und in Zusammenhang mit den obigen Ausführungen nichts anderes, als dass HCI marktbeherrschend i.S. des Kartellgesetzes ist. Es mag sein, dass das Angebot anderer allfälliger potentieller Konkurrenten ungenügend ist. Die Gründe dafür, warum kein Konkurrent vorhanden ist, sind indes für die Feststellung einer marktbeherrschenden Position sekundär. Fakt ist, dass seit Jahren einzig HCI auf diesen Markt aktiv ist.

255. *Ad abundantiam* kann noch erwähnt werden, dass sich Galenica mehrmals unabhängig verhalten hat, sei es in Bezug auf die Einführung der INDEX-Produkte, die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen mit den Softwarehäusern oder die Abschaffung des IGM-Formates bei der Überführung von Galdat zu INDEX usw., ohne dass ihr Handlungsspielraum beschränkt wurde.[158]

[156] Infolge mangelnder Transparenz betreffend das heute vorherrschende Modell von HCI, an welches bereits mit AIPS erfolglos eine Annäherung versucht wurde, bleibt darüber hinaus fraglich, inwiefern Problemen wie den vorliegend untersuchten inskünftig durch eine an sich erneut klare gesetzliche Regelung vorgebeugt und begegnet werden kann.

[157] Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157).

[158] Vgl. Rz 48, 49, 360.

D.4.2.1.4 Zwischenergebnis

256. Die WEKO stellt fest, dass die Galenica-Gruppe mittels ihrer Tochtergesellschaften Documed, e-mediat und HCI eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen hat.

D.4.2.1.5 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen

D.4.2.1.5.1 Sachlich relevanter Markt

257. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist).

258. Documed/e-mediat bieten den Zulassungsinhaberinnen den Abschluss eines Vertrages für die Aufnahme deren Medikamenteninformationen in ihre Datensätze (Indices) an. Gleichzeitig bieten Documed/e-mediat im Rahmen ihres Leistungskataloges auch eine Reihe von anderen Dienstleistungen an, die inhaltlich nicht mit der «Aufnahme in die Datenbank» zusammenhängen, aber nicht unabhängig davon gebucht werden können. Prima vista betrifft der wesentliche sachlich relevante Markt den Zugang zu elektronischen Datensätzen, welche die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer konsultieren bzw. benützen. Documed/e-mediat bieten den Zulassungsinhaberinnen eine Möglichkeit an, ihre Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zur Verfügung zu stellen. Der relevante Markt ist deshalb der *Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger*.

259. Die elektronische Zustellung von Medikamenteninformationen seitens der Zulassungsinhaberinnen ausserhalb dieses elektronischen Kanals ist kein echtes Substitut, da die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger an einem umfassenden elektronischen Werk interessiert sind, welches mit ihrer angewandten Software funktioniert bzw. kompatibel und nicht nur auf einzelne separate Medikamenteninformationen ausgerichtet ist. Nur Documed/e-mediat bieten die Möglichkeit, sämtliche Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern in der von ihnen verlangten und benötigten Form, nämlich via Indices, zur Verfügung zu stellen (vgl. Rz 256). Für die Zulassungsinhaberinnen ist es deshalb zentral, in den Datensätzen von Documed/e-mediat zu sein. Auch wenn die Zulassungsinhaberinnen rechtlich zum Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS verpflichtet sind, genügt dies nicht für eine Vertretung in den Indices von e-mediat. AIPS wird von Documed/e-mediat nicht als Primärquelle für die Arzneimittelinformationen benutzt (vgl. auch Abbildung 4), da diese sich weigern, die AIPS-Daten aufzunehmen. Zudem enthält AIPS – im Gegensatz zur Datenbank von Documed/e-mediat – keine veredelten Daten. M.a.W. wurden die Daten auf AIPS weder mit weiteren Informationen aus anderen Primärquellen (z.B. der Spezialitätenliste) vereint, noch strukturiert und codiert (vgl. Rz 44 ff.). Somit kann der sachlich relevante Markt als *Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen* definiert werden.

260. Die Parteien bringen vor, der sachlich relevante Markt sei weiter zu fassen und beinhalte die Aufbereitung und Kontrolle der Daten sowie die Aufnahme und den Erhalt/den Unterhalt in den elektronischen Datensätzen und gleichzeitig die Nutzung einer aufgebauten Infrastruktur.

261. Entgegen den Aussagen der Parteien in Zusammenhang mit der Breite des sachlich relevanten Marktes gegenüber den Zulassungsinhaberinnen ist die WEKO der Meinung, dass die vorgebrachten Elemente des Zugangs sowie die Art der Verteilung der von den Abnehmern benötigten Daten und damit der Vertrieb über bzw. die Zusammenarbeit mit nahezu allen Softwarehäusern keine Kriterien der Marktdefinition sind, sondern Charakteristika des spezifischen Angebotes von e-mediat und damit Teil der Marktstellungsproblematik.[159]

D.4.2.1.5.2 Räumlich relevanter Markt

262. Da es sich um Medikamenteninformationen von in der Schweiz zugelassenen Arzneimitteln handelt, ist der räumlich relevante Markt *national* zu definieren. Für die Begründung kann auf Rz 233 ff. verwiesen werden.

D.4.2.1.6 Beurteilung der Marktstellung

D.4.2.1.6.1 Aktueller Wettbewerb

263. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger fragen in Zusammenhang mit den von Ihnen verwendeten Programmen den Zugang zu den Medikamenteninformationen in der von Documed/e-mediat zur Verfügung gestellten Form – den Indices – nach[160]. Einzig Documed/e-mediat bieten aktuell diese Form an. Die Schnittstelle zu den Softwarehäusern ist zudem von Documed/e-mediat kontrolliert (proprietäre Schnittstelle; vgl. auch vorne, Rz 243, Bst. f), sodass auch kein anderer Datenveredler über dieselben Softwarehäuser seine Datenbank vertreiben könnte. Um in dieser von den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern nachgefragten Datenbank, den Indices, vertreten zu sein, fragen die Zulassungsinhaberinnen den Zugang zu dieser Datenbank nach. Nur Documed/e-mediat können diesen Zugang gewährleisten, weshalb Documed/e-mediat für Zulassungsinhaberinnen, die den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern Zugriff auf ihre veredelten, maschinenlesbare Daten gewährleisten wollen, einen Marktanteil von 100 % haben (vgl. Rz 242). Die Marktbeherrschung ist folglich gegeben.

[159] So gestaltet sich die Marktsituation in Deutschland diesbezüglich beispielsweise anders. Es existieren verschiedene Angebote mehrerer Veredler, welche gleichzeitig als Datenveredler tätig sind, nebeneinander (vgl. Rz 61).

[160] Auch HCI geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass aktueller Wettbewerb infolge der Möglichkeit, ihr bestehendes Produkt zu reproduzieren, besteht (s.u.a. Rz 132).

D.4.2.1.6.2 Potentieller Wettbewerb

264. Solange Documed/e-mediat auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen eine marktbeherrschende Stellung haben und die Schnittstelle zu den Softwarehäusern nicht offengelegt wird, ist kein potentieller Wettbewerb vorhanden, da die Marktzutrittsschranken zu hoch sind (vgl. Rz 246 ff.).

D.4.2.1.6.3 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Wettbewerbsverhältnissen im Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen

265. Zusätzlich zu den Erläuterungen unter D.4.2.1.3.3 betreffend ihre angreifbare Marktstellung machen die Parteien geltend, dass das Sekretariat ausblende, dass HCI auch den disziplinierenden Wirkungen der Marktgegenseiten unterliege […]. HCI könne ihre Geschäftstätigkeit nur fortführen, wenn ihre Datenbanken vollständig, von guter Qualität und aktuell seien, ihre Daten maschinenlesbar und ihre Produkte stets innovativ seien. Die Zulassungsinhaberinnen wüssten um den auf HCI lastenden Sachzwang der Vollständigkeit und verfügten deshalb über eine beachtliche Marktstärke. Diese sei umso beachtlicher, je grösser die entsprechende Pharmafirma sei. HCI sei bereits aus diesem Grunde nicht in der Lage, sich von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten.

266. Trotz des Vollständigkeitserfordernisses haben es sich Documed/e-mediat erlauben können, den Zulassungsinhaberinnen die Streichung aus den Datensätzen in Aussicht zu stellen. Zudem sagen sie gleichzeitig selbst, dass ohne ihre Produkte ein sicherer und effizienter Vertrieb nicht möglich sei, worin sie den grossen Nutzen einer Präsenz in den INDEX-Daten für die Zulassungsinhaberinnen sehen. Unter Beachtung des Umstandes, dass aktuell und kurzfristig keine Konkurrenzangebote a) verfügbar und b) vertrieben werden können, geht die WEKO von einer marktbeherrschenden Stellung von e-mediat/Documed aus[161]. Was ywesee aber auch die anderen angeblichen Konkurrenzangebote betrifft zählt HCI selbst die Mängel deren Angebotes im Vergleich zu ihrem auf[162]. Dass ywesee sich bei Ärzten einer gewissen Nachfrage erfreut, lässt aus Sicht der WEKO noch nicht den Schluss zu, dass Documed/e-mediat disziplinierenden Wirkungen ausgesetzt sind (vgl. vorne Rz 249). So führen auch die Parteien aus, dass wer den Inventions- und Innovationswettbewerb gewinnt – bzw. ein überzeugendes neues Angebot z.B. für mittlere Spitäler oder für Apothekenketten vorlegen kann –, oft in kurzer Zeit fast den gesamten relevanten Markt «übernimmt».

D.4.2.1.7 Zwischenergebnis

267. Die Galenica-Gruppe hat mittels ihrer Tochtergesellschaften Documed, e-mediat und HCI eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen.

D.4.2.1.8 Zweiseitiger Markt

268. Es stellt sich jetzt die Frage, ob die zuvor definierten Märkte als jeweils «normale» Märkte (ein Anbieter und eine Nachfragergruppe) zu definieren sind oder ob ein sogenannter zweiseitiger Markt vorliegt (ein Anbieter und zwei Nachfragergruppen). In der zweiten Situation würden Documed/e-mediat eine Plattformfunktion ausüben.

269. Die WEKO hat sich schon verschiedentlich mit Fragestellungen in Zusammenhang mit zweiseitigen Märkten auseinandergesetzt.[163]

270. Allgemein werden Märkte als zweiseitig definiert, wenn einerseits mehrere Nachfragergruppen zusammengebracht werden und andererseits zwischen diesen Nachfragergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Die zwischen den beiden Gruppen von Nachfragerinnen und Nachfragern bestehenden Externalitäten werden durch das Unternehmen, welches die Plattform anbietet, internalisiert.[164] Somit liegt der Mehrwert einer solchen Plattform insbesondere darin, dass sie die Nachfrage einer grossen Anzahl von Kundinnen und Kunden beider Nachfragergruppen koordiniert, was positive Netzwerk-Externalitäten zu Gunsten beider Nachfragergruppen generiert.

271. Eine weitere typische Eigenschaft von zweiseitigen Märkten ist die Möglichkeit des Plattformanbieters, nicht nur über die Gesamthöhe des Preises seiner Dienstleistungen (d.h. die Summe der Preise, welche die Nachfragergruppen insgesamt bezahlen) zu bestimmen, sondern auch über die Preisstruktur (d.h. die Plattform kann

[161] Selbst bei Wegfallen der entsprechenden wettbewerbsbeschränkenden Klauseln haben Softwarehäuser bestehende Verträge und erst kürzlich getätigte Umstellungskosten, die sie zunächst amortisieren wollen, sofern die Nachfrage nach anderen Produkten keine kritische Grösse annimmt.

[162] ywesee sei ein Kleinstunternehmen, welches sich darauf spezialisiert habe, öffentlich zugängliche Daten zusammenzutragen. Im Unterschied zu HCI verfüge ywesee aber nicht über eine eigene Fachredaktion. In Rz 132 wird in Bezug auf das Angebot von dr-ouwerkerk ag ausgeführt, dass dieser mehr hätte investieren, eine eigene Fachredaktion aufbauen und sein Angebot demjenigen von HCI angleichen müssen, um deren Position gefährden zu können. Würden Konkurrenten eine eigene Fachredaktion aufbauen, könnten sie HCI auf dem untersuchten Nischenmarkt problemlos konkurrenzieren (Rz 145).

[163] RPW 2007/2, 283 ff. Rz 272 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2005/2, 314 ff. Rz 36 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; RPW 2006/1, 85 ff. Rz 162 ff., *Kreditkarten-Interchange Fee*; RPW 2011/1, 116 ff. Rz 139 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2015/2, 174 Rz 89, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; RPW 2016/1, 67 ff. Rz 183, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

[164] Siehe hierzu David S. Evans, in: Yale Journal on Regulation, 20(2), The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 2003, 325–381; Marc Rysman, in: Journal of Economic Perspectives, 23(3), The Economics of Two-Sided Markets, 2009, 125–43; JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: Journal of the European Economic Association, 1(4), Platform Competition in Two-Sided Markets, 2003, 990–1029.

typischerweise bestimmen, welche der Nachfragergruppen wie viel bezahlt). So kann die Dienstleistung für eine Nachfragergruppe beispielsweise kostenlos sein, während eine andere Nachfragergruppe für die Dienstleistung bezahlen muss.[165]

272. Auch wird die Wettbewerbsstruktur von zweiseitigen Märkten insbesondere dadurch bestimmt, ob die Nachfragergruppen mehrere Plattformen nebeneinander (sogenanntes «Multihoming») oder nur eine Plattform nutzen können (sogenanntes «Singlehoming»).[166] Ebenso kann danach unterschieden werden, ob zwischen den Nachfragergruppen eine nachweisbare Transaktion stattfindet (wie bei der Zahlung mit einer Kreditkarte) oder nicht (beispielsweise bei Werbung in einer Gratiszeitung).[167]

273. Nachfolgend werden diese Eigenschaften in Bezug auf die vorliegende Situation kurz erläutert.

D.4.2.1.8.1 Indirekte Netzwerkeffekte

274. Bei Plattformen bestehen für beide Nachfragergruppen starke indirekte Netzwerkeffekte. So haben z.B. die Online-Buchungsplattformen eine Vermittlungsfunktion zwischen einer grossen Anzahl von Endkundinnen und Endkunden und einer grossen Anzahl von Hotels. Aus Sicht der Endkundinnen und Endkunden ist eine spezifische Online-Buchungsplattform insbesondere dann attraktiv, wenn diese (bei der gewünschten Destination) eine grosse Auswahl an verschiedenen Hotels anbieten kann. Umgekehrt ist es naheliegend, dass aus Sicht der Hotels eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver ist, je mehr Kundinnen und Kunden diese benutzen.[168]

275. Im vorliegenden Fall wären die Zulassungsinhaberinnen einerseits und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger anderseits die zwei Nachfragergruppen. Für die Zulassungsinhaberinnen wäre die Plattform von Documed/e-mediat attraktiver, je mehr Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger deren Datensätze konsultieren. Umgekehrt gilt indes für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, dass diese ihrer Tätigkeit entsprechend an einem vollständigen Datensatz interessiert sind.

276. Theoretisch wäre somit auf den definierten Märkten eine Plattform denkbar, welche die Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen sammelt und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern anbietet. Der Mehrwert für diese ist, dass sie die Medikamenteninformationen für die Beratung, die Verschreibung, den Verkauf, den Vertrieb und die Abrechnung von Arzneimitteln nicht aus vielen separaten Quellen erfragen müssen. Für die Zulassungsinhaberinnen besteht der Mehrwert darin, dass ihre Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zugänglich sind. Die Arzneimittel als solche werden hingegen auf separaten Märkten angeboten und nachgefragt. Die Anzahl der Konsultationen der Plattform seitens der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger wäre von der Anzahl der Medikamenteninformationen, die auf der Plattform stehen, abhängig.

277. Dieser Zusatznutzen ist dann in Frage gestellt, wenn der Staat oder die Zulassungsinhaberinnen wie vorliegend selbst die Sammlung der Medikamenteninformationen für die Datenveredlung direkt oder indirekt übernehmen. Eine solche staatliche Tätigkeit bzw. eine solche Tätigkeit durch die Zulassungsinhaberinnen selbst müsste das Funktionieren der Plattformen erleichtern, da alle Informationen zur Verfügung stehen, bei gleichzeitiger Reduktion der Zahlungsbereitschaft dieser Nachfragergruppe. Zudem stellt sich die Frage, welchen Mehrwert in Form von Internalisierung von Netzwerkeffekten Documed/e-mediat den Zulassungsinhaberinnen noch anbieten, wenn die notwendigen Medikamenteninformationen bereits gesammelt zur Verfügung stehen.

278. Der wohlfahrtssteigernde Effekt von Plattformen ist, dass diese durch ihre Dienstleistung den zuvor fragmentierten Aufwand, d.h. das Zusammentragen von Informationen aus verschiedenen Quellen, jedes einzelnen Benützers der Plattform bündeln und zusammenbringen. Ein solcher Effekt kann vorliegend nicht beobachtet werden. Vielmehr beinhaltet die Datenbank von Documed/e-mediat umfassende Informationen zu den Produkten der Zulassungsinhaberinnen aufgrund einer staatlichen Regulierung (AIPS, BAG) sowie aufgrund der Koordination seitens der Zulassungsinhaberinnen (refdatabase). Gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern verfügen Documed/e-mediat über eine markbeherrschende Stellung, welche einerseits aus historischen Gründen und andererseits aufgrund von hohen Marktzutrittsschranken entstanden ist. Es ist somit zu verneinen, dass e-mediat aufgrund ihrer Tätigkeit gegenüber beiden Marktgegenseiten zur Maximierung von Netzwerkeffekten beiträgt.

D.4.2.1.8.2 Nachfragergruppen

279. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte ist es für eine Plattform unerlässlich, zumindest bei einer der Nachfragergruppen über eine kritische Grösse zu verfügen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass ein Händler nur eine Kreditkarte akzeptieren will, welche durch eine genügende Anzahl zahlender Endkundinnen und Endkunden verwendet wird. Umgekehrt ist für Endkundinnen und Endkunden nur eine Kreditkarte interessant, welche von genügend Händlern akzeptiert wird.

[165] Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 164). Unter Umständen kann eine indirekte Weitergabe des an die Plattform bezahlten Preises, ein sogenannter «pass-through» an die andere (subventionierte) Nachfragergruppe stattfinden, beispielsweise über den Preis des über die Plattform vermittelten Produkts.

[166] Vgl. MARK ARMSTRONG, in: The RAND Journal of Economics, 37, Competition in two-sided markets, 2006, 668–691.

[167] LAPO FILISTRUCCHI/DAMIEN GERADIN/ERIC VAN DAMME/PAULINE AFFELDT, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, TILEC Discussion Paper No. 2013-009, 2013.

[168] RPW 2016/1, 67 ff. Rz 188, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

280. Für eine Plattform ist es entsprechend wichtig, beide Nachfragergruppen anzusprechen («getting both sides aboard»),[169] wobei für den Erfolg einer Plattform zuerst eine kritische Grösse erreicht werden muss.[170]

281. Historisch waren die Zulassungsinhaberinnen und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger auf separaten Märkten tätig: Die Zulassungsinhaberinnen fragten die Publikation der Arzneimittelinformationen nach (von Documed[171]) und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger waren Nachfragerinnen und Nachfrager für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (von e-mediat). e-mediat veredelte also die ihr zur Verfügung stehenden Daten. Dank der engen Beziehung von Documed und e-mediat war es Letzterer von Anfang an möglich, einen nahezu umfassenden Datensatz Arzneimittelinformationen in der von ihr benötigten Struktur zu erhalten (kritische Grösse erreicht) und in der Folge fast 100 % der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger als Kundinnen und Kunden ihrer Datenbank zu gewinnen. e mediat und Documed erreichten somit praktisch sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager beider Seiten. Auch zum Zeitpunkt des Entscheides erreichen Documed/e-mediat zwei Nachfragergruppen.

282. Die einzige Möglichkeit für einen potentiellen Datenveredler (Entrant), Documed/e-mediat zu konkurrenzieren, besteht darin, den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern eine vollständige innovative und preisgünstige Datenbank anzubieten. Hierbei wird der potentielle Konkurrent die Arzneimittelinformationen aus AIPS kostenlos übernehmen müssen, da er keine Möglichkeit hat, die Zulassungsinhaberinnen als Nachfragergruppe zu gewinnen, da diese bereits an Documed/e-mediat gebunden sind bzw. wären nicht bereit, zwei Mal zu bezahlen.

D.4.2.1.8.3 Preisstruktur

283. Eine weitere Eigenschaft von zweiseitigen Märkten liegt darin, dass die Plattform nicht nur über den Preis ihrer Dienstleistung insgesamt bestimmt, sondern auch die Möglichkeit hat, den Preis gegenüber der einen Nachfragergruppe zu reduzieren und gleichzeitig im selben Ausmass gegenüber der anderen Nachfragergruppe zu erhöhen. Dies kann sich auf das Volumen der Transaktionen auswirken und somit einen wesentlichen Einfluss auf den Erfolg der Plattform gegenüber beiden Nachfragergruppen haben.[172] Vielfach zeichnen sich die von der Plattform verbundenen Nachfragergruppen durch unterschiedliche Zahlungsbereitschaften für den Zugang zur Plattform aus, so dass es für eine Plattform sinnvoll sein kann, ausschliesslich eine Marktgegenseite für den Zugang bezahlen zu lassen.[173] Es existieren in zweiseitigen Märkten auch eine Reihe von Beispielen, in welchen eine Plattform ein solches Vorgehen wählt und letztlich eine Nachfragergruppe eine andere subventioniert: So wird beispielsweise die Software zum Lesen von PDF-Dateien kostenlos an Endnutzer abgegeben, während die Unternehmen, welche typischerweise solche Dateien erstellen, für die entsprechende Software bezahlen müssen. Ähnliches kann bei Kreditkarten beobachtet werden, wo Händler ausnahmslos für Transaktionen bezahlen müssen, während den Endkundinnen und Endkunden die Kreditkarten teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt werden.[174]

284. Bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von zweiseitigen Märkten sind durch die Preisstruktur bedingte Wechselwirkungen zu berücksichtigen, zumal bei einer isolierten Betrachtung der Preissetzung gegenüber einer Nachfragergruppe fälschlicherweise auf eine Verhaltensweise wie beispielsweise «predatory pricing» geschlossen werden könnte.[175]

285. Es wäre rein spekulativ, in Zusammenhang mit vorliegendem Markt zu analysieren, wie sich die Preisstruktur theoretisch entwickelt hätte, d.h. wie die Plattform oder die Plattformen die Preise festgesetzt hätten. Ein solcher Versuch wäre umso schwieriger angesichts dessen, dass der Staat und die Zulassungsinhaberinnen selbst aus gesundheitspolitischen Gründen bzw. um den Vertrieb zu erleichtern, den Datenveredlern alle Arzneimittelinformationen und arzneimittelbezogenen Vertriebsinformationen kostenlos zur Verfügung stellen (vgl. B.1.1).

286. Vorliegend schien Documed/e-mediat in einer ersten Phase, d.h. bis Ende 2012, entschieden zu haben, die Preisstruktur so zu gestalten, dass die Zulassungsinhaberinnen keinen vertraglichen festgelegten Preis bzw. Zugangstarif für die Plattform bezahlt und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger die Gesamtkosten der Plattform in Form von Lizenzen (da es ein Nicht-Transaktions-Markt ist, vgl. sogleich Rz 288 ff.) übernommen haben. Damit konnte sich e-mediat als Monopolistin verhalten, da nur sie auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten tätig war.

287. Nach 2013 haben die Untersuchungsadressaten einen spezifischen Tarif zulasten der Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der einzelnen Medikamenteninformationen in den INDEX-Produkten eingeführt, gleichzeitig aber die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger nicht gesenkt. Damit handelt es sich vorliegend prima Vista nicht um eine Veränderung der Preisstruktur, sondern um eine Erhöhung des aggregierten Preisniveaus. Diese Preiserhöhung kann nicht mit der Logik zweiseitiger Märkte (Nicht-Neutralität der Preisstruktur)

[169] Siehe RYSMAN (Fn 164).

[170] Was auch als «Huhn-oder-Ei-Problem» bezeichnet wird: Siehe GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design, Management Science, 51(10), 2005, 1494–1504; ROCHET/TIROLE (Fn 164); sowie BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, in: RAND Journal of Economics, 34(2), Chicken & egg: competition among intermediation service providers, 2003, 309–328.

[171] RPW 2008/3, 393 ff. Rz 84 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

[172] JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: RAND Journal of Economics, 35(3), Two-Sided Markets: A Progress Report, 2006, 645–667.

[173] Siehe CAILLAUD/JULLIEN (Fn 170).

[174] Diese sowie weitere Beispiele finden sich in Eisenmann/Parker/Van Alstyne; aus der Praxis der WEKO z.B.: RPW 2016/1, 67 ff. Rz 9, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

[175] Vgl. JULIAN WRIGHT, in: Review of Network Economics, 3(1), One-Sided Logic in Two-Sided Markets, 2004, 44–64.

begründet werden, da sich die Preisveränderung nicht auf die Anzahl Nachfragerinnen und Nachfrager und das Volumen der Interaktionen auswirkt. Die Funktionsweise der Plattform war bereits unter dem ursprünglichen Preismodell sichergestellt, wurden doch weder die Tarife zulasten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer noch die im Rahmen der EVR festgelegten Tarife von 2008 zulasten der Zulassungsinhaberinnen signifikant angepasst. Auch mit Einführung des neuen Leistungsangebotes an die Zulassungsinhaberinnen 2013 wurden Letzteren Rabatte im Vergleich zu den von ihnen bislang für die Publikation bezahlten Tarifen in Aussicht gestellt. Im Ergebnis führt HCI aus, dass das Preisniveau heute tiefer läge als vor 2013. Insofern erscheint das Argument von HCI, dass vor dem Systemwechsel die von Nutzern getragenen Kosten nicht mehr ausreichend waren, um den immer weiter zunehmenden Bearbeitungsaufwand zu decken, nicht stichhaltig. Entsprechend ist mit dem Gesagten davon auszugehen, dass es sich bei der vorliegenden Erhöhung des aggregierten Preisniveaus um eine Abschöpfung der Zahlungsbereitschaft seitens eines marktbeherrschenden Plattformanbieters handeln könnte.

D.4.2.1.8.4 Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte

288. Im Allgemeinen kann bei zweiseitigen Märkten zwischen Transaktions-Märkten und Nicht-Transaktions-Märkten unterschieden werden. Zweiseitige Nicht-Transaktions-Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass keine Transaktion zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfindet und dass, selbst wenn eine Interaktion stattfindet, diese nicht beobachtbar ist, so dass keine Transaktions-Gebühr, Interaktions-Gebühr oder ein zweistufiger Tarif erhoben werden kann. Solche Nicht-Transaktions-Märkte bestehen vorwiegend im Medien-Bereich. So kann beispielsweise eine Zeitung typischerweise gegenüber Werbekunden keine Transaktions-Gebühr erheben, wenn ein Leser eine Werbe-Botschaft liest. Bei solchen Nicht-Transaktions-Märkten kann es sinnvoll sein, für jede Marktgegenseite separate sachlich relevante Märkte zu betrachten. So wurde in der bisherigen Praxis der WEKO im Bereich Printmedien von jeweils separaten Lesermärkten sowie Werbemärkten ausgegangen.[176]

289. Bei zweiseitigen Transaktions-Märkten wie beispielsweise bei Debit- oder Kreditkarten bestehen hingegen beobachtbare Transaktionen zwischen den beiden Nachfragergruppen. Somit kann eine Plattform nicht nur allenfalls eine Mitglieder-Gebühr erheben, sondern sie kann auch Gebühren für die effektive Nutzung der Plattform erheben, d.h. sie kann einen zweistufigen Tarif verlangen.[177]

290. Vorliegend findet durch die Vermittlung der Datensätze betreffend Medikamenteninformationen keine messbare Transaktion zwischen Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern statt, so dass auf einen Nicht-Transaktions-Markt geschlossen werden kann.

D.4.2.1.8.5 Singlehoming versus Multihoming

291. Falls mehrere Plattformen im selben Markt tätig sind, können sich Angehörige der durch diese Plattformen verbundenen Nachfragergruppen entscheiden, ob sie nur eine einzige dieser Plattformen («Singlehoming») oder mehrere Plattformen («Multihoming») verwenden. Die Möglichkeit des Multihomings hat wiederum Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur, beispielsweise bezüglich der Preisstruktur, in zweiseitigen Märkten.[178]

292. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen mehrere Plattformen tätig sein könnten und je nach Stärke der Nachfragergruppen Single- oder Multihoming angewendet werden könnte. Vorliegend stellt sich die Frage des Multihomings jedoch nicht, da es keine aktuellen und potentiellen Wettbewerber gibt.

D.4.2.1.9 Zusammenfassung

293. Zusammengefasst weist die Tätigkeit von Documed/e-mediat folgende spezifische Charakteristika auf, welche prinzipiell für eine Betrachtung als zweiseitigen Markt sprechen:

- **Indirekte Netzwerkeffekte**: Eine Plattform ist für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger umso attraktiver, je mehr Zulassungsinhaberinnen auf dieser vertreten sind. Umgekehrt wollen die Zulassungsinhaberinnen mit einer Plattform eine möglichst hohe Anzahl potentieller Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger ansprechen. Vorliegend waren die indirekten Netzwerkeffekte jedoch bereits vor der Preiserhöhung 2013 maximiert, da der Plattform infolge Publikationserfordernisses eine maximale Teilnahme beider Nachfragegruppen sicher war.
- **Nachfragergruppen**: Documed/e-mediat vermitteln zwischen zwei Nachfragergruppen, nämlich zwischen den Zulassungsinhaberinnen einerseits und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern andererseits.
- **Preisstruktur**: Die für die Plattform nach 2013 gewählte Preisstruktur sieht neu einen Tarif zulasten der Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der Arzneimittelinformationen bzw. für den Zugang zu den INDEX-Datenbanken vor, ohne die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger zu senken. Dieses Vorgehen könnte nicht mit der Logik zweiseitiger Märkte (Nicht-Neutralität der Preisstruktur) begründet werden, da sich die Preisveränderung nicht auf die Anzahl Nachfragerinnen und Nachfrager und das Volumen der Interaktionen auswirkt.

[176] Vgl. beispielsweise RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.
[177] FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT (Fn 167).
[178] EVANS (Fn 164).

- **Transaktion**: Als Resultat der Vermittlung durch Documed/e-mediat kommt keine direkte Transaktion zwischen den Nachfragergruppen zustande.
- **Multihoming**: Multihoming ist zum Zeitpunkt des Entscheides wegen des fehlenden aktuellen und potentiellen Wettbewerbs und mangels Schnittstellen auf Stufe der Softwarehäuser grundsätzlich unmöglich.

D.4.2.1.10 Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen

294. Nichtsdestotrotz führen eine Reihe von Elementen dazu, dass vorliegend die mögliche Zweiseitigkeit der Aktivitäten von Documed/e-mediat für die weitere Analyse von untergeordneter Bedeutung ist:

- **Keine Internalisierung von indirekten Netzwerkeffekten**: Dazu kann auf die Ausführungen in Rz 278 verwiesen werden. Zudem ist die Tatsache, dass beide Marktgegenseiten die Produkte und Dienstleistungen von Documed/e-mediat nutzen, nicht kausal auf die Gestaltung der Preisstruktur zurückzuführen, was typisch für zweiseitige Märkte wäre. Der zweiseitige Charakter des Marktes ist somit von untergeordneter Bedeutung.
- **Zwei separate Märkte**: Die Produkte und Dienstleistungen, welche Documed/e-mediat gegenüber den beiden Marktgegenseiten erbringen, unterscheiden sich in sachlicher Hinsicht grundlegend. Ebenso findet keine messbare, durch Documed/e-mediat vermittelte Transaktion zwischen den beiden Marktgegenseiten statt. Aus diesen Gründen ist eine Betrachtung von zwei separaten sachlich relevanten Märkten angezeigt.

295. Zusammenfassend kann zwar bejaht werden, dass bei der vorliegend betrachteten Situation grundsätzlich ein zweiseitiger Markt vorliegt. Die Analyse kann sich im Einzelfall dennoch nur auf eine Marktseite beschränken, *sofern die Verhältnisse auf der anderen Marktseite konstant bleiben*. Dies ist vorliegend gegeben. Im ursprünglichen Zustand haben die Zulassungsinhaberinnen keinen Preis für die Plattformdienstleistungen bezahlt und die Endnutzerinnen und Endnutzer haben die Gesamtkosten der Plattform in Form von Lizenzen übernommen. Neu müssen auch die Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme ihrer Medikamenteninformationen einen Tarif bezahlen, die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger wurden aber nicht gesenkt, deren Situation gleichgeblieben ist. Deshalb ist eine ceteris paribus Analyse bzw. die Fokussierung auf eine Marktseite möglich.

D.4.2.1.11 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen

296. Die Untersuchungsadressaten bringen vor, das Sekretariat der WEKO würde festhalten, dass sich die wettbewerbsrechtliche Analyse auf den Markt betreffend die Zulassungsinhaberinnen beschränken dürfe, da die Verhältnisse auf dem Markt betreffend die Leistungserbringer konstant geblieben seien. Die Endnutzerinnen hätten die Gesamtkosten für die Plattformdienstleistungen bezahlt. Beide Aussagen seien unzutreffend: Das Angebot sei in den letzten Jahren drastisch ausgebaut und verändert worden. Der Ausbau betraf insbesondere die Arzneimittelinformationen und nicht die für den Vertrieb erforderlichen Stammdaten. Eine ceterls paribus Analyse sei bereits aus diesem Grund nicht möglich. Weiter hätten die Zulassungsinhaberinnen auch bisher über die Publikationsverträge mit Documed einen Beitrag an die Kosten geleistet. Die Arbeitsschritte für die Erstellung der Kompendiumsdaten und für die Bearbeitung der INDEX-Datenbanken seien von Überschneidungen und Synergien gekennzeichnet.

D.4.3 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)

297. Das Bundesverwaltungsgericht hat kürzlich die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG abgelehnt.[179] Einerseits habe sich das Dispositiv auf die Rechtsfolge zu beschränken, d.h. die Anordnung einer Sanktion oder der Verzicht auf eine solche. Andererseits fehle es an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverwaltungsverfahren. Denn im Rahmen von Art. 30 KG könne nur über die zu treffenden Massnahmen entschieden werden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können. Zwar finde Art. 25 VwVG, wonach eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen kann, grundsätzlich Anwendung, setze aber ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus, welches konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Da es im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu einer Verurteilung aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kam, könne mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eine entsprechende Feststellung auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden. Denn laut Bundesverwaltungsgericht kann die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Es sei deshalb ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr müsse das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden. Aus denselben Gründen bedürfe «es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung».

[179] Urteil des BVGer B-7633-2009 vom 14.9.2015, E. 8 S. 186 ff.

298. Das Bundesverwaltungsgericht stützte sich bei diesem Entscheid hauptsächlich auf das Urteil des Bundesgerichts im Fall *Mobilfunkterminierung* ab.[180] Das Bundesgericht vertrat indes keine derart strikte Haltung, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Gemäss Bundesgericht ist zur Anwendung von Art. 25 VwVG jedoch erforderlich, dass einerseits ein schutzwürdiges (öffentliches) Feststellungsinteresse vorliegt und andererseits dieses Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.[181] Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei, da das strittige Sanktionsverfahren ausdrücklich auf einen festen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begrenzt war, sich die Marktverhältnisse verändert hatten und für die kartellrechtliche Überprüfung der späteren Sachverhalte neue Untersuchungen mit Ermittlung der Marktstellung hätten durchgeführt werden müssen.[182]

299. Das Bundesgericht stellte jedoch mit Verweis auf einen Entscheid der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) explizit fest, dass im zu beurteilenden Fall insbesondere keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage stand.[183] Im verwiesenen Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, «dass unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig [erscheint], wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll».[184] Raum für ein öffentliches Feststellungsinteresse mit Rechtswirkungen folgend aus Art. 9 Abs. 4 KG sieht auch das Bundesgericht (6.5.2.).

300. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, setzt die in dieser Bestimmung statuierte umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse voraus, dass die Wettbewerbsbehörden die marktbeherrschende Stellung in einem kartellrechtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt haben. Gemäss Botschaft KG 1995 soll es die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ermöglichen, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten bzw. auf hochkonzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten sowie gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, die unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG versuchen, wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.[185]

301. Es entspricht damit dem Willen des Gesetzgebers und es besteht ein öffentliches schutzwürdiges Interesse an der eigenständigen bzw. separaten Feststellung der Markbeherrschung eines Unternehmens, wenn dieses Unternehmen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll und die Markbeherrschung über den Zeitpunkt der Verfügung hinweg andauert.

302. Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann es zudem keine Rolle spielen, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen, welches der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll, im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hat oder nicht (vgl. Rz 299). Die Unterstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens unter die fusionsrechtliche Meldepflicht ist nicht nur angezeigt, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen unzulässig nach Massgabe von Art. 7 KG verhalten hat, sondern auch, falls die Untersuchung im Ergebnis mangels Vorliegens sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG eingestellt wird.[186] Zudem kann die separate Feststellung aber gerade auch im Hinblick auf Beschwerdeverfahren notwendig sein. Denn es ist denkbar, dass das Bundesverwaltungsgericht anders als die WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise zwar verneint, jedoch die Marktbeherrschung eines Unternehmens stützt, welche andauert und daher für zukünftige Zusammenschlusskontrollverfahren in Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG relevant ist. Da das Bundesverwaltungsgericht in der Regel die Verfügung lediglich aufhebt, würde dies dazu führen, dass die WEKO ihre vom Gesetzgeber vorgesehenen und bei Marktbeherrschung sinnvollen Prüfungsbefugnisse in der Zusammenschlusskontrolle in diesen Fällen nicht ausüben könnte. Dies obwohl die marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren umfassend abgeklärt und bewiesen worden war. Wie erwähnt kann es nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, aus wettbewerblicher Sicht relevante Zusammenschlüsse nur dann zu prüfen, wenn zusätzlich zur Marktbeherrschung auch ein missbräuchliches Verhalten vorlag und die WEKO eine Sanktion ausgesprochen oder Massnahmen verhängt hat.

303. Für die in Frage stehenden Märkte (Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen) besteht vorliegend ein derartiges öffentliches Interesse an der Feststellung der Marktbeherrschung. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Galenica mittels ihres Tochterunternehmens HCI (bzw. früher Documed/e-mediat) aktuell über eine marktbeherrschende

[180] Siehe Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, *Swisscom AG/WEKO*.
[181] BGE 137 II 199, 218 f. E. 6.5 f. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5 f.), *Mobilfunkterminierung*.
[182] BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.1. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.1.), *Mobilfunkterminierung*.
[183] BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.2.), *Mobilfunkterminierung*.
[184] Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 ff. 556 E. 6.2.6, m.w.H.
[185] BBl 1995 I 468, 581.
[186] Vgl. Urteil der REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 530 ff., E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.
[187] Vgl. jüngste Übernahme der Pharmapool Aktiengesellschaft durch Galenica/Galexis AG und die Ausführungen in der entsprechenden Beschlussbegründung demnächst in RPW publiziert.

Stellung in den soeben erwähnten Märkten verfügt. Ebenso wurde dargestellt, dass der Wettbewerb in diesen Märkten gering ist. Es besteht daher zumindest die Gefahr, dass Galenica (potentielle) Wettbewerber übernehmen könnte, welche einen Umsatz unter CHF 100 Mio. aufweisen, um damit ihre Marktstellung zu zementieren, zumal Galenica auch in benachbarten Märkten stark positioniert ist[187].

304. Mit Blick auf Sinn und Zweck der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Galenica auf dem Markt für veredelte, maschinenlesebare Daten betreffend Medikamenteninformationen und dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz gegeben. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 KG ist daher in der vorliegenden Verfügung die marktbeherrschende Stellung von Galenica separat im Dispositiv festzustellen.

305. Die Parteien bringen vor, eine separate Feststellung widerspreche klar der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weshalb sich weitere Bemerkungen erübrigen würden. In diesem Zusammenhang kann auf die vorstehenden Ausführungen insbesondere unter Rz 299 verwiesen werden. Auch vor der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein Spielraum für eine separate Feststellung, welcher entsprechend den vorstehenden Ausführungen genutzt werden muss, soll die gesetzliche Regelung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ihren Zweck erfüllen.

D.4.4 Unzulässige Verhaltensweisen

D.4.4.1 Einleitung

306. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.[188]

307. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt stattfindet. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.[189]

308. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.[190]

309. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.[191] Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.[192]

310. Wie es das Bundesgericht im Fall *Publigroupe* festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.[193]

D.4.4.2 Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

D.4.4.2.1 Rechtliche Grundlagen

311. Im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird unter Bst. c die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen als Beispiel für einen Ausbeutungsmissbrauch gemäss

[188] RPW 2014/4, 683 Rz 96, *Preispolitik SDA*; RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[189] BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 106), 569.

[190] BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

[191] Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995 (Fn 106), 570.

[192] Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn 106), 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktebündel «Talk & Surf»*.

[193] BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 683 Rz 100, *Preispolitik SDA*.

Art. 7 Abs. 1 KG aufgeführt. Marktbeherrschende Unternehmen versuchen hierdurch in der Regel ihren Profit zu maximieren, indem sie den fehlenden Wettbewerb ausnutzen, um Kundinnen und Kunden in den vor- oder nachgelagerten Märkten auszubeuten.[194]

312. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sieht folgende Tatbestandselemente vor: (1) Die Erzwingung von (2) Preisen oder sonstige Geschäftsbedingungen, welche (3) unangemessen sein müssen (Unangemessenheit). Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unterscheidet zwischen dem Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen, wobei die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen allerdings nicht scharf gezogen werden kann.[195]

313. Im Hinblick auf den Einzeltatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die *Erzwingung* unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung und zu den unangemessenen Preisen hinzutritt. Folglich kommt gemäss Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.[196] Daher muss für das Vorliegen eines Marktmissbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.[197]

314. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die *Unangemessenheit* des Preises oder der sonstigen Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist ein nicht näher umschriebener Begriff. Die Lehre geht daher davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG äusserste Zurückhaltung geboten ist.[198] Der Gesetzgeber spricht in Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.[199] Hierbei geht der Gesetzgeber von einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung und dem hierfür verlangten Preis aus.

315. Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist.[200] Für eine solche Überprüfung wendet die WEKO das «Vergleichsmarktkonzept» («relative Methode» oder «Benchmark-Methode»), die «Kostenmethode» («absolute Methode») oder die «Als-ob» Methode an. Bei der letztgenannten werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt.[201]

316. Zusammengefasst müssen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG drei Tatbestandselemente erfüllt sein, auf die in der Folge genauer eingegangen wird: Das Verhalten betrifft den Preis oder Geschäftsbedingungen, die erzwungen werden und unangemessen sind. Schliesslich dürfen diese Preise oder Geschäftsbedingungen nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») gerechtfertigt sein. Das Vorliegen sachlicher Gründe ist allerdings bei der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen eng mit der Unangemessenheit der entsprechenden Vertragsbedingungen verbunden.[202]

317. Wie bereits in Rz 310 erwähnt, hat die Prüfung der einzelnen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten festlegt. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 KG die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel, noch wäre es opportun, bei einer einzigen Tatbestandsvariante die Hürden tiefer zu setzen und damit ein Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu ermöglichen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestandsvarianten systemwidrig wäre, ist auch daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten gleichzeitig mehrere Tatbestandsvarianten erfüllen kann.[203]

318. Gemäss Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung bzw. das Vorliegen eines Verdrängungseffekts, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt.[204]

319. Im Folgenden wird zunächst das in Zusammenhang mit diesem Tatbestand relevante Verhalten von Documed/e-mediat zusammenfassend dargestellt bzw. auf bereits ausgeführte Elemente verwiesen und dieses sodann auf seine Tatbestandsmässigkeit geprüft.

D.4.4.2.2 Preise oder Geschäftsbedingungen

320. Im Sachverhalt wurde dargelegt, dass Documed/e-mediat ab dem 1. Januar 2013 von den Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme in ihre Datenbank neu eine konkrete Entschädigung für die zuvor unentgeltlich erbrachte Dienstleistung verlangt haben (vgl. Rz 80 ff.). Konkret gehen die Preise für die Dienstleistungen aus dem Leistungskatalog 2013 (Rz 81) und der Preisliste 2013 (vgl. Anhang 1) hervor.

---

[194] WEKO, Entscheid vom 21.9.2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 393.
[195] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 293.
[196] Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.4.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.4.
[197] Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.4.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.5.
[198] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 312.
[199] BBl 1995 I 468, 572 f. (Fn 297), Ziff. 2.3.2.
[200] RPW 2008/4, 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.
[201] RPW 2008/4 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/3, 433 Rz 55, *Medikamentenpreis Thalidomid*.
[202] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 318.
[203] RPW 2011/1, 144 Rz 351, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[204] RPW 2011/1, 151, Rz 345 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

321. Damit ist das erste Tatbestandselement gegeben. Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob die Preise für die Aufnahme in die Datenbank von Documed/e-mediat erzwungen wurden und unangemessen waren.

D.4.4.2.3 Erzwingung

322. Es gilt hier zu prüfen, inwiefern Documed/e-mediat im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V. mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf die Marktgegenseite Druck ausgeübt haben, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann. Dabei steht in diesem Zusammenhang die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen im Vordergrund, da es um die Preise für die Aufnahme ihrer Produkte in die Datenbank geht.

323. Ausschlaggebend für die marktbeherrschende Position gegenüber den Zulassungsinhaberinnen ist die Stellung von Documed/e-mediat auf der anderen Marktseite, d.h. ihre Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen. Auf diesem Markt sind Documed/e-mediat bzw. HCI der marktbeherrschende Anbieter einer umfassenden Datenbank. Wie in Rz 240 ff. ausgeführt, bietet zwar auch ywesee eine solche Datenbank an, diese ist jedoch kaum verbreitet. Dies bedeutet, dass nur die Aufnahme eines Arzneimittels in die Datenbank von Documed/e-mediat gewährleisten kann, dass dieses in den Systemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger präsent ist. Diese Präsenz ermöglicht erst den Verkauf eines Arzneimittels über die gängigen Systeme und ist damit unerlässlich für dessen ökonomischen Erfolg. Die Bedeutung der Aufnahme in die INDEX-Datenbanken wird etwa durch die folgende Aussage eines Vertriebsunternehmens gegenüber einer Zulassungsinhaberin, deren Medikament nicht in der Datenbank erfasst war, belegt: «*[…] die Kassensysteme unserer Kunden [Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer] beziehen ihre Stammdaten fast ausschliesslich bei e-mediat. Solange [I]hre Artikel nicht bei e-mediat referenziert sind, können wir sie zwar bei Ihnen bestellen, werden aber keine Abverkäufe an den Fachhandel realisieren. Bitte informieren Sie uns doch, wenn die Produkte bei e-[m]ediat vollständig erfasst sind.*»

324. Ist ein Arzneimittel nicht in den Indices vertreten, sind der Vertrieb, die Verschreibung und der Verkauf dieses Produktes derart erschwert, dass dessen ökonomischer Erfolg faktisch verunmöglicht wird. Das bedeutet, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Produktes nicht nur von seinen Eigenschaften, sondern auch von seiner Präsenz in der INDEX-Datenbank abhängt. Die Bedeutung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die INDEX-Datenbank erlaubt es Documed/e-mediat, die Bezahlung der von ihr geforderten Preise für die Präsenz in ihrer Datenbank zu erzwingen.

325. Eine Zulassungsinhaberin hat die Drucksituation, der sie seitens e-mediat ausgesetzt ist, wie folgt umschrieben: «*Unsere Korrespondenz mit e-mediat müssen wir somit stets unter Berücksichtigung des Umstands führen, dass e-mediat die Macht hat, plötzlich sämtliche unserer Produktedaten nicht mehr zu publizieren/zu verteilen. Dies würde zu einem kompletten Umsatzeinbruch führen und unsere Firma innerhalb weniger Wochen existenziell bedrohen.*» Sowie: «*[…], da uns die latente Gefahr droht, dass e-mediat sämtliche unserer Medikamente aus ihrem Datenstamm entfernt und somit unsere wirtschaftliche Existenz akut gefährdet! Sobald unsere Produkteinformationen nicht mehr verfügbar wären für unsere Kunden, würden unsere Umsätze zusammenbrechen.*»

326. Aus den Befragungen der Zulassungsinhaberinnen geht hervor, dass Documed/e-mediat ihre Stellung bewusst zur Erzeugung ökonomischen Drucks eingesetzt haben, m.a.W. die Bezahlung der von Ihnen festgesetzten Preise erzwungen haben. Als Druckmittel wurde die Drohung der Streichung aus den INDEX-Produkten sowie die Nichtaufnahme neuer Produkte oder die Nichtdurchführung von Mutationen eingesetzt (vgl. ausführlich vorne Rz 86 ff.). Die Zulassungsinhaberinnen sind davon ausgegangen, ohne Vertragsschluss und Bezahlung der festgesetzten Entschädigung nicht in den Indices vertreten zu sein (vgl. Leistungskatalog in Rz 81) und dadurch mit einer Beeinträchtigung des Verkaufes und Vertriebes der Medikamente rechnen zu müssen.[205] Mittlerweile haben sich die meisten Zulassungsinhaberinnen zu einem Vertragsschluss und zur Bezahlung der verlangten Preise veranlasst gesehen, doch es gibt immer noch einzelne, welche versuchen, sich dem Druck zu widersetzen. Diese Zulassungsinhaberinnen werden weiterhin bei der Aufnahme von Medikamenten (vgl. Rz 39 ff.) benachteiligt, um die Annahme der Preise von Documed/e-mediat zu erzwingen.

327. Die Drohung mit der Streichung aus der Datenbank stellte nicht das einzige Druckmittel dar, welches von Documed/e-mediat eingesetzt wurde. Durch die Einführung und Verwendung des «Qualitätslabels» [QAP?]/[!] (Rz 108 ff.) konnten Documed/e-mediat noch mehr Druck auf die Zulassungsinhaberinnen ausüben.[206] Durch die Bezeichnung mit dem Label [QAP?]/[!] haben Documed/e-mediat die Zulassungsinhaberinnen sanktioniert, welche nicht bereit waren, den Vertrag mit den vorgesehenen Preisen abzuschliessen. Dabei sei nochmals daran erinnert, dass die mit diesem Label vermittelte Information der «fraglichen Qualitätssicherung» im Widerspruch zum Umstand stand, dass die Medikamenteninformation durch Swissmedic genehmigt worden waren. Durch das Label wurde hingegen Unsicherheit bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern geschaffen, ob die Informationen bezüglich des stigmatisierten Produktes verlässlich sind. Insbesondere die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer können dazu veranlasst werden, auf den Verkauf oder die Verschreibung von Alternativprodukten auszuweichen, die nicht mit diesem Label gekennzeichnet sind. Auch diese Massnahme von Documed/e-mediat stellt eine Druckausübung auf die Zulassungsinhaberinnen dar und verstärkt das Element der Erzwingung der durch Documed/e-mediat festgesetzten Preise.

[205] Vgl. Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Antworten Frage 11b und Frage 12.
[206] Antworten einzelner Zulassungsinhaberinnen auf Frage 11.

328. Die Untersuchungsadressaten bringen vor, das Label diene der Patientensicherheit. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Patientensicherheit bereits aufgrund der auf AIPS publizierten Arzneimittelinformationen gewährleistet wird. Die Publikation der Fach- und Patienteninformationen und damit die dieser vorausgehende Prüfung und Genehmigung seitens Swissmedic muss und soll die Patientensicherheit gewährleisten. Ein darüber hinausgehendes Label ist nicht erforderlich und sogar missverständlich. Die Patientensicherheit wird nachfolgend unter dem Aspekt der sachlichen Rechtfertigungsgründe noch genauer untersucht und beurteilt (vgl. Rz 354 f.).

329. Die Untersuchungsadressaten argumentieren weiter in ihrer Stellungnahme, dass ihre Drohungen bezüglich der Streichung aus den Indices durch bestimmte Zulassungsinhaberinnen «provoziert» worden seien, um als Beweismittel im vorliegenden Verfahren zu dienen. Die eigentlichen Drohungen durch Vertreter/Mitarbeiter e-mediats wurden hingegen seitens der Untersuchungsadressaten nicht bestritten. Sie können zudem durch Aussagen von Zulassungsinhaberinnen belegt werden.

330. Schliesslich bringen die Untersuchungsadressaten vor, dass die Feststellung, dass «*Produkte, welche im INDEX nicht enthalten sind, von Apotheken nicht bestellt und nicht verkauft bzw. abgerechnet werden können», unzutreffend sei. Als Begründung wird vorgebracht, «die kommerziellen Daten eines Produktes lassen sich ohne grossen Aufwand durch die Apotheker, Drogisten etc. in die Softwaresysteme eintippen.*» Durch diesen Vorgang könnten innerhalb von 2 Minuten die kommerziellen Daten neuer oder mutierter Produkte im System der entsprechenden Apotheke eingetragen werden.

331. Das manuelle Eingeben der Medikamenteninformationen in die Datenbank kann jedoch bereits insofern nicht als Substitut zur Veredelung durch einen Datenveredler angesehen werden, als die Nachfragerinnen und Nachfrager eben für diese Dienstleistung ein Entgelt zahlen (vgl. auch Rz 227 ff.). Ferner ist eine Eintragung durch die Nachfragerinnen und Nachfrager in der Praxis impraktikabel, da gemäss den Untersuchungsadressaten die INDEX-Daten hochkomplex seien, über […] verschiedene Datenfelder ausgefüllt werden müssten und dazu viel Arbeit von Fachpersonal erforderlich sei. Zudem wurde anlässlich der Parteieinvernahme von […] die Befürchtungen der Zulassungsinhaberinnen bestätigt, dass es bei Arzneimitteln, die nicht in den Indices vorhanden sind, zu Komplikationen beim Vertrieb und der Abrechnung mit den Kostenträgern kommen kann.

D.4.4.2.4 Stellungnahme Galenica AG und HCI Solutions AG zur Erzwingung

332. Die Parteien machen noch geltend, dass HCI im Geschäftsbereich Medikamenteninformationen einen Umsatz von ca. CHF […] Mio. im Jahr 2015 erzielte. Damit sei HCI ein kleines Unternehmen im Vergleich zu multinationalen Pharmakonzernen mit tausenden von Mitarbeitern und Milliardenumsätzen, z.B. Astra-Zeneca mit einem weltweiten Umsatz von 24,7 Milliarden USD in 2015. Alleine aus dieser Sicht erscheine es nicht plausibel anzunehmen, dass HCI Zulassungsinhaberinnen unangemessene Geschäftsbedingungen oder Preise aufzwingen könne. Die Zulassungsinhaberinnen wüssten, dass HCI gegenüber den Leistungserbringern die Vollständigkeit der Datenbanken gewährleisten müsse. Entsprechend bestehe die vom Sekretariat beschriebene Machtposition der HCI gegenüber den Zulassungsinhaberinnen nicht. Das Gegenteil treffe zu: Gerade die grossen Pharmahersteller hätten ein enormes Drohpotential gegenüber HCI, da es sich HCI niemals leisten könnte, die Produkte von Firmen wie Roche oder Novartis aus den Datenbanken zu streichen. Nicht zutreffend sei sodann die Behauptung, dass Produkte, welche nicht in den Datenstämmen der HCI aufgeführt sind, nicht hätten verkauft werden können. Die Produkte seien verschreib- und bestellbar gewesen.

Zwischenfazit

333. Diese Argumente überzeugen nicht. Erstens haben Unternehmen grundsätzlich kein Interesse daran, Verluste/Mindereinnahmen wegen eines nicht mehr reibungslos funktionierenden Vertriebes einzufahren. HCI führt selbst wiederholt aus, ihre Datenbanken seien Grundlage für einen sicheren und effizienten Vertrieb. Weiter hat gerade […] versucht, dem Druck von HCI auszuweichen und eine Alternative aufzubauen (vgl. Rz 241) – erfolglos. Dass zwischenzeitlich auch […] einen Vertrag mit HCI abgeschlossen hat zeigt vielmehr, dass sie effektiv auf eine Präsenz in den Datenbanken von e-mediat angewiesen sind. Darüber hinaus greift der Vergleich bereits insofern zu kurz, als erstens die weltweiten Umsätze nicht zu den spezifisch Kosten für die Bearbeitung der Medikamenteninformationen für den Schweizer Markt in Relation gesetzt werden können, zweitens nicht alle Zulassungsinhaberinnen über entsprechende Mittel verfügen sowie drittens dem Vorwurf der Erzwingung ganz allgemein nicht damit begegnet werden kann, dass die auf solche Art erzielten Einnahmen lediglich gering seien.

334. Zusammenfassend erachtet die WEKO in casu das Tatbestandselement der Erzwingung durch das untersuchte Verhalten von Documend/e-mediat als gegeben.

D.4.4.2.5 Unangemessenheit

335. Gemäss bisheriger Praxis der WEKO kann die Unangemessenheit von Preisen, wie bereits oben aufgeführt, namentlich anhand des «Vergleichsmarktkonzepts», der «Kostenmethode» sowie der «Als-ob» Methode bestimmt werden (vgl. Rz 315).

336. Beim sogenannten «Vergleichsmarktkonzept» wird die Unangemessenheit eines Preises aus dem Vergleich mit Preisen auf ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten hergeleitet.[207] Dabei kann die Vergleichsmarktmethode nur dann verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, wenn die Vergleichsmärkte rechtlich und tatsächlich vergleichbar sind. Damit ein Vergleich mit anderen Unternehmen, welche untereinander konkurrieren, offen steht, muss grundsätzlich ein Vergleichsmarkt ersichtlich sein. Obschon mit Deutschland

[207] RPW 2008/4, 579 Rz 177, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

ein Vergleichsmarkt ersichtlich wäre, wird in casu die «Vergleichsmarktkonzeptmethode» in einer abgeänderten Form angewendet. Es bietet sich an, denselben Markt in zwei unterschiedlichen Zeitphasen zu vergleichen, konkret die Marktsituation vor und nach der Einführung von AIPS. M.a.W. wird die Situation, als die Untersuchungsadressaten von den Zulassungsinhaberinnen keine Entschädigung für die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken verlangt haben, der heutigen Situation gegenübergestellt. Für diese Beurteilung müssen insbesondere die einvernehmliche Regelung aus dem Jahre 2008 (vgl. Rz 67 ff.), die Situation vor der Einführung von AIPS und der Umstand des möglichen Vorliegens eines zweiseitigen Markt (vgl. Rz 263 ff.) berücksichtigt werden.

337. Aufgrund der geschlossenen einvernehmlichen Regelung müsste es sich bei den bis 2012 von den Zulassungsinhaberinnen erhobenen Preisen für die Publikation um kostenbasierte Preise handeln. Gemäss den damaligen Erwägungen wurden die entsprechenden Einnahmen ausschliesslich für die Publikation der Arzneimittelinformationen verwendet und nicht für die Aufnahme der Daten in die Datenbanken der e-mediat. Mit der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen (vgl. Rz 28) und der Einführung von AIPS fiel die Dienstleistung der Publikation von Arzneimittelinformationen durch Documed/e-mediat weg. Die Zulassungsinhaberinnen können seither ihre Publikationspflicht durch das Hochladen der Medikamenteninformationen auf AIPS erfüllen.

338. Die von den Zulassungsinhaberinnen mit Documed geschlossenen, ausschliesslich die Publikation betreffenden Verträge mit entsprechenden Tarifen haben diese bis zur Neugestaltung des Angebots im Jahr 2012 im Glauben gewogen, dass die Datenbank einseitig (und vollständig) durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger finanziert wurde, dass diese Finanzierung eine funktionierende Plattform gewährleisten konnte und dass nach Wegfall der Publikationspflicht im Kompendium die Verträge angepasst und neu die Aufnahme in die Indices für die Zulassungsinhaberinnen kostenpflichtig wurden (Rz 80 ff.).

339. Ausgehend von dieser Situation, dass die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken kostenlos war, stellt sich die Frage, ob (1) nicht jeder dafür verlangte Preis unangemessen ist, oder ob (2) die Unangemessenheit erst ab einer bestimmten Höhe eintritt.

340. Die Parteien führen in Zusammenhang mit der Frage, ob das Verlangen eines Preises unangemessen ist, aus, dass die Geschäftstätigkeiten der Documed und der e-mediat bereits vor der Fusion mit der HCI nicht klar getrennt gewesen seien. Die Arbeiten der beiden Unternehmen für die Aufbereitung der INDEX-Daten seien zwar dem Grundsatz nach aufgeteilt gewesen (Documed war für die Aufbereitung der medizinischen Daten zuständig, während sich e-mediat um die Aufbereitung der logistischen und kommerziellen Daten gekümmert habe), zugleich aber auch stets eng verzahnt. Mithin seien die Leistungen beider Unternehmen in die INDEX-Datenbanken eingeflossen. Von Seiten Documed hätten die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung übernommen werden können.

341. Die Parteien bringen weiter vor, HCI habe aus Sicht der Publikationsinhaber vor der Einführung von AIPS zwei komplementäre Produkte angeboten: durch die Publikation in Documed konnten sie die Publikationspflicht erfüllen und gleichzeitig hätten sie damit für die Aufnahme in die Datenbanken gesorgt. Die Herauslösung einer der beiden komplementären Dienstleistungen verändere aber die Preisstruktur, so dass HCI darauf mit einer stärkeren Bepreisung der Zulassungsinhaber reagiert habe.

342. Folgt man den Ausführungen der Parteien, hätten die Zulassungsinhaberinnen – anders als die Vertragssituation vermuten lässt und damit entgegen der Ausgangslage in Rz 337 ff. – bereits bis anhin für die Aufnahme ihrer Medikamenteninformationen in die Indices und damit den Zugang zu den Datenbanken von e-mediat bezahlt. Die für die Publikation der FI und PI im Kompendium erbrachten Strukturierungsarbeiten würden nach wie vor (allerdings trotz und ohne Berücksichtigung von AIPS)[208] für die anschliessende Codierung und Aufnahme derselben Informationen in die INDEX-Daten von Documed/e-mediat vorzunehmen, weshalb das Verlangen eines Preises seitens der Zulassungsinhaberinnen auch nach 2013 für die Vornahme einer schon früher erbrachten – wenn auch nicht offen angebotenen und indirekt finanzierten – Leistung in sich nicht grundsätzlich unzulässig (nicht per se Erhöhung des Preisniveaus) wäre.

343. Was die Höhe einer allfälligen Entschädigung betrifft, äussern sich die Parteien in Bezug auf die in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Zahlen und die Frage, wieso die nach dem Systemwechsel im Jahr 2013 von den Zulassungsinhaberinnen verlangten Vergütungen nicht zu Mehreinnahmen bei der e-mediat geführt haben, wie folgt: Die Vergütungen deckten in erster Linie den bei der Documed angefallenen Aufwand bei der Datenaufbereitung, welcher in den letzten Jahren aufgrund des stetig gewachsenen Informationsgehalt der INDEX-Datenbanken angestiegen sei (von gut 200 Datenfeldern im Jahr 2007 auf rund 700 Datenfelder im Jahr 2013). Dass die Vergütungen für die D- und E-Module trotz Leistungsausbau auch bei der Documed nicht zu einem entsprechenden Anstieg der Einnahmen führten, sondern gesenkt wurden, läge daran, dass Documed die Kosteneinsparungen durch Effizienzsteigerungen und den Wegfall des Buchdruckes an die Zulassungsinhaberinnen bzw. die Pharmaindustrie weitergegeben habe. Weiter sei die Reduktion der Einnahmen bei der Documed im Jahr 2013 darauf zurückzuführen, dass gewisse Pharmafirmen am Anfang nicht bereit waren, einen Vertrag mit der Documed abzuschliessen.

[208] Offen und infolge der intransparenten Verhältnisse schwierig zu beurteilen bliebe, inwieweit gewisse Arbeiten bereits im Hinblick auf die durch die ZI zu gewährleistende Publikation auf AIPS – eine Kopie des Kompendiums – durch diese vorgenommen werden respektive vorgenommen werden können sowie ob der fortwährende Ausbau des Angebotes von allen Stakeholdern getragen wird.

344. Nicht zuletzt habe neben der Eröffnung der Untersuchung die Einführung der neuen Tarifstruktur mit der Ablösung des Millimeterbasierten Systems infolge des Bundesgerichtsentscheides bei der Mehrzahl der Firmen ab 2013 zu deutlichen bis massiven Preisreduktionen geführt (bis zu 40 % im Vergleich zum bereits reduzierten Tarif im Jahr 2012). Zudem seien zusätzliche vorteilhafte Konditionen allen Pharmaunternehmen rückwirkend per 1.1.2013 zugestanden worden.

345. Documed/e-mediat argumentieren, dass die hälftige Kostenteilung des gesamten Systems bestehend aus Publikation der Arzneimittelinformationen seitens der ZI und Übernahme und Verkauf von Datenprodukten an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer seitens e-mediat bereits früher bestand. Die Dienstleistung von HCI hätte auch vor 2012 beinhaltet, dass HCI die Arzneimittelinformationen in «geeigneter Form» publizierte und dass die Zulassungsinhaberinnen mit ihren Produkten in den Datenbanken enthalten waren. Auch vor dem 31. Dezember 2012 waren die Zulassungsinhaberinnen Nachfragerinnen für die Aufnahme Ihrer Produkte in die INDEX-Produkte von HCI, selbst wenn bislang nicht explizit ein spezifisch ausgewiesenes Entgelt dafür verlangt worden ist.

346. Die WEKO geht gestützt auf die Ausführungen der Parteien von intransparenten effektiven Verhältnissen in Bezug auf die Tätigkeiten und das Zusammenspiel von Documed/e-mediat sowie die Finanzierung deren Tätigkeiten aus. Sie hegt Zweifel daran, welches Unternehmen welche Tätigkeiten mit welchem Aufwand erbracht hat. Dies gilt auch für die kostenseitigen Auswirkungen des Ausbaus der Datenbanken.

347. Vor diesem Hintergrund erbringt aus Sicht der WEKO das angepasste Vergleichsmarktkonzept weder für die Frage, ob das Verlangen eines Preises unangemessen ist, noch ob diese erst ab einer bestimmten Höhe eintritt, den Nachweis der Unangemessenheit.

348. Die genannten Zweifel bestehen vielmehr fort, als vorliegend die Unangemessenheit nicht anhand der üblichen Methoden dargelegt wurde. Die Vergleichsmarkt-Methode i.S. des Art. 13 Abs. 1 Bst. a PÜG[209] und Lehre sowie die Kostenmethode wurden nicht angewandt. Die Anwendbarkeit der letzteren erscheint der WEKO aufgrund der Komplexität der Verhältnisse indes auch fraglich. Folglich muss die Frage, ob und falls ja ab welcher Höhe der verlangte Preis unangemessen ist, vorliegend offen bleiben.

349. Im vorliegenden Fall kann die Unangemessenheit der Bepreisung für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank von Documed/e-mediat anders als vom Sekretariat beantragt auch nicht durch die «Als-ob» Methode belegt werden. Hierbei werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt (Rz 315).

350. In einer Wettbewerbssituation wäre die Mitfinanzierung durch die Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme öffentlicher Daten (in casu AIPS) nicht denkbar. Bestünden auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen vergleichbare Konkurrenzangebote, könnte keiner der involvierten Wettbewerber ein Entgelt für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank verlangen, da die Zulassungsinhaberinnen nicht auf diese Aufnahme angewiesen wären. Im Wettbewerb würde sich ein Konkurrent dadurch bloss selbst schaden, da der damit die Datenbasis, die er den Abnehmer solcher veredelter, maschinenlesbarer Daten anbietet, verkleinert. Demnach wäre das Verlangen eines Entgelts von den Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank von Documed/e-mediat unangemessen.

351. Die WEKO geht indes davon aus, dass der Nachweis anhand der «Als-ob»-Methode dem erforderlichen Beweismass in casu nicht genügt.

352. Folglich ist das Tatbestandselement der Unangemessenheit nicht erfüllt und es erübrigt sich nachfolgend zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbehinderung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG und mögliche sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.

353. Einzig zum Vorbringen der Patientensicherheit folgen aufgrund der zentralen Bedeutung, welche die Parteien diesem Aspekt in Zusammenhang mit ihrem Verhalten zumessen, nachfolgend einige Ausführungen. Die Untersuchungsadressaten bringen beispielsweise vor, dass die Patientensicherheit bei Daten, die alleine aus den öffentlichen Datenbanken bezogen werden, nicht gewährleistet werden könne. Insbesondere erlaube die manuelle Arbeit von Documed/e-mediat softwarebasierte Interaktionschecks.

354. Hierzu ist anzumerken, dass es der Zweck des Heilmittelgesetzes ist, die Patientensicherheit zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 HMG). Durch das HMG werden allen Akteuren im Umgang mit Heilmitteln Sorgfaltspflichten auferlegt (vgl. Rz 193 und 196). Der Umfang dieser Sorgfaltspflichten wird teilweise durch Verordnungen festgelegt. Die Sorgfaltspflichten der Zulassungsinhaberinnen in Zusammenhang mit patientensicherheitsrelevanten Informationen sind in der AMZV und in den Anhängen 4 und 5 geregelt. U.a. sind Indikationen und Kontraindikationen in den Fachinformationen enthalten. Die aktuelle Version der Fachinformationen ist auf AIPS vorhanden. Wie bereits ausgeführt (Rz 35), ist durch die Publikation der Arzneimittelinformationen auf AIPS die (Sorgfalts-)Pflicht der Zulassungsinhaberinnen im Umgang mit patientensicherheitsrelevanten Informationen erfüllt. Der Verweis der Untersuchungsadressaten auf die Patientensicherheit erfolgt zwar wiederholt, jedoch insgesamt in pauschaler Weise und begründet nicht, weshalb die Zulassungsinhaberinnen eine erweiterte Sorgfaltspflicht im Umgang mit Arzneimitteln treffen soll als die explizit in Gesetz und Verordnung getroffene Regelung. Vielmehr beschlagen die Ausführungen der Untersuchungsadressaten zur Patientensicherheit die

[209] RPW 2007/2, 273 Rz 203 und 296 Rz 386, *Mobilfunkterminierung*.

Sorgfaltspflichten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bei der Verschreibung und der Abgabe der Arzneimittel.[210]

D.4.4.2.6 Zwischenergebnis

355. Das Vorhandensein einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist vorliegend nicht genügend erstellt, sodass, in Anwendung der Maxime «*in dubio pro reo*», keine Verletzung des Kartellgesetzes festgestellt und den Parteien keine Sanktion auferlegt werden kann. Eine Rückweisung des Falles an das Sekretariat ist unter Berücksichtigung der Komplexität einer Kostenanalyse sowie des Umstands, dass ein grosser Teil der Problematik, welche die Verhaltensweisen der Parteien aufwerfen, von anderen im Rahmen des Entscheides abgehandelten Tatbeständen erfasst wird.

D.4.4.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

356. Die Grenzen zwischen den einzelnen Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 KG sind in der Praxis oftmals fliessend und eine Verhaltensweise kann mehrere Tatbestände erfüllen.

D.4.4.3.1 Rechtliche Grundlagen

357. Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist erfüllt, wenn folgende Merkmale kumulativ vorliegen:

a. Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt (nachfolgend Rz 360 ff.);

b. durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (nachfolgend Rz 371 ff.);

c. die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht durch objektive Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt (legitimate business reasons; nachfolgend Rz 379 ff.).

358. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst insbesondere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, welche darauf abzielen, den Marktzugang der Konkurrenten zu beschränken.[211] Erfasst ist sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.[212]

359. Die Einschränkung des Absatzes kann sowohl durch *unilaterale* als auch durch *bilaterale Handlungen* verwirklicht werden. Unilaterale Handlungen entspringen im marktbeherrschenden Unternehmen selbst, beispielsweise durch die Weigerung, gewisse Käufer zu beliefern. Als bilaterale Handlungen fallen insbesondere Verträge in Betracht, die den Absatz von Konkurrenten durch Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsbindungen oder Rabatten einschränken.[213]

D.4.4.3.2 Einschränkung des Absatzes

360. Vorliegend hat e-mediat folgende Klausel[214] in einzelne Verträge mit Softwarehäusern aufgenommen:

> *«Soweit es […] zur Herstellung oder Weiterentwicklung von Vertragsprodukten als sinnvoll erachtet, den Produktanwendern zusätzlich den Zugriff auf für sie nützliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten (d.h. auf andere als auf HOSPINDEX- und CIS-Daten) zu ermöglichen, ist sie verpflichtet, dieselben bei e-mediat zu beschaffen. Soweit e-mediat zu deren Bereitstellung nicht bereit oder dazu nicht innert einer der Problemstellung angemessenen nützlichen Frist in der Lage ist, ist […] berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen.»*

361. Eine weitgehend identische Klausel ist auch im Vertrag mit der […] vorhanden, wobei in diesem Vertrag die «nützliche Frist» mit sechs Monaten spezifiziert wird.

362. Den entsprechenden Softwarehäusern war es somit untersagt, zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten auf dem Markt zu beschafften, sie mussten exklusiv e-mediat ein Vorrecht gewähren, diese Nachfrage zu befriedigen. Nur falls e-mediat diese Daten nicht anbieten möchte oder nicht anbieten kann, ist es den Softwarehäusern gestattet, bei anderen Datenveredlern diese Daten zu beschaffen bzw. diese Daten selbst aus Primärquellen zu beziehen und zu veredeln. Damit liegt eine Alleinbezugspflicht für neu nachgefragte Daten zugunsten von e-mediat vor.

363. In den Verträgen mit den Softwarehäusern ist weiter folgende Klausel zu finden:

> *«Ohne vorgängige schriftliche Zustimmung von e-mediat ist das SWH [Softwarehaus] nicht berechtigt, Daten Dritter in die XML-Strukturen von e-mediat zu implementieren und/oder Daten in seine SW-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediat stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie die Daten von e-mediat strukturiert sind.»*

---

[210] «Daten ohne diese Zusatzinformationen sind für die Apotheken, Drogerien, Ärzte, Spitäler oder Krankenkassen unbrauchbar.»; «Bezieht beispielsweise ein Patient ein Medikament bei einem Arzt und wird dieser Patient sodann ins Spital verwiesen, wo zusätzliche Präparate verabreicht werden, so muss das Spital in der Lage sein, den entsprechenden Interaktionscheck für die im Spital abgegebenen Medikamente mit sämtlichen anderen vom Patienten eingenommenen Präparaten durchzuführen.»; «Andernfalls ist mit Fehlmedikation zu rechnen.»; vgl. auch die von den Untersuchungsadressaten eingereichten Ansichten von dem IFAK Verein: «[…] sind wir [Apotheken] auf umfassendes, komplettes und zuverlässiges Informationsmaterial angewiesen.» Und «Die Daten müssen in einer Weise aufbereitet sein, dass sie von den Systemanbietern in die Software der Apotheken integriert werden können. Nur so sind effiziente und qualitätsbasierte Arbeitsabläufe zur Wahrung der Patientensicherheit möglich.».

[211] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 418 und N 441; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 II LCart Rz 235.

[212] ZÄCH (Fn 221), Rz 688; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 239.

[213] RPW 2014/4, 688 Rz 131, Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 442 f; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 247.

[214] In den Tabellen als Klausel A bezeichnet.

364. Durch diese Klausel wird es den Softwarehäusern untersagt, die vorhandenen Strukturen für Produkte von anderen Datenveredlern bzw. für eigene Datenbanken zu verwenden, wenn die Softwarehäuser selbst die Daten veredeln wollten. Dadurch wird sichergestellt, dass e-mediat weiterhin die Daten in komplettem Umfang liefern kann. Es ist m.a.W. den Softwarehäusern nicht möglich, z.B. die Medikamenteninformationen von einem Konkurrenten zu beziehen oder die Arzneimittelinformationen direkt aus AIPS zu laden und selbst zu veredeln, während e-mediat die Non-Pharma Daten liefert.

365. HCI hat am 29. November 2016 auf Verlangen der WEKO 176 Verträge eingereicht. Die Verträge decken die Periode 2007 – 2016. Auf Auftrag der WEKO hat das Sekretariat sämtliche Verträge in Bezug auf die Verwendung der im Antrag erwähnten Klauseln ausgewertet.

366. Der nachstehenden Tabelle ist zunächst zu entnehmen, wie viele der zwischen 2007 und 2011, sodann den in der Übergangsphase 2012 bis 2014 sowie den von 2015 bis 2016 abgeschlossenen Verträgen die bereits in Rz 363 wiedergegebene Klausel enthielten:

Tabelle 2: Anzahl Verträge mit entsprechender Klausel in Bezug auf die verschiedenen Perioden:

	Klausel A		**Klausel B**		**Klausel B**	
Periode	**Ja**	**Nein**	**Ja**	**Nein**	**Ja**	**Nein**
2007 – 2011	1		4	35	10.3 %	89.7 %
2012 – 2014			75	27	73.5 %	26.5 %
2015 – 2016			3	23	11.6 %	88.4 %
Total 2007 – 2016	1		83	86	49.1 %	50.9 %

Quelle: Verträge der Parteien, Aufstellung des Sekretariates

367. Diese erste Tabelle zeigt, dass HCI die Klausel B während der kritischen Periode (2012–2014) systematisch bei der Erneuerung von Verträgen oder mittels Abschluss von Zusätzen zu bestehenden Verträgen eingebaut hat. Da HCI von den meisten dieser Verträge keine neue Version eingereicht hat, kann man davon ausgehen, dass diese Klauseln in den zwischen 2012 und 2014 abgeschlossenen Verträgen noch gültig sind.

368. Erst ab 2015 hat sich HCI für eine neue Formulierung[215] entschieden. 21 der 23 Verträge, die seit 2015 abgeschlossen wurden, enthalten diese neue Formulierung und sind als Verträge ohne Klausel betrachtet worden. Die Mehrheit der entsprechenden Unternehmen hat indes erstmals einen Vertrag mit HCI abgeschlossen. Dies wird aus dem Umstand gefolgert, dass keine Vorgängerversionen der Verträge mit den entsprechenden Zulassungsinhaberinnen vorgelegt wurden.

Tabelle 3: Anwendung der Klausel B je nach INDEX-Produkt und Periode

Klausel B	**2007 – 2011**		**2012 – 2014**		**2015 – 2016**		**2007 – 2016 Total**	
INDEX-Produkte	**Ja**	**Nein**	**Ja**	**Nein**	**Ja**	**Nein**	**Ja**	**Nein**
careINDEX	0	2	8	3	1	7	9	12
hospINDEX	2	13	29	6	3	5	34	24
medINDEX	0	12	17	5	1	8	18	25
pharmINDEX	2	1	12	10	0	2	14	13
Andere (log-, insure-, drogINDEX)	0	3	2	2	0	2	2	7
Mehrere INDEXE	0	2	4	0	0	0	4	2

Quelle: Verträge der Parteien, Aufstellung des Sekretariates

369. Die Verteilung der Anwendung der Klausel auf die unterschiedlichen INDEX-Produkte und je nach Periode zeigt noch einmal die Strategie von HCI in der Untersuchungsperiode.

[215] Kundenindividuelle Daten oder Daten von Dritten dürfen in der Softwarelösung zu den bestehenden INDEX-Daten hinzugefügt werden, sofern deren Datenquelle klar ersichtlich ist. Die Datenquelle sowie jegliche Veränderung muss für den Kunden sichtbar angezeigt werden.

370. Durch beide beschriebenen Klauseln wird der Absatz aktueller und potentieller Konkurrenten durch Alleinbezugsbindungen eingeschränkt.

D.4.4.3.3 Wettbewerbsbehinderung

371. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten. Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potentiellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist. Ausschliesslichkeitsbindungen oder Rabatte stellen klassische Mittel dar, um Kundinnen und Kunden an sich zu binden, wodurch sowohl aktuelle als auch potentielle Konkurrenten im Wettbewerb behindert werden.[216]

372. Durch das Vorrecht von e-mediat, die neu nachgefragten Daten zu liefern, ist es aktuellen oder potentiellen Konkurrenten unmöglich, die Softwarehäuser mit diesen Daten zu beliefern. Sie werden somit vom Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen gedrängt respektive Marktzutrittsschranken werden aufgebaut. Sollten die Softwarehäuser ein neues Bedürfnis adressieren, käme der Vertragsschluss betreffend Lieferung dieser neuen Daten zwischen dem Softwarehaus und e-mediat jedoch nicht dadurch zustande, dass e-mediat bessere Vertragskonditionen betreffend diesen neuen Daten anböte, sondern alleine aufgrund der Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser. Die Klausel ist in die Zukunft gerichtet und bewirkt, dass die marktbeherrschende Stellung zukünftig zementiert wird. Auch bei einer Marktentwicklung und einer geänderten Nachfrage der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, wird ein Markteintritt auf der Stufe der Datenveredelung erheblich erschwert. Für einen Markteintritt müssen aufgrund dieser Klausel potentielle Konkurrenten einen vollständigen Datensatz anbieten. M.a.W. ist die Spezialisierung auf neue Nachfragen sowie das Angebot und der Vertrieb von Teildatensätzen via bestehende Softwarehäuser nicht möglich.

373. Um die Durchsetzung des Vertrages zu sichern (und somit auch der Alleinbezugspflicht), wurde eine Konventionalstrafe vereinbart, die bei einem Verstoss fällig wäre.

374. Das Verbot der Verwendung der Strukturen für andere Programme verschliesst den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für potentielle Konkurrenzangebote. Insbesondere die Implementierung von Teildatensätzen von anderen Datenveredlern wird untersagt. Durch diese Klausel werden die Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten (dies könnten auch die Softwarehäuser selbst sein) erhöht, da die Softwarehäuser eine komplett neue Software aufbauen müssten, um ein allfälliges Konkurrenzprodukt zu implementieren. Potentielle Konkurrenten müssten zudem einen umfassenden Datensatz (d.h. Medikamenteninformationen und Non-Pharma Daten) anbieten, da ansonsten ein Wechsel des Softwarehauses für dieses unattraktiv ist.[217]

375. Die Parteien machen gelten, dass die beiden interessierenden Vertragsklauseln tatsächlich zu keiner Behinderung aktueller oder potentieller Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb geführt hätten. Es hätte seitens der Softwareunternehmen keine entsprechenden Anfragen gegeben. Bei einer zweijährigen Kündigungsfrist könne zudem nicht von einer Marktabschottung gesprochen werden.

376. Die Art der Anwendung dieser Klauseln (systematisch ab 2012) zeigt indes aus Sicht der WEKO klar, dass die Strategie Documed/e-mediat gegen allfällige Konkurrenten gerichtet war. Dies gerade in der Periode (2012 – 2014), als verschiedene Ereignisse (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Einführung AIPS) anderen Anbietern die Möglichkeit hätten eröffnen können, auf dem Markt Fuss zu fassen und die Position von Documed/e-mediat zu gefährden.

377. Bei den Anhörungen haben ywesee und dr-ouwerkerk ag mitgeteilt, dass ihr Versuch mit ähnlichen Produkten wie den INDEX-Produkten auf den Markt zu kommen, ein Misserfolg gewesen sei. Dies habe dazu geführt, dass dr-ouwerkerk ag endgültig entschieden habe, ab 2014 nicht mehr in diesem Bereich aktiv zu sein. ywesee seinerseits ist sich sicher, dass ihr diese Klauseln massiv geschadet hätten.

378. Beide Klauseln verschliessen den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für aktuelle und potentielle Konkurrenten und zeitigen somit wettbewerbswidrige Effekte.

D.4.4.3.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

379. Einschränkungen des Absatzes können ein objektiv notwendiges Verhalten darstellen und durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein.[218]

380. In ihrer Stellungnahme machen die Parteien geltend, dass HCI mit den Leistungserbringern Lizenzverträge abgeschlossen habe. HCI verpflichte sich darin, den Leistungserbringern diese Daten via Softwarehäuser zu liefern. In dieser vertragsrechtlichen Pflicht gegenüber den Leistungserbringern sei ein Rechtfertigungsgrund dafür zu sehen, dass HCI in den Verträgen mit den Softwarehäusern sicherstelle, dass die Daten auch tatsächlich bei den Kunden von HCI ankommen.

381. Würden die Softwarehäuser ihre Daten aus unterschiedlichen Quellen beziehen, ergäbe sich daraus für HCI ein Reputationsrisiko. Da für die Endabnehmer der Daten (also für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, die Vertriebsunternehmen und die Kostenträger) kaum mehr zu eruieren sein dürfte, welche Daten aus welcher Quelle stammen, bestünde die Gefahr, dass diese mitunter auch Fehler in den Daten anderer Anbieter HCI zurechnen, was den Ruf der HCI auf Dauer nachhaltig schädigen könnte.

---

[216] RPW 2014/4, 688 Rz 134, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

[217] In Bezug auf die Wirkungen ähnlich Entscheidung der Kommission der EU vom 22. Juni 2005 in einem Verfahren nach Artikel 82 EGV und Artikel 54 EWRA in der Sache COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola.

[218] RPW 1999/2, 214 Rz 37, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*.

382. Als sachlicher Rechtfertigungsgrund stellt sich vorliegend dann die Frage, ob die Softwarehäuser für das Funktionieren der Software auf Daten aus einer einheitlichen Quelle, d.h. von einem Datenveredler angewiesen sind, da ansonsten die Funktionen der Software eingeschränkt sind (technische Voraussetzung). Diese Frage wurde den Softwarehäusern im Rahmen ihrer Befragung gestellt.[219] Dabei stellten viele Softwarehäuser den Umfang und die Qualität der Daten von alternativen Anbietern in Frage.[220] Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger seien an qualitativ hochstehenden Daten interessiert, was mit den INDEX-Daten gewährleistet sei. Andere Anbieter könnten den geforderten Umfang und die geforderte Qualität nicht liefern.

383. Die Befragung ergab jedoch, dass technisch gesehen ein Einbezug anderer Daten oder auch ein Einbezug unterschiedlicher Datenstämme für Medikamenteninformationen und Daten von Non-Pharma Produkten in die Software möglich wären. Die Erhebung hat aber gezeigt, dass die Antworten betreffend Aufwand für eine Bezugsänderung der Daten aus verschiedenen Quellen sehr unterschiedlich ausfielen. Wie einzelne Softwarehäuser anmerkten, sei diese Frage ohne Kenntnis des Umfangs und der konkreten Struktur der alternativen Datenquelle abstrakt nicht zu beantworten.

384. In der Folge wurde die Frage der technischen Möglichkeit der Integration der Daten von verschiedenen Datenveredlern in ein Softwareprodukt mit einem grösseren Softwarehaus ([…]) in einem Gespräch vertieft besprochen. Dabei wurde konkret bestätigt, dass technisch gesehen eine Integration von Daten aus verschiedenen Quellen möglich ist. Am einfachsten wäre es, wenn diese verschiedenen Datensätze die gleiche Referenz haben und am besten auch das gleiche Format. Andernfalls müsste man die Software so programmieren, dass sie mehrere Formate lesen kann und das Programm je nach Funktion auf diese Daten zugreift. Auch dies wurde jedoch nicht als technisch unmöglich bezeichnet. Im Gegenteil: Das Softwarehaus hob hervor, dass ihre Software sowohl auf Basis des medINDEX als auch auf Basis des IGM angeboten werde, da sie besonders bei Ärztinnen und Ärzten stark vertreten seien. Da beim IGM einige Daten nicht vorhanden sind (z.B. aktualisierte Preise), greifen bestimmte Applikationen, die auf diese Daten angewiesen sind, nicht. Alle anderen Applikationen, die aber nicht auf diese Daten angewiesen sind, funktionieren ohne Weiteres.

385. Insgesamt zeigt sich somit, dass es für die Softwarehäuser technisch möglich wäre, Daten aus unterschiedlichen Quellen zu beziehen.

386. Die von den Softwarehäusern aufgeworfene Frage nach dem Umfang und der Qualität der Daten ist unabhängig von der Frage der technischen Voraussetzungen an die Daten. Qualität und Umfang bilden gewöhnliche Wettbewerbsvariablen. Im Wettbewerb sind durchaus qualitativ oder umfangmässig verschiedene Angebote denkbar, zumal auch der Preis unterschiedlich sein kann. Abschliessend ist dazu festzuhalten, dass die Qualität der Arzneimittelinformationen und damit die patientensicherheitsrelevanten Informationen durch Swissmedic kontrolliert und reguliert werden.

387. Dass die Klausel andere wie die vorstehend genannten Gründe verfolgt hat und nicht notwendig war, zeigt auch der Umstand, dass HCI kurzfristig zu einer Anpassung im Hinblick auf neu abgeschlossene Verträge in der Lage war (Rz 368).

388. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, weshalb die Einschränkung des Absatzes nicht gerechtfertigt werden kann.

D.4.4.3.5 Zwischenergebnis

389. Durch die Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten sowie die Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der Software wird der Absatz der Konkurrenten in missbräuchlicher Art und Weise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt.

D.4.4.4 An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen, dass Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)

D.4.4.4.1 Rechtliche Grundlagen

390. Koppelungsgeschäfte beeinträchtigen die Freiheit des Vertragspartners, Geschäfte nach seinem Willen abzuschliessen, und können – ohne dass dies leistungsmässig begründet wäre – die Wettbewerbssituation auf dem Markt des gekoppelten Guts zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens verändern.[221] Koppelungsgeschäfte können aber auch dazu verwendet werden, Wettbewerber zu verdrängen: Dies einerseits durch die Errichtung von Marktzutrittsschranken[222] und andererseits durch die Übertragung von Marktmacht auf einen vor- oder nachgelagerten Markt (Leverage-Theorie).[223] Neben wettbewerbsbeschränkenden Folgen können Koppelungen auch Effizienzgewinne (insb. durch Grössen- und Verbundsvorteile) zeitigen und durch ökonomische Gründe gerechtfertigt sein.[224]

391. Eine missbräuchliche Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG liegt vor, wenn folgende vier Merkmale gegeben sind: (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter, (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung vor, (3) die Koppelung hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt und (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen.

392. Betrachtet werden vorliegend mehrere mögliche Koppelungstatbestände:

a. Softwarehäuser, welche die INDEX-Daten als Datenstamm benützen, bzw. Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, deren Softwarelösung auf den INDEX-Daten beruht, müssen sowohl die Medikamenteninformationen als auch Daten von Non-Pharma Produkten von e-mediat beziehen (nachfolgend «**Datenbundling**»: Rz 393 ff.).

---

[219] Fragebögen Softwarehäuser, Frage 16–20.
[220] Fragebögen Softwarehäuser, Frage 19.
[221] ZÄCH, ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 702.
[222] RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[223] RPW 2011/1, 182 Rz 506 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[224] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 508 ff.

b. Die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbanken wird nur vorgenommen, wenn die Zulassungsinhaberinnen gleichzeitig die Dienstleistungen der redaktionellen Qualitätskontrolle, der technischen Aufarbeitung der FI und der Optimierung von Tabellen und Grafiken bei Documed/e-mediat beziehen. Zudem wird der Upload der Medikamenteninformationen auf AIPS gratis dazu angeboten (nachfolgend «**Modulbundling**»: Rz 413 ff.).

D.4.4.4.2 Datenbundling

393. Softwarehäuser und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, welche die INDEX-Produkte bei e-mediat beziehen, erwerben den Zugriff auf den gesamten Datensatz, der sowohl Medikamenteninformationen als auch Non-Pharma Daten umfasst.[225] Die INDEX-Produkte werden, wie bereits ausgeführt (Rz 53), auf zwei verschiedene Arten vertrieben. Dementsprechend wird die vorliegende Bündelung entweder gegenüber den Softwarehäusern oder den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern vorgenommen. Für die Beurteilung der Bündelung ist das gewählte Vertriebsmodell jedoch nicht von Relevanz. Es ist den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern gegenwärtig nicht möglich, im Rahmen einer Software-Lösung Daten (Teildatensätze) von verschiedenen Anbietern zu beziehen, unabhängig davon ob diese via Softwarehaus oder direkt von e-mediat bezogen werden.

D.4.4.4.2.1 Trennung der Dienstleistungen

394. Für eine Koppelung müssen zwei oder mehrere unterschiedliche respektive getrennte Produkte oder Dienstleistungen vorliegen, welche durch die Koppelung verbunden werden. Von getrennten Gütern oder Dienstleistungen kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Produkte oder Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern beziehen würden. Ein weiteres Indiz ist, wenn sich Unternehmen auf das Angebot des gekoppelten Guts (ohne das koppelnde Gut) spezialisiert haben. Bei Waren oder Dienstleistungen, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.[226]

395. Um die Trennung der Dienstleistungen (Zugriff auf die Daten) zu beurteilen, sind zuerst die den Daten zugrundeliegenden Produkte zu betrachten. Die Daten können nicht isoliert von den Produkten angeschaut werden, schliesslich hängen der Umfang und die Art der Daten entscheidend von den zugrundeliegenden Produkten ab.

396. Arzneimittel sind gesetzlich definiert (Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG). Non-Pharma Produkte wurden für die vorliegende Beurteilung bereits definiert (Rz 27), trotzdem lohnt es sich, diese erneut genauer zu betrachten, da eine weit heterogenere Gruppe umfasst wird als bei Arzneimitteln. Betreffend Non-Pharma Produkte bestehen weit weniger gesetzliche Vorgaben. Medizinprodukte sind in Art. 45 ff. HMG geregelt, die diesbezüglichen Vorgaben sind aber weit weniger detailliert und die Hersteller müssen weniger Vorschriften beachten als betreffend Arzneimittel. Andere Non-Pharma Produkte unterstehen zwar (teilweise) auch gesetzlichen Vorgaben, diese verfolgen aber einen anderen Zweck als dies bei Arzneimitteln oder Medizinprodukten der Fall ist. Kosmetika unterstehen z.B. dem Lebensmittelgesetz[227] und dessen Ausführungsverordnungen. Mit Ausnahme bestimmter Medizinprodukte[228] können Non-Pharma Produkte (z.B. Verbandsmaterial) ohne Weiteres in einem nicht auf pharmazeutische Produkte spezialisierten Geschäft verkauft werden. Zu denken ist dabei z.B. an die bereits erwähnten Verbandsmaterialien oder an Kosmetika.

397. Folglich unterscheiden sich die Daten von Non-Pharma Produkten von den Medikamenteninformationen. Dabei können nicht alle Non-Pharma Produkte über einen Kamm geschoren werden. Medizinprodukte müssen z.B. eine Produktinformation haben (Art. 7 MepV i.V. mit den entsprechenden Richtlinien der EU). Doch solche Informationen sind auch bei anderen Non-Pharma Produkten vorhanden (z.B. Trink- und Sondennahrung). Bei Non-Pharma Produkten besteht aber im Unterschied zu den Arzneimitteln eine wesentlich geringere Gefahr der Gefährdung der Gesundheit des Menschen, weshalb sie auch weniger restriktiven Informationspflichten unterstehen. Insbesondere werden diese Produktinformationen nicht behördlich genehmigt, wie dies bei Arzneimittelinformationen der Fall ist. Dementsprechend gibt es auch keine öffentlichen Datenbanken, in denen alle Produktinformationen aggregiert wären, denn regulatorisch wird davon ausgegangen, dass sich der Markt diesbezüglich selbst organisieren kann und keine patientensicherheitstechnischen Bedenken vorhanden sind, wenn nicht alle Informationen öffentlich verfügbar sind. Daten zu Non-Pharma Produkten umfassen somit im Wesentlichen wichtige Informationen für den Vertrieb und die Abrechnung. Insgesamt unterscheiden sich Non-Pharma Produkte und deren Daten nicht grundlegend von gewöhnlich im Einzelhandel befindlichen Produkten.

398. Konkurrenten auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen bieten dagegen ausschliesslich Medikamenteninformationen und keine Daten von Non-Pharma Produkten an (vgl. Rz 241 und 243e).

399. Der Zugriff auf Datensätze von Medikamenteninformationen und auf Datensätze von Non-Pharma Produkten ist aufgrund der oben stehenden Erwägungen als unterschiedliche Dienstleistungen zu qualifizieren, da die Datensätze und die zugrundeliegenden Produkte unterschiedlich sind.

---

[225] Vgl. Angebot e-mediat: <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php> (zuletzt besucht am 2.6.2015).

[226] RPW 2011/1, 183 Rz 514 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2014/4, 697 Rz 198, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 275.

[227] Bundesgesetz vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0).

[228] Gemäss Art. 47 f. HMG kann der Bundesrat betreffend Inverkehrbringen, Abgabe und Anwendung weitere Bestimmungen vorsehen, was er u.a. in der Medizinprodukteverordnung vom 17.10.2001 (MepV; SR 812.213) tat.

D.4.4.4.2.2 Koppelung der Dienstleistungen durch den Anbieter

400. Die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen kann auf einer entsprechenden Vertragsklausel beruhen (vertragliche Koppelung), auf einer technischen Entscheidung bzw. in der physischen Ausgestaltung der betreffenden Güter gründen (technologische bzw. physische Koppelung) oder durch ökonomische Anreize durchgesetzt werden.[229]

401. Die Literatur und die Praxis unterscheiden folgende Koppelungstechniken:[230] Beim sog. «tying» (Koppelung) bietet ein Verkäufer das Gut A (koppelndes Gut, «tying good») nur unter der Bedingung an, dass auch das Gut B (gekoppeltes Gut, «tied good») bezogen wird. Das gekoppelte Gut B ist dabei auch ohne den gleichzeitigen Erwerb von Gut A beziehbar. Beim sog. «pure bundling» (reine Bündelung) sind die Güter A und B nur im Bündel, d.h. nur gemeinsam, erhältlich. Beim sog. «mixed bundling» (gemischte Bündelung), oft auch als Bündel- oder Paketrabatt bezeichnet, werden die Güter A und B einzeln sowie in einem Bündel angeboten. Dabei ist die Summe der Preise im Einzelverkauf höher als der Preis des Bündels, wodurch ökonomische Anreize für den Bezug von beiden Gütern beim marktbeherrschenden Unternehmen geschaffen werden. Der marktbeherrschende Anbieter erreicht damit, dass der Abnehmer nicht nur Güter auf dem beherrschten Markt bezieht, sondern auch Güter, die der Konkurrenz anderer Märkte unterworfen sind.

402. Im vorliegenden Fall wird ausschliesslich der Zugang zu den INDEX-Produkten gewährt, ohne dass ein Teilbezug ausschliesslich der Medikamenteninformationen oder ausschliesslich der Daten von Non-Pharma Produkten möglich wäre.[231] Dies ist eine reine Bündelung, da die Dienstleistungen nicht getrennt erhältlich sind.

D.4.4.4.2.3 Wettbewerbsbehinderung

403. Koppelungen und Bündelungen können Wettbewerber verdrängen und die Marktzutrittsschranken erhöhen.[232] Insbesondere kann durch die Koppelung die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des koppelnden Guts auf den Markt eines benachbarten, vor- oder nachgelagerten Marktes übertragen werden (sog. «Leverage Theorie»). Die WEKO hat sich bereits umfassend mit den wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen der Leverage Theorie und der Kritik daran auseinandergesetzt. Aus dieser Praxis ergibt sich, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Koppelungen unter Umständen dazu einsetzen kann, aus profitmaximierenden Gründen seine Marktmacht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten.[233] Zudem kann eine Koppelung auch dazu eingesetzt werden, die Marktgegenseite zu benachteiligen, da diese dazu gezwungen wird ein Gut oder eine Dienstleistung zu beziehen, das sie nicht, oder nicht zu diesen Bedingungen, wünscht.[234]

404. Beim Datenbundling stehen Verdrängungseffekte im Vordergrund. Die Medikamenteninformationen stehen allesamt öffentlich zur Verfügung. Eine Aggregation der Medikamenteninformationen ist auch für Dritte ohne Weiteres möglich. Die Daten von Non-Pharma Produkten sind dagegen nicht öffentlich verfügbar und aus unterschiedlichen Quellen zu beziehen (z.B. direkt bei den Anbietern oder bei anderen Datensammlern). Dadurch werden für alternative Anbieter, die lediglich Medikamenteninformationen anbieten, Marktzutrittsschranken auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen aufgebaut, denn um die INDEX-Produkte effektiv zu konkurrenzieren, müssen potentielle Wettbewerber zumindest einen ähnlichen Umfang an Daten und damit neben Medikamenteninformationen auch Non-Pharma Daten anbieten. Wären diese zwei unterschiedlichen Dienstleistungen entbündelt, wären Markteintritte und eine Konkurrenzierung lediglich in einem der beiden Bereiche möglich, wobei der Bereich der Medikamenteninformationen im Vordergrund steht, da diese Informationen öffentlich verfügbar sind. Documed/e-mediat bzw. HCI verschliessen aber den Markt gegenüber einer solchen potentiellen Konkurrenz, indem sie die Medikamenteninformationen nur gebündelt mit Daten von Non-Pharma Produkten anbieten, obwohl es sich dabei um unterschiedliche Dienstleistungen handelt. Durch diese Bündelung baut das marktbeherrschende Unternehmen somit Marktzutrittsschranken auf.

405. Documed/e-mediat geben selbst an, dass einer der Gründe, weshalb sich konkurrierende Unternehmen (konkret ywesee, dies trifft aber auch auf weitere potentielle Konkurrenten zu) nicht auf dem Markt durchsetzen können, sei, dass diese nicht den gesamten Umfang der Daten von Documed/e-mediat anbieten können: «[…] *da eine Apotheke nicht nur von der Swissmedic zugelassene Medikamente, sondern auch andere Artikel wie Zahnbürsten, Toilettenpapier, Drogerieartikel etc. verkauft. Solange die Daten der ywesee GmbH bloss einen Bruchteil des Artikelstamms einer Apotheke abdecken, wird er sich auf diesem Markt niemals durchsetzen können*.» Genau diese Erhöhung der Marktzutrittsschranken stellt die hier behandelte Wettbewerbsbeschränkung dar und verschliesst den Markt gegenüber Konkurrenzangeboten für Medikamenteninformationen.

406. Die Parteien machen geltend, dass dieser Vorwurf theoretischer Natur sei und sich nicht anhand der Marktgegebenheiten erhärten liesse. HCI biete – wie jedes andere Unternehmen, welches sich am Wirtschaftsprozess beteiligt – nur Angebote an, für welche eine Nachfrage bestehe. Auch die Konkurrenz habe keine derartigen Produkte angeboten.

---

[229] RPW 2014/4, 697 Rz 200, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 274; BSK KG-Amstutz/(Fn 100), Art. 7 KG N 533.

[230] RPW 2014/4, 697 Rz 201, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 262 und 274; BSK KG-Amstutz/Carron (Fn 100), Art. 7 KG N 494 ff.

[231] Vgl. Angebot e-mediat (<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php> [zuletzt besucht am 2.6.2015]).

[232] RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 537 f; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 278.

[233] RPW 2011/1, 182 f. Rz 506 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[234] RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 543.

407. Gegenüber HCI sei seitens der Softwarehäuser oder der Leistungserbringer nie das Interesse angemeldet worden, bloss die Non-Pharma-Daten oder einen anders definierten Teildatensatz zu beziehen. Wären entsprechende Anfragen gekommen, hätte HCI die vom Sekretariat aufgeworfene Fragestellung geprüft. Die Verträge sähen kurze Laufzeiten vor. Die Softwareunternehmen kämen kurzfristig aus ihren Verträgen hinaus. Der Markteintritt von Drittanbietern werde durch die Verträge nicht beschränkt. Die Pharma- und Non-Pharma-Daten bildeten vielmehr ein ganzheitliches Datenpaket, das von den Vertragspartnern in dieser Form erwünscht sei und von den Nutzern in dieser Form verwendet werde.

408. Da keine Nachfrage nach nicht angebotenen Teildatensätzen bestanden hätte, könne der HCI auch nicht vorgeworfen werden, dass sie solche nicht angeboten hätte. Bei dieser Ausgangslage fehle bereits das erste Tatbestandsmerkmal für eine missbräuchliche Koppelung: Pharma- und Non-Pharma-Daten seien gar keine getrennten Güter. Auch aufgrund von im Rahmen der Anhörungen (Aussagen ywesee und dr-ouwerkerk ag) gewonnenen Informationen sieht die WEKO Indizien dafür, dass der Zugang zu Non-Pharma-Daten im vorliegenden Fall von allfälligen Konkurrenten nicht als Hürde für das Angebot eines Produktes wie die INDEX-Produkte angesehen worden ist.

409. Das Vorliegen von Verdrängungseffekten ist dementsprechend nicht bewiesen worden und das Vorgehen von HCI kann demzufolge nicht als unzulässig betrachtet werden.

D.4.4.4.2.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

410. Als Rechtfertigungsgründe für die Koppelung verschiedener Leistungen sind zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung, wie insbesondere Sicherheitsaspekte, denkbar.[235] Zudem kann auch die Rechtfertigung durch Effizienzgewinne, wie Grössen- und Verbundsvorteile oder Senkung der Suchkosten in Betracht gezogen werden.[236]

411. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage betreffend die sachlichen Rechtfertigungsgründe aufgrund fehlender Verdrängungseffekte nicht mehr.

D.4.4.4.2.5 Zwischenergebnis

412. Das vorliegend von Documed/e-mediat bzw. HCI vorgenommene Datenbundling erfüllt den Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG nicht.

D.4.4.4.3 Modulbundling

413. In der Basisdienstleistung (Module D1 + E1) werden neben der beschriebenen Publikation im Kompendium und der Aufnahme der Daten in die Indices auch die Dienstleistungen «Redaktionelle Qualitätssicherung (Sprachenvergleich, Plausibilitätskontrollen)», «Redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachinformationen» und «Optimierung von Tabellen und Grafiken» angeboten. Diese Dienstleistungen lassen sich für die vorliegende Beurteilung als «redaktionelle und technische Qualitätssicherung» zusammenfassen. Einzeln wurden diese Leistungen nicht angeboten und sie müssen bezogen werden, wenn die anderen Dienstleistungen des Basismoduls bezogen werden. Mit anderen Worten besteht die Wahl nur zwischen allen Dienstleistungen im Modul zusammen oder gar keinen.

414. Der Upload auf AIPS war nicht in den Modulen enthalten, jedoch verpflichteten sich Documed/e-mediat, den Upload auf AIPS bei entsprechender Beauftragung vorzunehmen, ohne eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen (vgl. Rz 85).[237]

415. Mit der Koppelung von Korrekturarbeiten und der Publikation von Arzneimittelinformationen hat sich die WEKO bereits 2008 befasst.[238] Dabei wurde festgestellt, dass die Korrekturarbeiten und die Publikation zwar unterschiedliche Dienstleistungen sind, die gekoppelt wurden, dies aber durch Effizienzgründe gerechtfertigt war, da die Kosten der Korrekturen im Vergleich zu den Kosten der Publikation vernachlässigbar seien. Eine Differenzierung zwischen Publikation und Korrekturen würde insgesamt zu höheren Kosten führen.[239]

416. Dieser Sachverhalt betraf jedoch die Koppelung zwischen Korrektur und Publikation (im Entscheid-Zeitpunkt: AIPS) und unterscheidet sich somit von der vorliegend fraglichen Koppelung zwischen der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung und der Aufnahme in das Kompendium und die Indices, denn es handelt sich nicht um die regulatorisch vorgesehene Publikation, sondern der dieser nachgelagerten weiteren Veredelung.

417. In Zusammenhang mit den allgemeinen Ausführungen zu den einzelnen Tatbestandselementen, auf welche nachfolgend eingegangen wird, wird auf die Ausführungen im Abschnitt D.4.4.4.2 verwiesen.

D.4.4.4.3.1 Trennung der Dienstleistungen

418. Zur Beurteilung der Trennung der Dienstleistungen muss zwischen der Publikation und dem aktuellen Angebot zur Aufnahme der Arzneimittelinformationen in das Kompendium unterschieden werden. Früher mussten die Zulassungsinhaberinnen ihre Arzneimittelinformationen im Kompendium publizieren, um einer gesetzlichen Pflicht zu entsprechen; diese gesetzliche Pflicht besteht noch heute ausschliesslich für die Publikation auf AIPS, nicht aber für die Aufnahme in das Kompendium.

419. Im Hinblick auf die obligatorische Publikation auf AIPS (Funktionsweise von AIPS in Rz 28 ff.) erfolgt eine redaktionelle und technische Qualitätssicherung im Rahmen des Zulassungsgesuchs durch die Swissmedic (vgl. Abbildung 5 in Rz 34). Hierbei führen die Zulassungsinhaberinnen vorgängig eine Qualitätssicherung

[235] Botschaft KG 1995 (Fn 106), 576; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 284.
[236] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 508 ff.
[237] Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.
[238] RPW 2008/3, 405 Rz 203 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[239] RPW 2008/3, 405 Rz 204, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

der Arzneimittelinformationen durch, welche im Zulassungsverfahren durch die Swissmedic genehmigt werden. Durch dieses Verfahren wird die Qualität der Arzneimittelinformationen gewährleistet und damit die den Zulassungsinhaberinnen obliegende Sorgfaltspflicht erfüllt (vgl. Rz 193 ff.). Eine der Publikation der Arzneimittelinformationen nachgelagerte erneute redaktionelle Qualitätssicherung ist nicht notwendig.

420. Die vorgängige Qualitätssicherung kann durch die Zulassungsinhaberinnen selbst oder durch Externe durchgeführt werden. Auch für den Prozess des Uploads auf AIPS sind die Zulassungsinhaberinnen gemäss der Rechtsprechung explizit nicht verpflichtet, einen privaten Anbieter zu engagieren. Swissmedic entspricht diesen Vorgaben, indem den Zulassungsinhaberinnen Formulare zur Verfügung stehen, um den Upload auf AIPS eigenständig vorzunehmen. Es ist somit den Zulassungsinhaberinnen möglich, die Qualitätskontrolle und den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS eigenständig vorzunehmen.

421. Daneben ist auch das Outsourcing dieser Prozesse möglich. Diese Qualitätskontrolle und der Upload kann durch spezialisierte Unternehmen erfolgen. Zwar bestreiten die Parteien – anders noch als 2008 – das Vorliegen eines entsprechenden Marktes, doch haben gemäss Antworten der Zulassungsinhaberinnen auf den Fragebogen des Sekretariates im Jahr 2013 zumindest acht Unternehmen diese Dienstleistungen angeboten.[240] Auch Documed/e-mediat könnten separat eine Qualitätskontrolle *für die Publikation auf AIPS* und den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS anbieten. Darüber hinaus können die Zulassungsinhaberinnen die Qualitätskontrolle und den Upload eigenständig vornehmen.[241]

422. Vorliegend wird die Aufnahme in die Datenbank als Teil der Veredelung mit der Dienstleistung der Qualitätssicherung und des Uploads auf AIPS gebündelt bzw. gekoppelt. Dabei ist zu beachten, dass gewisse Arbeiten, die in Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank eines Datenveredlers erbracht werden, so eng mit derselben verknüpft sind, dass eine Trennung der Dienstleistungen nicht möglich ist. Dabei handelt es sich beispielsweise um Prozesse wie die Strukturierung und Codierung der Daten (vgl. Rz 45). Die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle muss hingegen als zusätzlicher Arbeitsschritt vorgenommen werden. Durch die Strukturierung und Codierung kann nicht mit dem gleichen Aufwand oder mit unwesentlichem Mehraufwand gleichzeitig eine Qualitätssicherung vorgenommen werden. Zudem bringt diese Dienstleistung von Documed/e-mediat nur einen Mehrwert, wenn sie vor der Publikation auf AIPS erfolgt. Durch die Gestaltung der Module ist sie aber mit der Aufnahme ins Kompendium bzw. die Indices verknüpft.

423. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS muss ebenfalls als zusätzlicher Arbeitsschritt, der unabhängig ist von der Strukturierung und Codierung bzw. der Aufnahme der Daten in die INDEX-Produkte, vollzogen werden.

424. Es ist den Zulassungsinhaberinnen somit möglich, die Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS und den Upload auf AIPS (Publikation als solche) selbst vorzunehmen oder an verschiedene darauf spezialisierte Unternehmen auszulagern, was das Vorliegen getrennter Dienstleistungen beweist.

425. Die Parteien erwidern dieses Argument des Sekretariates und behaupten, dass sich bereits die Grundannahme des Sekretariats, dass die Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken ohne weiteres von der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung trennbar sein soll, als unhaltbar erweise. Das Sekretariat verkenne in seiner diesbezüglichen Argumentation, dass die redaktionelle und technische Qualitätssicherung zum einen zwingender Bestandteil des Prozesses für die Aufnahme der fraglichen Informationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken bilde und sich zum anderen auch, was die Abläufe anbelangt, kaum von den übrigen Arbeitsschritten, wie beispielsweise der Codierung und Strukturierung, trennen liesse (parallele Ausführung).

426. Der Leistungskatalog widerspricht aber diesen Aussagen. Das Modul D3 (Optional/Sonstige Dienstleistungen) sieht nämlich vor, dass die Zulassungsinhaberinnen die redaktionelle Textbearbeitung und Übersetzungen separat zu beziehen haben, weshalb die Trennung dieser Dienstleistungen vom Prozess für die Aufnahme der Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken möglich sein muss.

427. Dass HCI darüber hinaus an sich selbst den Anspruch hat, unabhängig vom Vorprozess ihrerseits die Arzneimittelinformationen nochmals auf Richtigkeit zu überprüfen (vgl. Rz 102), ist ein legitimer geschäftspolitischer Entscheid, der indes keinen Rechtfertigungsgrund begründet.

D.4.4.4.3.2 Koppelung der Dienstleistungen durch den Anbieter

428. Im vorliegenden Fall koppeln Documed/e-mediat vertraglich den Bezug der Dienstleistung der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung mit der Aufnahme in das Kompendium und die INDEX-Daten im Basismodul D1 + E1.[242] Dies ist eine reine Bündelung, da die Dienstleistungen nicht getrennt erhältlich sind.

429. Der Upload der Daten auf AIPS muss im Unterschied dazu nicht zwangsläufig bezogen werden. Zulassungsinhaberinnen, die sich für den Upload auf AIPS durch Documed/e-mediat entscheiden, profitieren jedoch davon, dass dieser gratis dazu angeboten wird, falls sie das Basismodul D1 + E1 beziehen.[243] Einzeln angeboten wird der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS nicht. Es handelt sich somit um eine vertragliche Koppelung. Durch die aktuelle Vertragsgestaltung wird – im Gegensatz zum betrachteten Leistungskatalog 2013 – der Upload auf AIPS als fester Bestandteil des D-Moduls angeboten (vgl. Rz 122). Dadurch liegt aktuell ebenfalls eine reine Bündelung vor.

[240] Clinipace AG, pharma services Oehler GmbH, Fast Lane Pharma Services GmbH, Drac AG, Five Office Ltd, Soweco GmbH, Parcopharm AG und Regulix GmbH.

[241] Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 7; teilweise auch Frage 8.

[242] Gemäss Leistungskatalog der Parteien, vgl. auch vorne Rz 82.

[243] Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.

D.4.4.4.3.3 Wettbewerbsbehinderung

430. In Zusammenhang mit den Verdrängungseffekten von Koppelungsgeschäften ist die Lehre einig, dass die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung grösser ist, wenn das marktbeherrschende Unternehmen dauerhaft eine Kopplungs- bzw. Bündelungsstrategie verfolgt,[244] was in casu der Fall ist. Durch diese zusätzliche Bündelung mit der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung ist es Documed/e-mediat möglich Konkurrenten, die lediglich die Qualitätssicherung anbieten, zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern. Zudem sind auch die Zulassungsinhaberinnen in der Situation, dass sie die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bei Documed/e-mediat beziehen müssen, auch wenn sie dies vielleicht gar nicht wünschen. Dadurch, dass die Vertretung in den Indices essentiell für die Prozesse bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern sowie den Softwarehäusern und somit für den ökonomischen Erfolg eines Arzneimittels ist, haben die Zulassungsinhaberinnen durch die reine Bündelung auch die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bei Documed/e-mediat zu beziehen.

431. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS musste zwar nicht zwangsläufig auch bei Documed/e-mediat bezogen werden, jedoch wurde dieser kostenlos dazu angeboten, weshalb für die Zulassungsinhaberinnen ein hoher ökonomischer Anreiz bestand, den Upload ebenfalls über Documed/e-mediat abzuwickeln, um Kosten zu sparen. Ansonsten würde für eine Leistung gesondert mehr bezahlt, als die Zulassungsinhaberinnen bezahlen müssten, wenn der Upload über Documed/e-mediat bezogen würde. Die Koppelung verdrängt somit Konkurrenten, die den Upload auf AIPS anbieten. Der Upload wird ebenfalls gebündelt angeboten, was die gleichen Verdrängungswirkungen zeitigt.

432. Gleichzeitig werden durch die Bündelung bzw. Koppelung auch Marktzutrittsschranken aufgebaut, da ein potentieller Wettbewerber, der lediglich die Qualitätskontrolle und/oder den Upload auf AIPS anbietet, gleichzeitig in den nachgelagerten Markt der veredelten maschinenlesbaren Daten einsteigen müsste, um Documed/e-mediat wirksam konkurrenzieren zu können. Wird hingegen nur die Qualitätskontrolle und/oder der Upload auf AIPS angeboten, haben die Zulassungsinhaberinnen keine (bzw. nur eine geringe) Nachfrage danach, da sie diese Dienstleistungen bereits von Documed/e-mediat beziehen (müssen).

433. Die Bündelung behindert aber nicht nur Dritte, sondern auch die Zulassungsinhaberinnen werden benachteiligt. Nehmen sie die Qualitätskontrolle selbst vor oder beauftragen einen Dritten, wirkt sich dies ausschliesslich kostentreibend aus, da sie anschliessend Documed/e-mediat erneut für die gleiche Dienstleistung bezahlen müssen, falls sie in den INDEX-Daten vertreten sein wollen.

434. Das Modulbundling zeitigt Verdrängungs- und Ausbeutungs- und somit wettbewerbsschädigende Effekte.

D.4.4.4.3.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

435. Schliesslich erwähnen die Parteien, dass selbst bei Annahme, dass die Aufnahme von Fach-und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken einerseits und die redaktionelle und technische Qualitätssicherung andererseits grundsätzlich trennbare Dienstleistungen seien, die Koppelung dieser Dienstleistungen zumindest als objektiv gerechtfertigt qualifiziert werden müsste. Die Tatsache, dass das Kompendium und die INDEX-Datenbanken äusserst sensitive Daten (Patientensicherheit) enthielten, für deren Korrektheit HCI ihren Vertragspartnern gegenüber Gewähr leiste, mache es unabdingbar, dass sich HCI bei jeder Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und in die INDEX-Datenbanken selber von deren Korrektheit und Vollständigkeit überzeugen müsse. Eine entsprechende redaktionelle und technische Qualitätssicherung gehöre zu den grundlegenden Anforderungen an eine sorgfältige und verantwortungsbewusste Leistungserbringung. Damit sei auch der Erfolg von HCI zu erklären.

436. In der Untersuchung *Publikation von Arzneimittelinformationen* wurde argumentiert, dass die Korrekturarbeiten im Vergleich zu den Standardprozesskosten vernachlässigbar tief seien und eine Trennung der Dienstleistungen wahrscheinlich insgesamt zu höheren Kosten führte.[245] Diese Argumentation ist auch in vorliegendem Fall denkbar. Doch wie bereits beschrieben, unterscheidet sich der Sachverhalt insofern, als es sich vorliegend bei der gebündelten Dienstleistung nicht um die gesetzlich vorgesehene Publikation handelt, sondern um die Aufnahme der Daten in *eine* Datenbank *eines* Datenveredlers. Zum Abschluss eines solchen Vertrages sind die Zulassungsinhaberinnen nicht durch gesetzliche oder regulatorische Vorgaben verpflichtet. Insofern ist es irrelevant, ob die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bloss einen vernachlässigbaren Teil der Kosten ausmacht, zumal *nach erfolgter Publikation* keine Nachfrage nach einer *erneuten* Kontrolle der Arzneimittelinformationen besteht. Folglich verfängt dieses Argument nicht. In einer Wettbewerbssituation könnten verschiedene Datenveredler keine der Publikation nachgelagerte Qualitätssicherung anbieten, da somit dieselbe Leistung mehrfach bezahlt würde.

437. Für die Aufnahme in die INDEX-Datenbank sind gewisse Arbeiten wie die Strukturierung und die Codierung der Arzneimittelinformationen unerlässlich, damit die Funktionen der Datenbank nicht beeinträchtigt sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle zu Effizienzgewinnen führt oder die Verdrängungseffekte überwiegen. Während

[244] Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl C 45/02, vom 24.2.2009, Rz 53 S. 15; CHRISTIAN AHLBORN/DAVID S. EVANS/A. JORGE PADILLA in: The Antitrust Bulletin/Spring-Summer 2004, The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality, 332.

[245] RPW 2008/3, 405 Rz 204, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

aber die Strukturierung und die Codierung in einem logischen, engen Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank verbunden sind, ist die redaktionelle und technische Qualitätssicherung nicht zwingend vorzunehmen. Es könnten ohne weitere Kontrolle die Arzneimittelinformationen aus AIPS in die Datenbank von Documed/e-mediat aufgenommen, in die entsprechende Struktur gebracht und codiert werden. Für die redaktionelle und technische Qualitätssicherung ist ein zusätzlicher Arbeitsschritt, der unabhängig von der Aufnahme in die Datenbank besteht, zu erbringen. Eine weitere Qualitätskontrolle ist jedenfalls nicht im Interesse der Zulassungsinhaberinnen, da diese potentiell bereits eine solche Dienstleistung eingekauft oder selbst entsprechende Aufwände haben (vgl. Rz 419 ff.).

438. Es ist denkbar, dass der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS mit geringen Kosten verbunden ist. Trotzdem überwiegen im vorliegenden Fall die Verdrängungswirkungen. Es wird der ökonomische Druck für die Aufnahme in die INDEX-Daten verwendet, um konkurrierende Anbieter der Dienstleistung des Uploads der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu verdrängen.

439. Auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bestehen hohe Marktzutrittsschranken. Andere Unternehmen, die die Qualitätssicherung und/oder den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS anbieten, können nicht ohne Weiteres eine solche Datenbank anbieten, weshalb eine wirksame Konkurrenz für das gesamte gekoppelte Angebot nicht möglich ist. Die Koppelung führt somit dazu, dass die Konkurrenz weitgehend ausgeschaltet wird, was nicht durch die möglichen Effizienzgewinne zu rechtfertigen ist.

D.4.4.4.3.5 Zwischenergebnis

440. Das vorliegend von Documed/e-mediat bzw. HCI vorgenommene Modulbundling erfüllt den Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG.

D.4.4.5 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

441. Die Preise für die Zulassungsinhaberinnen der Module im Leistungskatalog von Documed/e-mediat sind identisch, unabhängig davon, ob die Arzneimittelinformationen Änderungen erfahren haben oder nicht. Aufgrund dessen wird im Folgenden die Diskriminierung der Zulassungsinhaberinnen bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen geprüft.

D.4.4.5.1 Rechtliche Grundlagen

442. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG untersagt es marktbeherrschenden Unternehmen, Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen zu diskriminieren. Sie sind also an ein Gleichbehandlungsgebot gebunden. Eine Diskriminierung kann sowohl bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte (direkte Diskriminierung) als auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte vorliegen (indirekte Diskriminierung).[246] Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (legitimate business reasons).[247]

D.4.4.5.2 Gleichbehandlung

443. Im vorliegenden Fall fällt eine indirekte Diskriminierung in Betracht, da die Zulassungsinhaberinnen einen identischen Preis zu bezahlen haben, unabhängig davon, ob bei Documed/e-mediat aufgrund von Änderungen der Arzneimittelinformationen bzw. einer Neuaufnahme ein Arbeitsaufwand entstand oder nicht. Die Neuaufnahme ist zwar insofern preisrelevant, als sich die Anzahl der Medikamente und dadurch der Preis erhöht. Es besteht jedoch kein preislicher Unterschied zwischen der gesamthaften Neuerfassung der Medikamenteninformationen eines Arzneimittels in die Datenbank, der Änderung einzelner Punkte oder der kompletten Beibehaltung aller Informationen. Es stellt sich die Frage, wie bereits im Fall *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ob die identische Kostenfolge für veränderte und unveränderte Medikamenteninformationen eine Diskriminierung darstellt.

444. Betreffend die Aufnahme ins Kompendium ist festzuhalten, dass die WEKO 2008 eine einvernehmliche Regelung mit Documed genehmigt hat, in der sich diese verpflichtete «*für gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte von Fach- und Patienteninformationen tiefere Volumen- bzw. Produktionspreise als für veränderte Texte beizubehalten*». Die damalige Entscheidung erging in Bezug auf den Markt der Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sowie auf den Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk. Durch die Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen ist dieser Markt weggefallen. Das online-Compendium als solches ist zwar nicht mehr Publikationsmedium, blieb jedoch grundsätzlich bestehen. Es mutet deshalb seltsam an, dass das gleiche Unternehmen bei Wegfall des Marktes, auf dem es sich unzulässig verhielt, die identische Verhaltensweise auf einem damit verwandten Markt anwendet. Documed/e-mediat agieren bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen. Formal betrachtet stellt ein solches Verhalten keinen Verstoss gegen die einvernehmliche Regelung dar (Art. 50 KG), da der Verhaltensweise nicht derselbe Markt zugrunde liegt. Nichtsdestotrotz kann für mögliche Rechtfertigungsgründe vollumfänglich auf die Ausführungen im Fall *Publikation von Arzneimittelinformationen* verwiesen werden, da die Verhältnisse, insbesondere das Verhältnis zwischen unveränderten und veränderten Arzneimittelinformationen, nicht wesentlich geändert hat.[248]

---

[246] RPW 2008/3, 399 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherungen Kanton Luzern*; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 90 ff.

[247] Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

[248] RPW 2008/3, 401 Rz 162 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

445. Im vorliegenden Fall kann argumentiert werden, dass die Interaktionsprüfung für den weiteren Vertrieb der Datenbank auch zusätzlichen Aufwand bei Arzneimitteln, deren Arzneimittelinformationen unverändert blieben, auslösen. M.a.W. kann sich eine Änderung bei verschiedenen Arzneimitteln ergeben, wenn z.B. Arzneimittel A (mit geänderten Arzneimittelinformationen) neu nicht mehr mit Arzneimittel B (mit identischen Arzneimittelinformationen) verträglich ist.

446. Dazu ist festzuhalten, dass dies, falls man eine Entschädigungspflicht bejahte, ebenfalls durch die im Vergleich erhöhte Gebühr der Zulassungsinhaberin der sich ändernden Arzneimittelinformationen abgegolten werden müsste. Zudem sind die Zulassungsinhaberinnen bei Bekanntwerden einer neuen Indikationen oder Kontraindikation verpflichtet, die Arzneimittelinformationen entsprechend anzupassen.

447. Auch HCI, e-mediat und Documed geben in der Begründung ihrer Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten der WEKO i.S. Ausstandsgesuch an, dass der Aufwand bei e-mediat vor allem dann anfällt, wenn die Arzneimittelinformationen neu oder in geänderter Form erfasst werden müssen. Umso weniger verständlich ist, weshalb preislich nicht zwischen diesen verschiedenen Sachverhalten unterschieden wird.

448. Durch diese Verhaltensweise werden Zulassungsinhaberinnen von unveränderten Arzneimittelinformationen […] gegenüber denjenigen mit veränderten Arzneimittelinformationen benachteiligt, da ihnen die Kosten unabhängig vom verursachten Aufwand auferlegt werden.

449. Die Parteien machen geltend, dass die Zulassungsinhaberinnen nicht die Dienstleistungen von HCI für einzelne Produkte, sondern für das gesamte Sortiment mit unterschiedlichem Mutationsumfang nachfragen. Es entspreche der Erfahrung von HCI, dass sich die kritisierten Effekte bereits innerhalb einer Vertragsperiode von einem Jahr ausgleichen würden. Die Zulassungsinhaberinnen würden zudem im Voraus bestimmbare Kosten bevorzugen, da diese in den jährlich zu erstellenden Budgets sicher eingeplant werden könnten. Wären die Kosten von den Mutationen abhängig, könne im Voraus nicht festgelegt werden, welche Gebühren anfallen werden.

450. Weiter beziehe HCI für die Anreicherung der INDEX-Daten Informationen von Drittanbietern, bspw. ein Teil der Daten zum Clinical Decision Support. Diese Kosten fielen ebenfalls unabhängig von Mutationen der einzelnen Arzneimittelinformationen an. Selbst wenn sich die Fachinformationen eines Produkts in AIPS nicht veränderten, seien aufgrund anderer Quellen Anpassungen in den INDEX-Daten notwendig.

D.4.4.5.3 Wettbewerbsbehinderung

451. Die Erhebung derselben Preise für unterschiedlich aufwändige Bearbeitungen der Medikamenteninformationen, wie etwa die Neuaufnahme, die Mutation oder gar die unveränderte Belassung einer Information in der Datenbank, führt zu einem Wettbewerbsnachteil derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche weniger Aufwand verursachen. […]. Auf dieses Argument erwidert die Partei, dass das undifferenzierte Preismodell nur für Zulassungsinhaberinnen eine spürbare Benachteiligung zur Folge hätte, die praktisch ausschliesslich mit unveränderten Arzneimittelinformationen in den Datenbanken vertreten sind. Ein solcher Fall sei HCI indessen nicht bekannt.

452. Aus der neuen Preisliste für das Jahr 2017 ergibt sich, dass HCI das Angebot in dieser Hinsicht angepasst hat. Hintergrund für die Anpassung des Angebots bilde aber nicht unbedingt der Gleichbehandlungsgedanke, sondern die Erkenntnis, dass die Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistungen der HCI lieber im Zeitpunkt der Produktelancierung über das Projektentwicklungsbudget und nicht über die laufenden Betriebskosten finanzieren würden. Die entsprechenden Rechnungen der HCI würden in Relation zu den entsprechenden Budgets im absolut vernachlässigbaren Bereich liegen. Der Gegenwert der Leistungen der HCI sei für die Zulassungsinhaberinnen demgegenüber sehr hoch. Die geplante Anpassung des Angebots komme den Zulassungsinhaberinnen entgegen.

453. Auch wenn mehrere Zulassungsinhaberinnen (z.B. 3M, Hoffmann La Roche, Doetsch Grether, Vifor International AG, IVF Hartmann, Beiersdorf, Armeeapotheke, Sérolab)[249] nur Medikamente, die seit Jahren zugelassen sind, vermarkten, vermisst die WEKO eine konkrete Beweisführung betreffend diesen Umstand während der Untersuchung. Die WEKO kommt deshalb trotzt jüngstem Wechsel der Tarifierung seitens HCI zum Schluss, dass in casu eine Wettbewerbsbehinderung und konkrete Diskriminierungsfälle nicht genügend bewiesen sind. Die bis anhin undifferenzierte Festlegung der Preise für die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbank seitens HCI liess sich nicht als kartellrechtlich problematisch erhärten.

D.4.4.5.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

454. Aufgrund der oben erwähnten Schlussfolgerungen erübrigt es sich, allfällige sachliche Rechtfertigungsgründe zu analysieren.

D.4.4.5.5 Zwischenergebnis

455. Die identische Kostenfolge für die Zulassungsinhaberinnen ungeachtet des tatsächlichen Aufwandes für die Belassung unveränderter Arzneimittelinformationen, die Mutationen von Arzneimittelinformationen und die Neuaufnahme von Arzneimittelinformationen führt zu keiner Diskriminierung den Handelspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG.

D.4.4.6 Gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)

456. Das vorliegende Untersuchungsverfahren klärte auch die Frage, ob sich HCI in Zusammenhang mit der Ausschreibung von AIPS unzulässig verhielt, indem sie die Mitbewerber für die Ausschreibung betreffend den Preis missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. d KG unterbot.

[249] https://www.swissmedic.ch/arzneimittel/00156/00221/00222/00230/index.html?lang=de, Excel-Version erweiterte Präparateliste (Erstzulassungsdatum Präparat)

D.4.4.6.1 Rechtliche Grundlagen

457. Gemäss der Botschaft ist der Tatbestand der Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen («predatory pricing») erfüllt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ohne Aussicht auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen ausgewählten, schwächeren Konkurrenten vom Markt verdrängen will und anschliessend, nachdem der Konkurrent aus dem Markt ausgeschieden ist, die Preise über das Marktniveau heben kann. Die Bestimmung, ob eine Tiefpreisstrategie Ausdruck von Leistungswettbewerb ist oder ausschliesslich aufgrund von Verdrängungszielen verfolgt wird, muss anhand der Gesamtumstände beurteilt werden. Die angewandten Preise müssen dabei nicht zwangsläufig unter den Selbstkosten liegen.[250]

458. Grundsätzlich ist es dem Marktbeherrscher nicht untersagt, tiefe Preise zu offerieren. Diese sind im Gegenteil Ausdruck davon, dass der Wettbewerb trotz der Marktbeherrschung funktioniert und auch das marktbeherrschende Unternehmen durch ein effizientes Verhalten versuchen muss, Marktanteile zu halten oder zu vergrössern. Das Kartellgesetz soll nicht ineffiziente Konkurrenten vor dem Wettbewerb mit dem Marktbeherrscher schützen.[251] Die missbräuchliche Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen unterscheidet sich aber vom erwünschten Kampf um Marktanteile durch die Verdrängungsabsicht. Das marktbeherrschende Unternehmen verzichtet auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung, um nach dem Ausscheiden der Konkurrenten aus dem Markt die Preise über das Wettbewerbsniveau erhöhen zu können. Es ist aber auch denkbar, dass das marktbeherrschende Unternehmen in einem verwandten Markt aufgrund der Verdrängung eine Gewinnmaximierung anstreben kann. Die Wirksamkeit des predatory pricing gegen potentielle Wettbewerber dürfte höher eingeschätzt werden als gegenüber aktuellen Konkurrenten.[252]

459. Die WEKO und das Sekretariat haben diesen Tatbestand in der Praxis bereits geprüft.[253] Dabei wurde insbesondere untersucht, ob eine systematische Vorgehensweise vorliegt, gegen wen die Strategie gerichtet ist, ob die Möglichkeit der kurzfristigen Gewinnmaximierung vorhanden ist und ob die Möglichkeit besteht, die Preise wieder anzuheben, sobald die Konkurrenten aus dem Markt verdrängt wurden.[254] Ein besonderes Augenmerk lag jeweils bei der Preisgestaltung während der Tiefpreisstrategie. Dabei wurde in den bisherigen Fällen geprüft, ob die Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen.[255] Zudem wurde geprüft, ob eine allfällige Tiefpreisstrategie branchenüblich ist.[256]

460. Auch die europäische Praxis verbietet eine Preisunterbietung mit Verdrängungsabsicht. In der Praxis der europäischen Gerichte wird ebenfalls betrachtet, wie die Preise in Relation zu den Kosten stehen. Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, wurden dabei stets als unzulässig betrachtet, da kein anderes Ziel als die Verdrängung der Konkurrenten denkbar ist. Bei Preisen über den durchschnittlichen variablen Kosten, jedoch unter den durchschnittlichen Gesamtkosten – also Fixkosten plus variable Kosten –, muss zudem eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden.[257] In einem Fall hat der EuGH sogar Preise, die über den durchschnittlichen Gesamtkosten lagen, aber stets unter den Preisen des Konkurrenten festgelegt wurden, als missbräuchlich betrachtet.[258] Diese Praxis wurde in der Lehre stark kritisiert, da Preise über den Gesamtkosten stets als zulässig zu betrachten seien, weil sie gewünschten Leistungswettbewerb darstellten.[259]

461. Untersucht wird vorliegend die Preisgestaltung und die Strategie der Offerte bei der Ausschreibung von AIPS (vgl. Rz 31 ff.) seitens HCI.

D.4.4.6.2 Unterbietung von Preisen

462. HCI offerierte für die Implementierung von AIPS einen Preis von CHF […] und für den jährlichen Betrieb einen Preis von CHF […]. Damit lag das Angebot deutlich unter denjenigen der anderen Offerenten. Diese offerierten Preise für die Implementierung in der Höhe von CHF […] bis CHF […] und für den jährlichen Betrieb in der Höhe von CHF […] bis CHF […], wobei die jährlichen Preise für den Betrieb von einzelnen Offerenten nicht jedes Jahr gleich hoch offeriert wurden (alle Preise exkl. MwSt.). Besonders betreffend Implementierung sticht der Unterschied zwischen den Offerten ins Auge. Die Steigerung zum zweitgünstigsten Angebot (abgegeben von […]) beträgt […] %. Die weiteren Angebote weisen untereinander hingegen einen viel kleineren Unterscheid auf. Die nachfolgende Tabelle zeigt die prozentuale Erhöhung der offerierten Preise je Stufe.

[250] Botschaft KG 1995 (Fn 106), 572 f.
[251] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 324; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 193.
[252] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 372.
[253] RPW 1997/3, 310 f. Rz 25 ff., *Telecom PTT/Flexnet*; RPW 1997/4, 502 f. Rz 78 ff., *Recymet AG*; RPW 2002/3, 432 ff. Rz 6, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*; RPW 2003/1, 64 ff. Rz 12 ff., *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*; RPW 2004/4, 1012 f. Rz 48 ff., *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.
[254] RPW 2002/3, 432 ff. Rz 6, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*.
[255] RPW 2004/4, 1012 Rz 50 f., *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.
[256] RPW 2003/1, 66 ff. Rz 19 ff., *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*.
[257] Urteil des EuGH vom 3.7.1991 C-62/86 *AKZO Chemie BV/Kommission*, Slg. 1991 I-3453 ff. Rz 63 ff.; Urteil des EuGH vom 14.11.1996 C-333/94 P *Tetra Pak International/Kommission*, Slg. 1996 I-6011 ff. Rz 39 ff.; Urteil EuG vom 30.1.2007 T-340/03 *France Télecom/Kommission*, Slg. 2007 II-167 ff. Rz 170 ff.; bestätigt durch Urteil EuGH vom 2.2.2009 C-202/07 P *France Télecom/Kommission*, Slg. 2009 I-2369 ff. Rz 95 ff.
[258] Urteil EuGH 16.3.2000 C-395/96 P und C-396/96 P C*ompagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S/Kommission*, Slg. 2000 I-1365 ff. Rz 111 ff.
[259] Statt vieler: MASSIMO MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, 2004, 442.

Tabelle 4: Offerierte Preise für die Implementierung

Implementierung	Offerte	Steigerung in %
[HCI]	CHF […]	
[…]	CHF […]	+ […]
[…]	CHF […]	+ […]
[…]	CHF […]	+ […]

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

463. Der Unterschied betreffend den Betrieb ist viel geringer, aber auch diesbezüglich stellte HCI das günstigste Angebot, wie die nachfolgende Tabelle aufzeigt. Die prozentuale Erhöhung bezieht sich jeweils auf den Gesamtbetrag der Vorstufe:

Tabelle 5: Offerierte Preise für den Betrieb

In CHF	1. Jahr	2. Jahr	3. Jahr	4. Jahr (optional)	5. Jahr (optional)	Gesamt	Steigerung in %
[HCI]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	+[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	+[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	+[…]

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

464. Der anfallende Arbeitsaufwand für die Implementierung bei HCI wurde anlässlich der Zeugeneinvernahme des verantwortlichen Entwicklungs- und Projektleiters für AIPS, […], eruiert. […] führte aus, dass AIPS eine «Miniausgabe» von einem System sei, das HCI/Documed/e-mediat bereits entwickelt hätten (Compendium). AIPS sei im Vergleich zu diesem System relativ «primitiv». Folglich seien ca. 90 % der Software bereits vorhanden gewesen. Dass HCI die Implementierung mit Abstand am günstigsten offerieren konnte, überraschte den Zeugen nicht und er führte dies auf die bereits ausgeführten Umstände zurück, nämlich dass das Know-how und Teile der Software bereits vorhanden gewesen seien.

465. Im Vergleich zwischen dem im Konzern bereits vorhandenen Compendium und dem nachgefragten AIPS[260] fällt tatsächlich auf, dass die Funktionen bereits zum grössten Teil im Compendium vorhanden waren bzw. die Funktionen für AIPS eher redimensioniert werden mussten. Es erscheint somit plausibel, dass HCI einen erheblich tieferen Aufwand für die Programmierung hatte als Konkurrenten, die keine solche Software bereits im Einsatz hatten. Auch die unterlegenen AIPS-Offerenten gaben bei deren Befragung an, dass der von HCI offerierte Preis nachvollziehbar ist, falls eine entsprechende Software bereits grösstenteils vorhanden gewesen sei und nicht neu entwickelt werden musste. Dies würde den Unterschied zu den von ihnen offerierten, deutlich höheren Preisen erklären.

466. Auch wenn das System bereits vorhanden war, könnten die Kosten für dessen Entwicklung den Nachfragerinnen und Nachfrager in Rechnung gestellt werden. Dies wäre normalerweise auch angezeigt, denn dadurch, dass der Staat mit AIPS die Publikation übernimmt, verliert Documed das gesamte Geschäftsfeld der Publikation der Arzneimittelinformationen. Auf diesem Markt kann danach kein Umsatz mehr erzielt werden, da die Publikation nur noch auf AIPS möglich ist. In der Konkurrenzsituation versuchte ein Unternehmen zwar günstiger zu offerieren als die Konkurrenten, jedoch trotzdem so, dass ein Gewinn erzielt werden kann. Immerhin wurde ein gesamtes, über Jahre hinweg entwickeltes System an Swissmedic verkauft. Auch im Sinne der Kostenwahrheit wäre somit die Verrechnung an Swissmedic angezeigt.

467. Documed/e-mediat/HCI verfolgen hingegen die Strategie, die Gesamtwertschöpfungskette zu kontrollieren und die Kosten des Gesamtsystems den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern sowie den Zulassungsinhaberinnen je hälftig zu verrechnen, wie vorstehend bereits ausführlich dargelegt wurde (vgl. B.4). Im Sinne dieses Gesamtplans ist es für sie erstrebenswert, auch die regulierte Publikation auf AIPS anzubieten. So kann verhindert werden, dass ein Konkurrent Know-how aufbaut und in einer späteren Phase Documed/e-mediat auch auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und damit auch auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen konkurrieren kann.

[260] Swissmedic, Beilage Pflichtenheft, Anforderungen an die Plattform.

468. Der offerierte Preis spricht dafür, dass sich HCI/Documed/e-mediat zu einer solchen Tiefpreisstrategie entschieden, um potentielle Konkurrenten vom Markteintritt fernzuhalten und Mehreinnahmen auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen zu erzielen sowie gegenüber den Zulassungsinhaberinnen Verträge über die Aufnahme der Medikamenteninformationen mit den damit verbundenen Einnahmen zu erzwingen. Obwohl die Kosten der Entwicklung der bereits vorhandenen Software in die Preiskalkulation hätten einbezogen werden können, wurde dies unterlassen. Um einen angemessenen Gewinn für das jahrelang entwickelte und nun wegfallende System zu erzielen, wäre der Einbezug dieser Kosten sogar nötig gewesen. Es liegt nahe, dass zum offerierten Preis kein Konkurrent offerieren konnte, da dieser eine entsprechende Software erst entwickeln musste, was zwangsläufig höhere Kosten verursacht. Durch die bewusst nicht einkalkulierten Preisfaktoren verhinderten HCI/Documed/e-mediat eine kurzfristige Gewinnmaximierung, die aus der Implementierung und dem Betrieb von AIPS hätte erzielt werden können. Ein solches Verhalten erscheint wirtschaftlich nur dann sinnvoll, wenn Gewinne entweder später oder in verwandten Märkten erzielt werden können.

469. In einem nächsten Schritt wären nun die Kosten zu analysieren, denn alleine aus dem Vergleich zwischen den Konkurrenten und dem Vorliegen einer Verdrängungsstrategie kann nicht auf eine missbräuchliche Unterbietung von Preisen geschlossen werden, da sich die Missbräuchlichkeit eines Preises an den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens zu orientieren hat.[261] Dabei stellen die Selbstkosten keine absolute Grenze dar, sondern es ist auch möglich, ein Verhalten als missbräuchlich zu bezeichnen, wenn die Preise über den Selbstkosten liegen und eine Verdrängungsstrategie vorliegt.[262]

470. Vorliegend ist zu beachten, dass Documed für die Publikation der Arzneimittelinformationen im gedruckten Werk und im online-Compendium zwischen 2009 und 2011 einen Aufwand von ca. CHF […] Mio. hatte. Documed verpflichtete sich die Preise kostenbasiert zu gestalten und nur die Publikation war Vertragsgegenstand. Für den Betrieb von AIPS wurde dagegen ein Preis von CHF […] pro Jahr offeriert.

471. Auf eine umfangreiche Kostenanalyse wird vorliegend jedoch verzichtet, da der Preismissbrauch gegenüber den Zulassungsinhaberinnen im Zentrum steht, weitere missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen wurden und der Aufwand einer Kostenanalyse in keinem Verhältnis zu dem möglichen Ergebnis eines weiteren Verstosses gegen Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 KG steht. Folglich wären solch umfangreiche, weitere Sachverhaltsermittlungen nicht verhältnismässig, um anschliessend möglicherweise feststellen zu können, dass auch ein weiterer Tatbestand erfüllt ist.

D.4.4.6.3 Zwischenergebnis

472. Zusammenfassend wird die Frage offen gelassen, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. d KG erfüllt ist, da eine umfangreiche Kostenanalyse nicht verhältnismässig wäre.

D.4.5 Ergebnis

473. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Untersuchungsadressaten unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b, c, e und f [recte: e und f] KG verhalten.

D.5 Massnahmen

474. 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 475 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 486 ff.).

D.5.1 Anordnung von Massnahmen

475. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.[263]

476. Vorneweg ist festzuhalten, dass sich Massnahmen nur solange rechtfertigen, wie ein entsprechendes tatbestandsmässiges Verhalten droht. Bei Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG kommt dabei insbesondere der Marktbeherrschung entscheidende Bedeutung zu. Eine grundsätzlich unter Art. 7 KG fallende Verhaltensweise ist nur dann tatbestandsmässig, wenn (auch) das Tatbestandselement der Marktbeherrschung vorliegt. Entsprechend droht auch höchstens so lange eine tatbestandsmässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG durch ein Unternehmen, wie dieses marktbeherrschend ist.

477. Sollte die Galenica-Gruppe in Zukunft über keine marktbeherrschende Stellung auf den beiden Märkten mehr verfügen, steht ihr daher die Möglichkeit offen, eine Änderung oder einen Widerruf der Massnahmen zu beantragen (Art. 30 Abs. 3 KG).

478. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnenden Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit bzw. Strafbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selbst, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktions- bzw. Strafdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.

[261] Siehe dazu auch die europäische Praxis: Urteil des EuGH vom 17.2.2011 C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011 I-00527, Rz 41.
[262] Vgl. Fn 250, 257.
[263] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 58 f.

D.5.1.1 Massnahmen betreffend die Einschränkung des Absatzes

479. Bezüglich der Einschränkung des Absatzes (Abschnitt D.4.4.3.1) kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsbehinderung beseitigen könnte. Ein Verbot der Verwendung der Exklusivitätsklauseln erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

480. Die Einschränkung des Absatzes erfolgt im vorliegenden Fall dadurch, dass in den Verträgen zwischen e-mediat und den Softwarehäusern Klauseln verwendet werden, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten bei e-mediat sowie eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf den INDEX-Daten beruhenden Software für die Softwarehäuser statuieren. Durch ein Verbot der Verwendung und Durchsetzung der entsprechenden Vertragsklauseln kann die Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden.

481. Der Galenica-Gruppe ist daher im Rahmen einer Massnahme die Verwendung und Durchsetzung von Vertragsklauseln in den Verträgen mit den Softwarehäusern zu untersagen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei e-mediat bzw. HCI vorsehen, oder solche, die eine anderweitige Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser verbieten.

D.5.1.2 Massnahmen betreffend das Modulbundling

482. Bezüglich des Modulbundlings (Abschnitt D.4.4.4.2) kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsbehinderung beseitigen könnte. Ein Verbot des Modulbundlings erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

483. Die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung betrifft das gebündelte Angebot verschiedener Dienstleistungen (insbesondere der redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen) mit der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices von Documed/e-mediat (vgl. Rz 413). Durch eine Entbündelung kann die Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden.

484. Die Galenica-Gruppe ist daher im Rahmen einer Massnahme zu verpflichten, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten.

485. Zudem ist die Galenica-Gruppe im Rahmen einer Massnahme zu verpflichten, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

D.5.2 Sanktionierung

D.5.2.1 Allgemeines

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

487. 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.[264] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[265]

D.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

D.5.2.2.1 Unternehmen

489. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.[266] Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 179 ff. verwiesen.

D.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

490. 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 zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält im Sinne von Art. 7 KG.

491. Zur Vermeidung von Redundanzen kann hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, insbesondere auf das Fazit in Rz 473. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

---

[264] Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.
[265] Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2034.
[266] Statt vieler: JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

D.5.2.3 Vorwerfbarkeit

492. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.[267] Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.[268]

493. Auch in der Entscheidung *Swisscom ADSL II* bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der WEKO, dass ein Organisationsverschulden ausreichend sei für die Bejahung der Vorwerfbarkeit und ein Organisationsverschulden nicht zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung führe.[269]

494. 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.[270]

495. 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,[271] 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.

496. Der Galenica-Gruppe ist vorliegend mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, es ist von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen.

497. Bei Unternehmen darf grundsätzlich vorausgesetzt werden, dass Kenntnisse über das Kartellgesetz bestehen.[272] Bei der Galenica-Gruppe sind auch tatsächliche Kenntnisse des Kartellgesetzes vorhanden, da sie bereits wiederholt in kartellrechtliche Verfahren involviert war.[273] Zur Zeit der Festlegung der Strategie zur Umsetzung der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen lief zudem bereits die Vorabklärung i.S. Medikamentenvertrieb in der Schweiz beim Sekretariat der WEKO (vgl. Rz 124). Bereits vor der Einführung des Leistungskatalogs 2013 und der Umgestaltung des Angebots wurde e-mediat noch im Dezember 2011 im Rahmen dieser Vorabklärung ein Auskunftsbegehren zugestellt, das die INDEX-Produkte zum Inhalt hatte. Ausserdem wurde zu einem früheren Zeitpunkt betreffend den Vertrieb der Datenbank eine Ausstiegsklausel für Softwarehäuser eingebaut, falls die WEKO eingreifen sollte.

498. Auch der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auch auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen musste sich die Galenica-Gruppe bewusst sein. Die durch die Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen wegfallenden Märkte für die Publikation von Patienteninformation online in einem vollständigen Werk und für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sind dem hier zu beurteilenden Markt benachbart. Auch war den Untersuchungsadressaten bewusst, dass Galdat lange Zeit das einzige Produkt auf dem entsprechenden Markt war. Zudem gingen sie selbst bei der Offertstellung im Jahr 2012 von einer Marktabdeckung von mehr als 90 % aus, was im Unternehmen zumindest eine Sensibilisierung für den Anwendungsbereich von Art. 7 KG hätte bewirken müssen. Damit war ihnen auch bewusst, dass sie auch gegenüber den Zulassungsinhaberinnen auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen marktbeherrschend waren.

499. Die Galenica-Gruppe musste sich während der Festlegung der Strategie somit möglichen kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen bewusst sein, sah jedoch nicht von deren Umsetzung ab und nahm die Verletzung der kartellrechtlichen Bestimmungen zumindest billigend in Kauf. Auch nach der Eröffnung der Untersuchung stellte die Galenica-Gruppe ihr Verhalten nicht

[267] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.
[268] Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.
[269] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 676 f., *Swisscom ADSL II*.
[270] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[271] 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 StGB. Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.
[272] RPW 2011/1, 190 Rz 560, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[273] RPW 2008/3, 385 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2010/4, 649, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*. Jüngst: RPW 2015/3, 363, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

ein. Durch die Untersuchungseröffnung wurde den Verantwortlichen eine mögliche kartellrechtliche Problematik erneut ins Gedächtnis gerufen, trotzdem unterliessen sie es aber, entsprechende Anpassungen zu tätigen bzw. oben beschriebene Verhaltensweisen zu unterlassen.

500. Insgesamt musste sich das Unternehmen während der gesamten Zeit der möglichen Kartellrechtswidrigkeit der verschiedenen Verhaltensweisen bewusst sein und nahm diese zumindest billigend in Kauf.

D.5.2.4 Bemessung

501. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne 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 stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion 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.

502. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der KG-Sanktionsverordnung[274] näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit[275] und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[276] 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.[277]

D.5.2.4.1 Maximalsanktion

503. 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,[278] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[279] Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und Art.5 VKU finden analoge Anwendung. 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 KG-Sanktionsverordnung genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

504. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten Gesellschaften (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a–d VKU). Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

505. Während des missbräuchlichen Verhaltens gehörten Documed, e-mediat und HCI zur Galenica-Gruppe. Im vorliegenden Fall ist auf die Geschäftsjahre 2013–2015 abzustellen. Der Gesamtumsatz der Galenica-Gruppe in der Schweiz betrug im Jahr 2013 CHF […], im Jahr 2014 CHF […] und im Jahr 2015 CHF […].[280] Der kumulierte Gesamtumsatz der letzten drei Jahre beträgt somit CHF […]. Die Maximalsanktion beträgt damit CHF […].

D.5.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

506. 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 KG-Sanktionsverordnung 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 erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

D.5.2.4.2.1 Basisbetrag

507. Der Basisbetrag beträgt gemäss KG-Sanktionsverordnung je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei

[274] Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[275] Art. 2 Abs. 2 SVKG.
[276] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.
[277] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[278] Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2037.
[279] Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2016/2, 428 Rz 326, *Altimum SA* (auparavant Roger Guenat SA.
[280] Dabei wurde jeweils der Nettoumsatz, aufgeschlüsselt nach geographischen Regionen aus den öffentlichen Geschäftsabschlüssen herbeigezogen und davon der «übrigen Betriebsertrag» abgezogen (Art. 4 VKU). Durch die Aufschlüsselung im Geschäftsabschluss ist damit zwar nicht ausgeschlossen, dass gewisse Beträge doppelt, d.h. unter dem Titel «Ertrag mit anderen Segmenten» und unter dem Titel «Übriger Betriebsertrag» abgezogen wurden. Rechtfertigen liessen sich auch weitere Ermittlungshandlungen oder ein lediglich proportionaler Abzug des «übrigen Betriebsertrags». Insgesamt führt die gewählte Vorgehensweise jedenfalls sicherlich nicht zu einer Benachteiligung der Parteien und da der Maximalbetrag der Sanktion offensichtlich unproblematisch ist erübrigen sich diesbezüglich auch genauere Abklärungen. Vgl. dazu auch die Ausführungen im Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 11.2.4, *Bayerische Motoren Werke AG*, dass die genaue Bestimmung der Maximalsanktion nicht notwendig ist, wenn deren Beachtung in der konkreten Sanktion offensichtlich unproblematisch ist.

der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.[281] Je nach Sachzusammenhang kann es aber angemessen sein, das Jahr der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als letztes Geschäftsjahr heranzuziehen, falls dieses einen engeren Bezug zum Verhalten hat.[282] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

D.5.2.4.2.2 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

508. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

509. Das Verhalten von Documed/e-mediat dauert weiterhin an, weshalb auf den Umsatz in den Jahren 2013–2015 abgestellt werden kann. Documed und e-mediat erzielten ihren Umsatz auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen, weshalb auf die kumulierten Umsätze von Documed und e-mediat abgestellt werden kann. Dieser entspricht CHF […] im Jahr 2013, CHF […] im Jahr 2014 und CHF […] im Jahr 2015. Der für die Berechnung des Basisbetrages massgebende Umsatz beträgt damit […]. Die Obergrenze des Basisbetrags beläuft sich somit auf CHF […].

510. Die Parteien beantragen eine massive Reduktion der Sanktion und bestreiten die Korrektheit der von der WEKO der Berechnung des Basisbetrags zugrunde gelegten Zahlen. Sie machen geltend, dass diverse Umsätze von den gesamten berücksichtigten Erträgen abgezogen werden müssten.

511. Diese Vorbringen verfangen nicht. Die WEKO legt der Berechnung des Basisbetrags wie erwähnt diejenigen Umsätze zugrunde, welche den angebotenen Dienstleistungen an Zulassungsinhaberinnen sowie Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern auf den relevanten Märkten entsprechen.

D.5.2.4.2.3 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

512. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

513. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung wird sich bei Missbräuchen nach Art. 7 KG der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0–10 % bewegen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Ausführungen kritisiert, da mit der Verordnungsbestimmung der Behörde ein Ermessenspielraum zur Anwendung eines Basisbetrags zwischen 0–10 % gegeben werden sollte, soll dieser nicht schematisch reduziert werden.[283] In der Folge wird deshalb die Art und Schwere der Verhaltensweise betrachtet, um den Basisbetrag innerhalb des gesamten gesetzten Ermessenspielraums festzusetzen.

514. Im vorliegenden Fall ist in Betracht zu ziehen, dass hinter der Verhaltensweise des Unternehmens eine gesamte Strategie stand, mit der die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfungskette gesichert bleiben soll. Es wurden sowohl im Hinblick auf die Ausschreibung von AIPS, das Verhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen, als auch auf das Verhältnis zu den Softwarehäusern und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern Massnahmen ergriffen, die die Einkünfte weiterhin sicherstellten, obwohl sich die regulatorischen Rahmenbedingungen änderten und andererseits potentielle Konkurrenten von den Märkten fernhielten, da hohe Marktzutrittsschranken und Querfinanzierungsmöglichkeiten erhalten blieben.

515. Zu der Gesamtstrategie kommt erschwerend hinzu, dass die Verdrängungswirkungen insbesondere in der Zeit, in der sich die Bedingungen änderten, ihre Wirkung zeitigten. Diese Zeit wäre für potentielle Konkurrenten besonders geeignet gewesen auf die Märkte vorzudringen. Zudem schreckte das Unternehmen trotz Eröffnung der Untersuchung durch die WEKO nicht davor zurück, die Verhaltensweise fortzuführen und weitere Elemente hinzuzufügen.

516. Durch die Verhaltensweise von Documed/e-mediat wurden gleichzeitig mehrere Varianten von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt, was an sich noch nicht besonders schwer wiegt, sondern es ist auf die konkreten Umstände abzustellen.[284] In vorliegendem Fall wurden verschiedene Verhaltensweisen an den Tag gelegt, die Teil einer Gesamtstrategie waren und diese Verhaltensweisen zeitigten sowohl Verdrängungs- als auch Ausbeutungseffekte. Dies ist als schwerwiegend zu beurteilen. Wie bereits ausgeführt (Rz 496 ff.) ist den Untersuchungsadressaten nicht bloss ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen, sondern sie waren sich der möglichen Unzulässigkeit der Verhaltensweise bewusst, sahen nicht von deren Umsetzung ab und nahmen den Kartellrechtsverstoss somit zumindest billigend in Kauf.

517. Abschliessend ist festzuhalten, dass (auch) aufgrund der Verhaltensweise kein Konkurrent wirklich in den Märkten Fuss fassen konnte und die Zulassungsinhaberinnen weiterhin zur Sicherung der Einnahmen herangezogen wurden, ohne dass dies wettbewerbsmässig begründet wäre. Die Verhaltensweise hat folglich ihr Ziel erreicht. Insgesamt wiegt das Verhalten der Galenica-Gruppe schwer.

---

[281] In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (zuletzt besucht am 12.10.2015).

[282] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 729, *Swisscom ADSL II*.

[283] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 8.3.4 m.w.H., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[284] BSK KG-CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK (Fn 100), Art. 49a KG N 52.

518. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall *Swisscom ADSL II* den Basisbetrag auf 8 % festgelegt und damit eine Reduktion des Basisbetrags, wie ihn die WEKO festgesetzt hat, vorgenommen.[285] In diesem Fall ging das Bundesverwaltungsgericht von einem grob fahrlässigen Verhalten seitens der Swisscom AG aus. Es scheint auch vor diesem Hintergrund angemessen, im vorliegenden Fall einen höheren Basisbetrag anzuwenden, denn es liegt zumindest ein eventualvorsätzliches Verhalten vor, mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG werden erfüllt, durch die sowohl Ausbeutungs- als auch Verdrängungseffekte erzielt werden. Zudem liegt eine Gesamtstrategie mit verschiedenen ergriffenen Massnahmen vor, das Unternehmen musste sich der Problematik besonders bewusst sein und die Verhaltensweise hat ihr Ziel erreicht. Insbesondere wenn durch strategische Entscheide eine marktbeherrschende Position missbraucht wird, hat die WEKO bereits in der Vergangenheit den Basisbetrag auf das Maximum von 10 % gesetzt.[286]

519. Zusammenfassend wird aufgrund der Art und Schwere des Verstosses, der Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Vorwerfbarkeit auf einen Basisbetrag von 5 % geschlossen. Dies entspricht einem Basisbetrag von CHF […].

D.5.2.4.2.4 Dauer des Verstosses

520. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). In der bisherigen Praxis hat die WEKO einen Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigten Jahr für eine Dauer zwischen einem und fünf Jahren angewandt.[287] Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und eine Erhöhung des Basisbetrages um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren als bundesrechtskonform beurteilt.[288] Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass auch eine flexiblere Verknüpfung einer ersten Teildauer von fünf Jahren mit dem Teilkoeffizienten von 50 % vorgenommen werden kann: «*Zum Beispiel kann für ein wettbewerbswidriges Verhalten mit einer kürzeren Laufzeit als fünf Jahren dennoch eine Erhöhung um 50 % vorgesehen werden, wenn der dadurch intendierte Zweck in Form der Verdrängung eines Konkurrenten in dieser Zeit vollständig erreicht wurde*.»[289] Im konkreten Fall bestätigte das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Dauercharakters des Wettbewerbsverstosses dennoch einen linearen Ansatz. In demselben Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat vorgenommen, ohne dabei das Verhältnis zu oben erwähntem Bundesgerichtsentscheid zu klären.

521. Im vorliegenden Fall begannen die Verhaltensweisen und die wettbewerbsschädigenden Effekte mit der Offertstellung an die Zulassungsinhaberinnen im September 2012. Der Vertrag wurde zwar erst ab dem Jahr 2013 offeriert, weshalb die Benachteiligungseffekte grundsätzlich erst ab dann Wirkung zeigten, doch bereits ab der Offertstellung (Ende September 2012) wurden die Märkte für potentielle Konkurrenten verschlossen. Bereits mit der Offertstellung wurde für potentielle Konkurrenten offensichtlich, dass Documed/e-mediat weiterhin über die Möglichkeit der Querfinanzierung und damit einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil verfügen werden. Da das Verhalten während der gesamten Zeit einerseits die Zulassungsinhaberinnen benachteiligt und andererseits die potentiellen Konkurrenten von den Märkten fernhält, ist von einer Dauerwirkung auszugehen und ein linearer Massstab anzuwenden, auch wenn die Verdrängungswirkungen besonders bei der Einführung von AIPS erfolgreich waren. Vor allem zum Zeitpunkt der Systemumstellung hätte mit Markteintritten gerechnet werden können. Die Verhaltensweise der Untersuchungsadressaten hält bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt an, weshalb bis Mitte Mai 2016 von einer Dauer von 44 Monaten ausgegangen werden kann. Die Wettbewerbsbehörden haben nun die Möglichkeit, nach der vom Bundesgericht als bundesrechtskonform bezeichneten Praxis den Sanktionsbetrag um 40 % zu erhöhen, da das vierte Jahr des Verstosses angebrochen ist oder aber nach der vom Bundesverwaltungsgericht angewandten Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat den Sanktionsbetrag um 33.3333 % zu erhöhen. In vorliegenden Fall wird die für das betroffene Unternehmen günstigere Erhöhung um 33.3333 % angewandt, was einem Betrag von CHF […] entspricht.

D.5.2.4.2.5 Erschwerende und mildernde Umstände

522. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

D.5.2.4.2.5.1 Erschwerende Umstände

523. Bei den erschwerenden Umständen wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG erhöht, insbesondere wenn das Unternehmen: a. wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat; b. mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist; c. die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonst wie zu behindern (Art. 5 Abs. 1 SVKG).

D.5.2.4.2.5.1.1 Wiederholter Verstoss

524. Ein wiederholter Verstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG liegt zunächst dann vor, wenn ein Unternehmen zu beurteilen ist, für welches die Wettbewerbsbehörden bereits in einem früheren Verfahren einen Kartellrechtsverstoss rechtskräftig festgestellt haben, mithin quasi ein «Rückfall» vorliegt. Ein wiederholter Verstoss liegt aber auch dann vor, wenn in einem einzigen Verfahren zugleich mehrere Verhaltensweisen

[285] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 747 f., *Swisscom ADSL II*.
[286] Vgl. jüngst *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 596 (zur Publikation vorgesehen).
[287] RPW 2014/4, 702 Rz 238, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[288] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72).
[289] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 755, *Swisscom ADSL II*.

– mit anderen Worten eine Handlungsmehrheit – zu beurteilen sind.[290] Diese zwei Fälle führen aufgrund unterschiedlicher Begründungen zu einer Sanktionserhöhung.

525. Die WEKO hatte sich in der Praxis bereits mehrfach mit dem wiederholten Verstoss durch mehrere Verhaltensweisen *innerhalb* eines Verfahrens auseinanderzusetzen. Den wiederholten Verstoss aufgrund eines bereits rechtskräftig festgestellten Verstosses wurde noch nie beurteilt. Die Lehre ist sich jedoch darüber einig, dass ein solcher unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG fällt,[291] schweigt sich jedoch darüber aus, wie stark eine Sanktion unter diesem Titel zu erhöhen ist.

526. Bei der Bemessung der Sanktion muss die WEKO sicherstellen, dass der Sanktion eine abschreckende Wirkung zukommt.[292] Der Wiederholungsfall ist ein Umstand, der eine erhebliche Erhöhung des Grundbetrags der Sanktion rechtfertigt, denn der Wiederholungsfall ist ein Beweis dafür, dass die zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war. Die Wiederholung eines Kartellrechtsverstosses nach der rechtskräftigen Feststellung ist folglich auch schwerer zu gewichten als der wiederholte Verstoss *innerhalb* einer Untersuchung, da das Unternehmen trotz rechtskräftiger Feststellung des Kartellrechtsverstosses sich erneut in unzulässiger Weise verhielt. Die zuvor ausgesprochene Sanktion – bzw. die Feststellung der Unzulässigkeit – zeitigte beim Unternehmen keine Wirkung, sondern im Gegenteil manifestiert dieses, dass es nicht gewillt ist, die Lehren aus dem vergangen Verhalten zu ziehen. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass bei einem wiederholten Verstoss das Verschulden tendenziell schwerer wiegt als beim erstmaligen Verstoss.[293]

527. Da die schweizerische Regelung keine genauen Angaben enthält, wie stark die Sanktion im Wiederholungsfall zu erhöhen ist, kommt der WEKO diesbezüglich ein Ermessensspielraum zu. Dieses Ermessen hat die WEKO pflichtgemäss, gestützt auf sachliche Kriterien und dadurch nachvollziehbar, auszuüben. In der Folge ist nun zu beurteilen, welche Kriterien zu berücksichtigen sind und wie stark die Sanktion zu erhöhen ist.

528. Bei wiederholten Verstössen *innerhalb* eines Verfahrens hat die WEKO in Fällen von horizontalen Abreden einen Zuschlag von 20 % für einen zweimaligen Verstoss[294] und in anderen Fällen einen Zuschlag von 50 % (3–10 Beteiligungen), 100 % (11–20 Beteiligungen) sowie 200 % (mehr als 20 Beteiligungen[295]) erhoben.

529. In der EU hält die Bussenleitlinie[296] in Ziffer 28 fest, dass «*der Grundbetrag der Geldbuße erhöht werden [kann], wenn die Kommission erschwerende Umstände wie beispielsweise die nachstehend aufgeführten feststellt: Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung, nachdem die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde festgestellt hat, dass das Unternehmen gegen Artikel 81 oder Artikel 82 verstoßen hatte; in diesem Fall wird der Grundbetrag für jeden festgestellten Verstoß um bis zu 100 % erhöht*.» Die Regelung in der EU ist damit enger gefasst als diejenige in Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG, denn in der EU muss die Zuwiderhandlung gleichartig oder ähnlich sein, während die Schweizer Regelung keine solche Einschränkung kennt und allgemein den wiederholten Verstoss als sanktionserhöhenden Tatbestand betrachtet.[297] Auf der anderen Seite enthält die Bestimmung der EU auch eine Angabe, wie stark die Sanktion erhöht wird. Bei der konkret angewendeten Erhöhung kommt der Kommission ein Ermessenspielraum zu. Dabei sind insbesondere folgende Umstände zu würdigen, ob das Unternehmen die Neigung hat, sich über die Regeln des Wettbewerbsrechts hinwegzusetzen:[298]

a. Gleichartigkeit der Zuwiderhandlung;

b. Zeit zwischen den Zuwiderhandlungen.

530. Die Festlegung der Obergrenze von **bis zu 100 %** in der EU wurde durch die Revision der Bussenleitlinie explizit eingeführt. Zuvor wurde ein wiederholter Verstoss ebenfalls bereits beachtet und in der Praxis oftmals mit 50 % berücksichtigt.[299]

531. Eine Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission und die dort aufgestellten Kriterien scheint sachgerecht:

---

[290] RPW 2010/4, 763 Rz 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2013/4, 625 f. Rz 975 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2009/3, 211, 215 f. Rz 104, 129, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 100), Art. 49a KG N 67.

[291] CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 252 f.; BSK KG-Tagmann/Zirlick (Fn 100), Art. 49a KG N 67; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, ZStP 2009 (Doss, Vertikalabreden, ZStP 2009), 156–193, Rz 295; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, Wettbewerbsrecht II Kommentar, Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Hrsg.), Nr. 2 Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG) / Art. 5, 2011, Rz 6.

[292] Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2036 f.

[293] BVGer B-420/2008 vom 1.6.2010, RPW 2010/2, 377 E. 2.4.4, *Strassenbeläge Tessin*.

[294] RPW 2010/4, 763 Rz 413 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

[295] RPW 2013/4, 626 Rz 978, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; der gleiche Massstab wurde auch in RPW 2012/2, 412 Rz 1126 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* angewandt.

[296] Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02).

[297] TAGMANN (Fn 291), S. 253; DOSS, Vertikalabreden, ZStP 2009 (Fn 291), Rz 295.

[298] Urteil des EuG vom 13.7.2011, T-38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV*, *Shell Nederland Chemie BV / Europäische Kommission*, Slg. 2011 II-04383, Rz 81 ff.; Urteil des EuG vom 27.9.2012, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV / Europäische Kommission*, Rz 244 ff.; Urteil des EuG vom 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin / Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, unterstützt durch Bandag Inc., Slg. 2003 II-04071, Rz 281 ff.; ferner: Urteil des EuGH vom 7.1.2004, verbundene Rechtssache C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA, vormals Unicem SpA, Cementir – Cementerie del Tirreno SpA / Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2004 I-00123, Rz 91.

[299] Urteil des EuG vom 27.9.2012, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV / Europäische Kommission*, Rz 244; Urteil des EuG vom 13.7.2011, T-38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV, Shell Nederland Chemie BV / Europäische Kommission*, Slg. 2011 II-04383, Rz 81; vgl. auch TAGMANN (Fn 291), S. 253.

532. Verstösst ein Unternehmen in gleicher Art und Weise gegen das Kartellgesetz, so ist dies als schwerwiegend einzustufen. Je mehr sich die Verstösse ähneln, desto erschwerender ist dieser Umstand zu gewichten.

533. Erfolgen wiederholte Verstösse gegen das Kartellgesetz in kurzer Zeitabfolge, ist dies schwerwiegender zu gewichten, als wenn zwischen den Verstössen eine lange Zeitdauer verstrichen ist. Anzumerken ist jedoch, dass in der EU auch die lange Dauer zwischen den Verstössen nicht gegen eine Bussenerhöhung spricht.[300] Wie es sich diesbezüglich in der Schweiz verhält, kann vorliegend offen bleiben.

534. In der Bussenleitlinie der EU ist festgehalten, dass die Busse für jeden festgestellten Verstoss um 100 % erhöht werden kann. Die Regelung in der KG-Sanktionsverordnung hält dagegen allgemein fest, dass eine Sanktionserhöhung im Falle des wiederholten Verstosses vorgenommen wird. Es scheint daher sachgerecht, dass die Anzahl der Verstösse auch bei einem wiederholten Verstoss nach der rechtskräftigen Feststellung berücksichtigt wird. M.a.W. kann in die Bemessung der konkreten Sanktionserhöhung davon abhängen, wie viel Mal bereits festgestellt wurde, dass das Unternehmen gegen das Kartellgesetz verstossen hat.

D.5.2.4.2.5.1.2 Anwendung auf den vorliegenden Fall

535. Im vorliegenden Fall steht im Vordergrund, dass 2008 betreffend Documed eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG rechtskräftig festgestellt wurde. Documed war bereits damals Teil der Galenica-Gruppe und war auch in der vorliegenden Untersuchung Untersuchungsadressat, bis Documed durch die Umstrukturierung in HCI aufging. Das Unternehmen hat also bereits gegen das Kartellgesetz verstossen und dieser Verstoss wurde auch rechtskräftig festgestellt.[301] Das Unternehmen verstösst mit dem vorliegenden Verhalten zum zweiten Mal und somit wiederholt gegen das Kartellgesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG.

536. Wie bereits im damaligen Entscheid wurde auch in vorliegendem Verfahren die unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG festgestellt.

537. Die rechtskräftige Verfügung betreffend die unzulässige Verhaltensweise im Verfahren *Publikation von Arzneimittelinformationen* ist noch nicht vor allzu langer Zeit ergangen. Zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Verhaltensweise, der Einführung des neuen Angebots ab Januar 2013 inkl. Offertstellung im Herbst 2012, sind weniger als fünf Jahre seit dem Abschluss des Verfahrens i.S. *Publikation von Arzneimittelinformationen* vergangen. Dies ist als eine eher schnelle Abfolge der Verstösse zu werten, zumal die Verfahren in Kartellrechtsangelegenheiten zur Sachverhaltsermittlung, aber auch Rechtsmittelverfahren eine gewisse Zeit dauern. So können auch Verhaltensweisen, die bereits eine gewisse Zeit zurückliegen, noch nicht rechtskräftig beurteilt sein (vgl. anschliessend Rz 540 ff.). Umso mehr ist bei Verstreichen von lediglich fünf Jahren auf eine kurze Abfolge zu schliessen.

538. Die Neigung des Unternehmens, sich allgemein über die Regeln des Kartellgesetzes hinwegzusetzen, kann sich zudem durch einzelfallspezifische Umstände zeigen, die über das bereits Ausgeführte hinausgehen. Solche Elemente können zu der rechtskräftigen Feststellung hinzutreten. Nicht zur Beurteilung unter diesem Punkt geeignet sind die Art und Schwere des Verstosses, da dies bereits bei der Bemessung des Basisbetrages Berücksichtigung findet.

539. Das Sekretariat hat andere Verfahren gegen die Galenica-Gruppe geführt, wie die Vorabklärung i.S. Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG[302], die nicht zu einer Feststellung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens geführt haben. In diesem Schlussbericht zur Vorabklärung wurde festgehalten, dass Hinweise auf eine missbräuchliche Verhaltensweise seitens Alloga bestanden und das Sekretariat diesbezügliche Anregungen zur Beseitigung gemacht hat, deren Umsetzung von Alloga zugesichert wurde. […] Das Vorliegen solcher Indizien kann jedoch, auch wenn das Unternehmen sinngemäss als unterlegen gilt, nicht zu einer zusätzlichen Sanktionsschärfung herangezogen werden, da die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt und keine Untersuchung eröffnet wurde.

540. In der Untersuchung Hors-Liste wurde eine Abrede zwischen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten und Apotheken festgestellt. Betreffend die Gesellschaften Galexis AG (Galexis AG ist Teil der Galenica-Gruppe; vgl. Abbildung 3) und e-mediat wurde festgestellt, dass diese Gehilfenhandlungen zu vorgenannten Wettbewerbsverstössen tätigten und diese Gehilfenhandlungen ebenfalls gegen das Kartellgesetz verstossen haben.[303]

541. Gegen die Verfügung der WEKO wurde ein Rechtsmittel ergriffen und das Bundesverwaltungsgericht hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerden bestimmter Verfügungsadressaten, u.a. derjenigen der Galenica-Gruppe, gut.[304] Die dagegen vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht gut.[305] Zurzeit ist der Fall wieder beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Da dieser Fall noch nicht rechtskräftig ist, kann daraus nicht auf einen wiederholten Verstoss im Sinne eines «Rückfalls» geschlossen werden.

[300] Urteil des EuG vom 30.9.2003, T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, unterstützt durch Bandag Inc., Slg. 2003 II-04071, Rz 290 (in diesem Fall liegen 20 Jahre zwischen der ersten und der zweiten Entscheidung).

[301] RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

[302] RPW 2015/3, 363, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

[303] RPW 2010/4, 701 Dispositivziffer 3, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

[304] Urteil des BVGer B-323/2010 vom 3.12.2013.

[305] BGE 141 II 66; Entscheidung gegen die Galenica-Gruppe im Besonderen: Urteil des BGer, 2C_77/2014 vom 28.1.2015.

542. Insgesamt sind die kurze Dauer seit dem letzten Verstoss sowie die Gleichartigkeit des Verstosses erschwerend zu berücksichtigen, weshalb die Sanktion unter dem Punkt des wiederholten Verstosses im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG um 20 % erhöht wird, was insbesondere auch mit dem im Vergleich dazu weniger gravierenden mehrfachen Verstoss innerhalb eines Verfahrens und der dazu ergangen Praxis angemessen erscheint. Dies entspricht einem Betrag von CHF […].

D.5.2.4.2.5.2 Mildernde Umstände

543. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26 bis 30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG).

544. Es liegen in casu keine mildernden Umstände vor. Weder haben die Untersuchungsadressatinnen die Verhaltensweisen eingestellt, noch liegt eine überdurchschnittliche Kooperation vor.

D.5.2.5 Ergebnis

545. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 4'546'123.– als dem Verstoss der Galenica-Gruppe gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

546. Die Sanktionsberechnung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

In CHF				
Maximalsanktion	**2013**	**2014**	**2015**	**2013 – 2015**
Gesamtumsatz in der Schweiz	[…]	[…]	[…]	[…]
Maximalsanktion: 10 %				[…]
Konkrete Sanktionsberechnung				
Umsatz auf den relevanten Märkten	[…]	[…]	[…]	[…]
Obergrenze Basisbetrag: 5 %				[…]
Konkreter Basisbetrag: 5 %				[…]
Zuschlag für die Dauer: + 33.33 %				[…]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG				[…]
Erschwerende Umstände				--
Zuschlag für wiederholten Verstoss: 20 %				[…]
Mildernde Umstände				--
Konkrete Sanktion				**4‘546‘123**

E Kosten

547. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[306] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

548. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wird.[307] Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.[308]

549. Vorliegend ist eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen, da eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (vgl. das Ergebnis in Rz 473). Damit rechtfertigt es sich, den damit in Zusammenhang stehenden Grossteil des Untersuchungsaufwandes und damit der Kosten den Parteien zu überwälzen. Nichtsdestotrotz wird in Anbetracht des vom Antrag des Sekretariates abweichenden Entscheides der WEKO ein pauschaler Abzug in Höhe eines Drittels der Kosten für diejenigen Tatbestände, welche sich nicht erhärtet haben, gewährt und ausgeschieden zulasten der Staatskasse.

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

551. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 3‘132 Stunden. Demnach belaufen sich die Kosten auf CHF […]. Den Parteien wird eine Gebühr in Höhe von CHF […] auferlegt.

[306] Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[307] BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.
[308] BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, Rz 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*; RPW 2016/1, Rz 462, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

552. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten, das heisst HCI und Galenica, unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V. mit Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

F Ergebnis

553. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

554. Die Galenica-Gruppe verfügt mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI (bzw. früher mittels der Tochtergesellschaften Documed und e-mediat, die in HCI integriert wurden) auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 256).

555. Die Galenica-Gruppe verfügt mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI (bzw. früher mittels der Tochtergesellschaften Documed und e-mediat, die in HCI integriert wurden) auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 267).

556. Des Weitern missbrauchte die Galenica-Gruppe ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, indem sie in den Verträgen mit den Softwarehäusern eine Alleinbezugspflicht für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten sowie eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der Software vorsah (vgl. Rz 389).

557. Zudem missbrauchte die Galenica-Gruppe ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen, indem sie die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen und den Upload auf AIPS an die Aufnahme der Daten in die INDEX-Datenbank gebündelt hat (vgl. Rz 440).

558. Die Galenica-Gruppe hat sich deshalb nach Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. e und f KG unzulässig verhalten (vgl. Rz 473).

559. Die Galenica-Gruppe ist dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 486 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung der Galenica-Gruppe mit einem Betrag von CHF 4‘546‘123.– angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 545 ff.).

560. Der Galenica-Gruppe wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, Vertragsklauseln in den Verträgen mit den Softwarehäusern zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei e-mediat bzw. HCI oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser statuieren, (vgl. Rz 479 ff.).

561. Die Galenica-Gruppe wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten (vgl. Rz 482).

562. Dementsprechend erübrigen sich die von den Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 13. Juli 2017 Anträge in Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens, der Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen sowie in Zusammenhang mit der Sanktion. Der Aberkennungsantrag betreffend den vorgelagerten Markt der Publikation von FI und PI online jeweils in einem vollständigen Werk wird, sofern daran festgehalten wird, in einem separaten Verfahren behandelt werden (vgl. Rz 170).

563. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in Höhe von CHF […] der Galenica-Gruppe aufzuerlegen (vgl. Rz 551).

G Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Galenica AG mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI Solutions AG seit dem 01. Januar 2013 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

2. Galenica AG und HCI Solutions AG wird untersagt, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei HCI Solutions AG oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser vorsehen.

3. Galenica AG und HCI Solutions AG werden verpflichtet, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Die Galenica AG und ihre Tochtergesellschaft HCI Solutions AG werden verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

4. Galenica AG und HCI Solutions AG werden in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V. mit Art. 7 KG wegen unzulässiger Verhaltensweise mit einem Betrag von CHF 4‘546‘123.– belastet. Der Betrag von insgesamt CHF 4‘546‘123.– wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

5. Die Beweisanträge von Galenica AG und HCI Solutions AG, inklusive derjenigen, die durch die früheren Tochtergesellschaften Documed AG und e-mediat AG eingereicht wurden, werden abgewiesen.

6. Die Verfahrenskosten in Höhe von CHF […] werden Galenica AG und HCI Solutions AG auferlegt.

7. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

8. Die Verfügung wird eröffnet an:
   - Galenica AG, 3027 Bern
   - HCI Solutions AG, 3027 Bern
9. Eine Kopie der Verfügung wird zugestellt an:
   - ywesee GmbH, 8006 Zürich
   - vips Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz, 6304 Zug

[Rechtsmittelbelehrung]

Anhang 1

Preisliste Kalenderjahr | 2013

Documed
Documed AG
Elisabethenanlage 11 · Postfach · CH-4010 Basel
Telefon +41 58 851 21 11 · Fax +41 58 851 21 15
info@documed.ch · www.documed.ch

e-mediat
e-mediat AG
Untermattweg 8 · Postfach · CH-3027 Bern
Telefon +41 58 851 26 00 · Fax +41 58 851 27 10
info@e-mediat.ch · www.e-mediat.ch

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

Stand: **19. 9. 2012**
Beilage 2

Mehrjahresverträge: 2 Jahre: 10% | 4 Jahre: 20%

Gültig für die Bearbeitung und Publikation von Fach- und Patienteninformationen der Swissmedic Abgabekategorien A-D.
Die Module D+E sind unabhängig von einander buchbar.
Kompensationsrabatt: Bei einem Mehrjahresvertrag (D1+E1) von 4 Jahren wird eine Kostenreduktion von 5% bei gleichem Sortiment gegenüber dem Übergangsjahr 2012 garantiert. Sollte der Tarifsystemwechsel bei Vertragsabschluss zu einer Verschlechterung führen, wird für die Vertragsdauer jeweils auf den errechneten Preis ein prozentualer Kompensationsrabatt in der Höhe der Reduktion auf das Ersparnisziel bei Vertragsabschluss gewährt.
Bei Neuanmeldungen bis zum 30. 06. des jeweiligen Jahres wird das ganze Jahr verrechnet. Bei Neuanmeldungen resp. Abmeldungen ab 01. 07. des jeweiligen Jahres, wird das halbe Jahr verrechnet.
Alle Rabatte (Mehrjahresvertrag, Staffelrabatt, Kompensationsrabatt) gelten nur bei Vertragsschluss bis 30. 11. 2012.

MODUL D1: pro Fachinformation, inkl. Patienteninformation:
(nur das gesamte Sortiment buchbar)

Preise

KATEGORIEN	CHF/PRO FACHINFORMATION
Rx-P	600.00
Rx-G	400.00
OTC	200.00

MODUL D2:
- USP-Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler
- Anforderung von Besuchsterminen
- Weiterleitung auf eigene Webseiten
- Anforderung von Musterpackungen

pro Fachinformation:
(selektiv buchbar)

Preise

CHF/PRO FACHINFORMATION
12 000.00

MODUL E1: pro Artikel/Pharmacode:
(nur das gesamte Sortiment buchbar)

Preise

KATEGORIEN	CHF/PRO ARTIKEL/PHARMACODE
Rx-P	3 800.00
Rx-G	1 100.00
OTC	600.00

Reduzierter Tarif:
Bei einem Ex-factory Umsatz von < CHF 10 000/ Artikel/Kalenderjahr:

Rx-P	1 900.00
Rx-G	550.00
OTC	300.00

(auf der Basis des von IMS erfassten Umsatz des Vorjahres) auf Antrag und nach Selbstdeklaration des Kunden

Staffelrabatt

RABATT	AB ANZAHL ARTIKEL/PHARMACODE
2%	50
5%	150
10%	300
15%	600

Legende: **Rx-P: verschreibungspflichtig | patentgeschützt**
Rx-G: verschreibungspflichtig | patentfreie- und im Generika-Wettbewerb
OTC: nicht verschreibungspflichtig

Die Preise beinhalten die deutsche und französische Ausgabe, exkl. 8% MwSt.
Bearbeitete jedoch von der Publikation abgemeldete Fach- und Patienteninformationen werden zu 50% belastet.

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. Porsche/Munich RE/JV**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. April 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. April 2020

1. Am 27. März 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Dr. Ing. h.c. F. Porsche Aktiengesellschaft (nachfolgend: Porsche) und der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft Aktiengesellschaft (nachfolgend: Munich RE) erhalten. Der gemeldete Zusammenschluss hat die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG[1] i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU[2] durch die genannten Unternehmen zum Gegenstand.

2. **Porsche** gehört zur Volkswagen-Gruppe (VW-Gruppe). Die Aktien von Porsche werden zu 100 % von der Porsche Holding Stuttgart GmbH (Sitz in Stuttgart, Deutschland) gehalten, die ihrerseits eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Volkswagen Aktiengesellschaft (nachfolgend: VWAG), der Muttergesellschaft der VW-Gruppe, ist. Porsche ist eine deutsche Automobilherstellerin, die sich auf das Design, die Herstellung und den Vertrieb von Hochleistungssportwagen, SUVs und Limousinen spezialisiert hat. Der Hauptsitz von Porsche befindet sich in Stuttgart, Deutschland.

3. Die **VW-Gruppe** ist weltweit in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und dem Verkauf von Personenkraftwagen, leichten Nutzfahrzeugen, Lastkraftwagen, Bussen, Fahrgestellen für Busse und Dieselmotoren, Motorrädern, jeweils einschliesslich Ersatzteilen und Zubehör, tätig. Die VW-Gruppe ist auch im Fahrzeugvertrieb tätig. Zur VW-Gruppe gehören die Fahrzeugmarken Volkswagen Pkw, Volkswagen leichte Nutzfahrzeuge, Porsche, Audi, Skoda, Bentley, Bugatti, Lamborghini, SEAT, MAN, Scania und Ducati.

4. Die **Munich RE** ist eine internationale Versicherungsgesellschaft mit Sitz in München, Deutschland, deren Aktien sich im Streubesitz befinden. Munich RE deckt die gesamte Wertschöpfungskette der Rückversicherung, der Erstversicherung (z.B. ERGO) und der versicherungsnahen Risikolösungen ab und bietet auch Dienstleistungen im Bereich Asset Management an.

5. Der gemeldete Zusammenschluss hat die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU durch Porsche und Munich RE zum Gegenstand. Porsche, über ihre Tochtergesellschaft MHP Management- und IT-Beratung GmbH (nachfolgend: MHP), und Munich RE beabsichtigen die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens mit Sitz in Stuttgart, Deutschland, welches als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht gegründet werden soll. Die neu gegründete Gesellschaft wird zu je 50 % im Eigentum von Porsche und Munich RE stehen und damit von den Parteien gemeinsam kontrolliert werden.[3]

6. Porsche beabsichtigt über ihre Tochtergesellschaft MHP ihre Aktivitäten im Bereich der Dienstleistungen für die digitalisierte Fertigung zu verstärken. Nach dem allgemeinen Übergang zu einer hochgradig digitalisierten Wirtschaft (Industrie 4.0) ist es die Aufgabe von MHP, auf der Grundlage des «Internet der Dinge» Lösungen für die Fragen von morgen in Bezug auf vernetzte Fertigungsprozesse und künstliche Intelligenz anzubieten.[4] Für Munich RE stellt die Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen nicht nur eine interessante finanzielle Investitionsmöglichkeit dar, sondern bietet ihr auch die Möglichkeit, Risikomanagement, Know-how und Versicherungslösungen im Zuge der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft weiterzuentwickeln. […].[5]

7. Das Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission am 13. März 2020 gemeldet und von dieser geprüft. Am 15. April 2020 hat sie den Zusammenschluss freigegeben.

8. Porsche und Munich RE werden gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben. Gemäss der Meldung sind in Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen für das Vorliegen des Vollfunktionscharakters gemäss Praxis der WEKO erfüllt.[6] Das Gemeinschaftsunternehmen wird auf dauerhafter Basis alle Tätigkeiten einer wirtschaftlich selbständigen Einheit ausüben.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[3] Meldung Rz 20.
[4] Meldung Rz 33.
[5] Meldung Rz […].
[6] Meldung Rz 40 ff.; vgl. beispielshaft RPW 2017/3, 462, BMW/Daimler/Ford/Porsche.

9. Das Gemeinschaftsunternehmen wird IT-Beratungs- und Nebendienstleistungen für Dritte im Zusammenhang mit der Planung, Einrichtung und dem Betrieb von digitalen und flexiblen Produktionsumgebungen, d.h. **«Smart Factory»-Dienstleistungen** erbringen.[7] Diese Tätigkeit soll sich zunächst auf die Automobilindustrie konzentrieren, das Gemeinschaftsunternehmen soll aber generell Kunden in allen Industriebereichen bedienen.[8] Geschäftsbeziehungen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen würden «at armth length» erfolgen[9].

10. Die Parteien erzielten 2018 einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Milliarden. In der Schweiz erzielten die Parteien 2018 einen Umsatz von je über CHF 100 Millionen. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind damit überschritten und der beabsichtigte Zusammenschluss ist meldepflichtig.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien in den Bereichen IT-Beratungs- und Nebendienstleistungen im Zusammenhang mit der Planung, Einrichtung und dem Betrieb von digitalen und flexiblen Produktionsumgebungen, d.h. «Smart Factory»-Dienstleistungen und damit das zukünftige Geschäftsfeld des Gemeinschaftsunternehmens.

12. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der relevante Produktmarkt alle Waren oder Leistungen, die einerseits von den Abnehmern und andererseits von den Anbietern hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

13. In ihren bisherigen Entscheiden[10] erwog die WEKO, den IT-Sektor in Teilmärkte nach der Funktionalität der IT-Dienstleistungen sowie der Branche der Kunden zu unterteilen. Von einer definitiven Marktabgrenzung wurde jedoch abgesehen. Hinsichtlich einer Unterteilung des IT-Dienstleistungsmarktes nach Funktionalität wurden die folgenden Segmente in Erwägung gezogen: (i) IT Consulting, (ii) Implementierung (iii) IT-Outsourcing Services, (iv) Business Process Outsourcing, (v) Software Support und (vi) Hardware Support.

14. Hinsichtlich einer Unterteilung des IT-Dienstleistungsmarktes nach Branchen wurden die folgenden Segmente in Erwägung gezogen: (i) Bankwesen und Wertpapiere, (ii) Kommunikation, (iii) Medien und Dienstleistungen, (iv) Ausbildung, (v) Behörden, (vi) Gesundheitsdienstleister, (vii) Versicherung, (viii) Herstellung und Bodenschätze, (ix) Einzelhandel, (x) Transport, (xi) Energie und (xii) Grosshandel.

15. Im Bereich IT-Dienstleistungen ist die WEKO bisher von nationalen Märkten ausgegangen, erwog jedoch, dass der räumlich relevante Markt aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte[11].

16. Die definitive Marktabgrenzung kann vorliegend offenbleiben. Das Zusammenschlussvorhaben wird bei keiner plausiblen Marktabgrenzung zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führen, auch nicht bei der engstmöglichen Marktabgrenzung, d.h. einem Markt für IT-Beratungsdienstleistungen für den Automobilsektor in der Schweiz.

17. In der Schweiz ist Munich RE nicht im **Bereich IT-Beratungsdienstleistungen** tätig, während MHP/Porsche/VW-Gruppe im Jahr 2019 im Bereich IT-Beratungsdienstleistungen in der Schweiz einen Umsatz an Dritte von rund CHF […] Million erzielte.[12] Der geschätzte Marktanteil von MHP/Porsche/VW-Gruppe in diesem Bereich liegt damit in der Schweiz bei unter [0-5] %. Angesichts ihres geringen Umsatzes im Bereich IT-Beratungsdienstleistungen in der Schweiz würde der Marktanteil von MHP/Porsche/VW-Gruppe sodann auch bei der engstmöglichen Marktdefinition, d.h. einem Markt für **IT-Beratungsdienstleistungen für den Automobilsektor** in der Schweiz, nicht wesentlich anders ausfallen.

18. Nach dem Gesagten könnte ein vom Zusammenschluss betroffener Markt lediglich dann vorliegen, wenn eines der beteiligten Unternehmen in einem relevanten Markt über einen Anteil von 30 % oder mehr verfügen würde (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Nach Angaben der Parteien ist dies nicht der Fall.[13]

19. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit in der Schweiz weder zu betroffenen Märkten mit Anteilsadditionen zwischen Munich RE und MHP/Porsche/VW-Gruppe noch zu meldenden betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Das Zusammenschlussvorhaben ist damit unbedenklich.

20. Die Parteien haben als **Nebenabreden** ein Wettbewerbsverbot sowie ein Abwerbeverbot[14] vereinbart. Gemäss dem Wettbewerbsverbot beabsichtigen die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens […] und für die Dauer der JV-Vereinbarung und für einen Zeitraum […] nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gemeinschaftsunternehmen die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens […] nicht zu konkurrenzieren. […][15]. Das Abwerbeverbot sieht vor, dass es jeder Gesellschafter für die Dauer der JV-Vereinbarung und für einen Zeitraum […] nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gemeinschaftsunternehmen unterlassen wird, Personen ab- oder anzuwerben, die [privilegierten Zugang zu Know-how in Zusammenhang mit der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens haben[16]].[17] […].[18]

[7] Joint Venture Vereinbarung vom 20. Dezember 2019 (nachfolgend: JV-Vereinbarung), Ziff. 4.2. S.a. Meldung Rz 65.
[8] Meldung Rz 24.
[9] Meldung Rz 44.
[10] RPW 2017/1, 121 Rz 31 ff., Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services.
[11] RPW 2017/1, 122, Rz. 39 f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.
[12] Meldung Rz 81.
[13] Meldung Rz 75 ff., konkret Rz 82.
[14] Meldung Rz 58 und 59.
[15] JV-Vereinbarung, Ziff. […].
[16] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5. März 2005 S. 24 ff., Rz 36 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[17] JV-Vereinbarung, Ziff. […].
[18] JV-Vereinbarung, Ziff. […].

21. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission[19] zu Wettbewerbsverboten orientiert.[20]

22. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind.[21] Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben.[22] Zeitlich können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.[23]

23. Sowohl das in der JV-Vereinbarung vorgesehene Wettbewerbsverbot als auch das Abwerbeverbot entsprechen in sachlicher und räumlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission. Auch wird in der Meldung dargelegt, dass die aufgeführten Nebenabreden mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unmittelbar verbunden sind und einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dessen Gründung gewährleisten sollen. Sowohl das Wettbewerbsverbot als auch das Abwerbeverbot seien notwendige Voraussetzungen dafür, dass das Gemeinschaftsunternehmen gegründet und später gemeinsam betrieben werden kann, da erst dadurch die notwendigen Vertrauens- und Geschäftsgrundlagen für die Zusammenarbeit erstellt würden.[24]

24. In zeitlicher Hinsicht beschränken sich die Verbote indes nicht auf die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens. Sie sind vielmehr für einen Zeitraum […] nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gemeinschaftsunternehmen vorgesehen. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das Wettbewerbs- sowie das Abwerbeverbot nur für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens als Nebenabreden eine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse erfahren kann. Verbote für die Zeit nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gemeinschaftsunternehmen beschlagen ein anderes Zusammenschlussvorhaben (bspw. Wechsel zu alleiniger Kontrolle) und könnten nur im Rahmen eines neuerlichen Fusionskontrollverfahrens als zulässige Nebenabreden desselben qualifiziert werden. Dies bedeutet nicht, dass die fraglichen Klauseln kartellrechtlich unzulässig wären, sondern lediglich, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Klauseln insofern diese über die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens hinaus gehen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

25. Das in der Meldung genannte Wettbewerbsverbot und das Abwerbeverbot können damit im Rahmen des Dargelegten als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

26. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[19] EU-Bekanntmachung (Fn 16).
[20] Vgl. RPW 2018/4, 859 ff. Rz 57, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2010/3, 504 Rz 63 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[21] EU-Bekanntmachung (Fn 16), Rz 36.
[22] EU-Bekanntmachung (Fn 16), Rz 37.
[23] EU-Bekanntmachung (Fn 16), Rz 36.
[24] Meldung Rz 61.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée
P	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz
Q	
R	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
S	
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
T	
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
U	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
V	
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
X	
Y	
Z	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -

abgestimmte Verhaltensweise 1105, 1108

Abrede 885, 894 ff., 902, 918 f., 944, 946, 957, 992 ff., 999, 1001, 1005 f., 1083, 1085 ff., 1092 f., 1096 f., 1102, 1105 ff., 1178, 1215, 1218, 1220 f., 1227 f.

Acquiring -

Anhörung 894 f., 898, 944, 957, 1070 f., 1078, 1096, 1163, 1166, 1177, 1184, 1203, 1207

Apotheker/innen 1152, 1167, 1174, 1198

Ärzte(-Verband) 1146, 1155, 1157 f., 1165 ff., 1174 f., 1179, 1183, 1185 ff., 1189, 1202, 1204, 1221

B

Banken 1149, 1152, 1156 f., 1159 f., 1162 ff., 1173, 1176, 1182 ff., 1186, 1189, 1192 f., 1197 ff., 1202, 1205, 1208 f., 1211

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 1122, 1125, 1127, 1207

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 894, 991, 1002, 1123 ff., 1134, 1140, 1142, 1171 f., 1174 f., 1199, 1210

Erheblichkeit 1105, 1116 ff., 11121 f., 1175

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 1146

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee 1189

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1112, 1129, 1181, 1226

Koppelungsgeschäft 1204, 1209

Kostenraster -

Krankenversicherer 1146, 1152, 1155, 1158

Kreditkarten 1189, 1191 f.

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 1195 f., 1201, 1210

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 1150, 1161, 1171 f., 1177 f., 1181, 1188 f., 1194 f., 1203, 1206, 1214, 1223, 1228

Marktgegenseite 901, 1111 ff., 1122, 1180 ff., 1188 ff., 1195 ff., 1201, 1206

Marktorganisation -

Marktstruktur 1181

Marktzutrittsschranken 1187, 1189 f., 1203 f., 1206, 1209 f., 1218

Meldepflicht 875, 984, 1039, 1066, 1074, 1193 ff., 1227

Missbrauch 902, 1096, 1073 f., 1112, 1147, 1161, 1171 f., 1174 f., 1176, 1180, 1193, 1195 f., 1209, 1214, 1219, 1223

N

Netzwerk 1150, 1187, 1189 f., 1192 f.

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 1186

Preisabrede 1105, 1118

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 906, 1171, 1192, 1201, 1203

Reduktion der Sanktion 1001, 1134, 1136, 1218

S

Sanktionen 890, 897, 960 f., 963, 991, 1095, 1104, 1123, 1126, 1129 f., 1137 f., 1142, 1178, 1214 ff., 1220

Senkung Herstellkosten -

Submission 888, 894 ff., 899, 901, 907 ff., 915 ff., 921 ff., 932 ff., 938, 943, 952, 954, 957, 961, 963 ff., 968, 970, 975 f., 978 f., 981 f., 985 ff., 990, 992 ff., 998, 1031 f., 1035 f., 1040 ff., 1048, 1051, 1053 ff., 1070, 1083, 1087, 1089 ff., 1107 ff., 1114, 1116, 1118 ff., 1128, 1130 ff., 1 140 ff., 1181

Submissionskartell -

T

Tarife 878, 1166, 1191 ff., 1199

Tarifvertrag 1152

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 885, 888 ff., 902 ff., 913, 915 ff., 922 f., 928, 932 f., 944, 950 f., 958, 960, 965 f., 969 f., 973 ff., 988, 9922 ff., 996 ff., 1002 ff., 1010, 1022 f., 1031 ff., 1037, 1039, 1041 ff., 1046 f., 1050 ff., 1057, 1061, 1063, 1066, 1075, 1078, 1082 ff., 1105 ff., 1130 ff., 1135 ff., 1150 ff., 1156 f., 1162, 1165, 1171 f., 1174 ff., 1180, 1182 f., 1185, 1191, 1193 f., 1198 ff., 1209, 1211, 1214 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 1092, 1096, 1105, 1126, 1141

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 1153 f., 1156, 1159, 1169, 1179, 1230

Verschulden 1128, 1131, 1216, 1220

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 1092 f., 1179

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt 1187

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 1193